



Revue 2005

Tome 65

La législation québécoise en matière de travail
des enfants : une protection nécessaire et à parfaire
Tanaquil Burke

Chèques portant mention « en règlement final »
Pierre W. Morin

Legal Opinions in Financing Transactions
Sterling H. Dietze

Le Code civil du Québec, les personnes morales,
l'article 317 C.c.Q. et la levée de l'immunité des
administrateurs, des dirigeants et des actionnaires
Jean Turgeon

Bill 136 of 2005 and Trust Company R.R.S.P.S; *Bank of
Nova Scotia v. Thibault* Reexamined
John B. Claxton

Analyse comparative de la notion de résidence habituelle
en droit civil québécois et selon les Conventions de LaHaye
de 1980 sur l'enlèvement international d'enfants et de 1996
sur la protection des mineurs
Gérald Goldstein

Chroniques

Droit transitoire. Pierre-André Côté

Preuve pénale. Pierre L. Bienvenue

Recours collectif. Michel Gagné et Nicolas Moisan

Droit de l'arbitrage. Babak Barin and Katherine Taylor



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

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

M^e Michel Deschamps, président
M^e Élise Charpentier
M^e Pierre Giroux
M^e Jean-Claude Hébert
M^e Micheline Huard Plante
M^e Alain-Robert Nadeau
M^e Louise Poudrier-LeBel
M^e Pierre Séguin
M^e Marc Sauvé, secrétaire

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

Le prix d'abonnement annuel pour les membres du Barreau du Québec est de 12 \$.
Le prix d'abonnement annuel pour les non-membres (public en général) est de 50 \$
(plus taxes). Les abonnés membres du Barreau du Québec payent leur abonnement
de 12 \$ par année au Barreau, qui prélève ce montant à même le Fonds d'études
juridiques, composé des intérêts des comptes en fidéicommis des avocats

Envoi de Poste-publications
Enregistrement n° 40013642

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

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

Dépôt légal
Bibliothèque et Archives nationales du Québec, 2006
Bibliothèque et Archives Canada, 2006



Revue 2005
Tome 65

La législation québécoise en matière de travail des enfants :
une protection nécessaire et à parfaire

Tanaquil Burke 1

Chèques portant mention « en règlement final »

Pierre W. Morin 39

Legal Opinions in Financing Transactions

Sterling H. Dietze 67

Le *Code civil du Québec*, les personnes morales, l'article
317 C.c.Q. et la levée de l'immunité des administrateurs,
des dirigeants et des actionnaires

Jean Turgeon 115

Bill 136 of 2005 and Trust Company R.R.S.Ps; *Bank of Nova
Scotia v. Thibault* Reexamined

John B. Claxton 179

Analyse comparative de la notion de résidence habituelle en
droit civil québécois et selon les Conventions de LaHaye de
1980 sur l'enlèvement international d'enfants et de 1996
sur la protection des mineurs

Gérald Goldstein 219

CHRONIQUES

Droit transitoire. Équité et droit transitoire – Commentaire de l'arrêt *Dikranian c. Québec (Procureur général)*

Pierre-André Côté 293

Preuve pénale. L'affaire *Boucher* : a-t-on besoin d'autres tuyaux ?

Pierre L. Bienvenue 305

Recours collectif. La preuve à l'étape de l'autorisation d'un recours collectif : à la recherche de l'équilibre

Michel Gagné et Nicolas Moisan 319

Droit de l'arbitrage. Confidentiality and Commercial Arbitration in Canada – A Tale with a Cautious Ending

Babak Barin and Katherine Taylor. 335

Liste des mémoires de maîtrise et thèses de doctorat acceptés en 2005. 349

Nos disparus en 2005 359

Index des auteurs 361

Index analytique 363

Table de la jurisprudence commentée 369

Table de la législation commentée 371

La législation québécoise en matière de travail des enfants : une protection nécessaire et à parfaire

Tanaquil BURKE

Résumé

Problème actuel, le travail des enfants est omniprésent dans les pays en voie de développement et les pays développés. Afin de protéger les enfants du travail, des instruments internationaux sont mis à la disposition des États, dont le *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, la *Convention n° 138 de l'OIT sur l'âge minimum d'admission à l'emploi* (1973), la *Convention relative aux droits de l'enfant* et la *Convention n° 182 de l'OIT sur les pires formes de travail des enfants* (1999). De ces instruments, seule la *Convention n° 138 sur l'âge minimum* n'a pas été ratifiée par le Canada. Quant au Québec, il s'est engagé à respecter les obligations contenues dans le *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels* et la *Convention relative aux droits de l'enfant*, chacun prévoyant des mesures pour limiter le travail des enfants. Par ces engagements, le Québec doit s'assurer que ses normes législatives protègent les enfants du travail et si ce n'est pas le cas, en adopter. Bien qu'à l'heure actuelle des normes soient contenues dans plusieurs lois québécoises, certains problèmes subsistent, dont leur non-conformité aux normes internationales relatives au travail des enfants, leur insuffisance et leur incohérence. À titre d'exemples, l'âge minimum d'admission à l'emploi ne concorde pas avec l'âge de la scolarité obligatoire, aucune mesure particulière n'est prévue pour limiter la durée du travail des enfants et l'âge d'admission à l'emploi est tributaire de l'autorisation des parents. Pour remédier aux lacunes décelées dans la législation québécoise, une solution normative est proposée : l'adoption d'une loi portant précisément sur le travail des enfants.

La législation québécoise en matière de travail des enfants : une protection nécessaire et à parfaire*

Tanaquil BURKE**

Introduction	5
1. La protection des enfants au travail : des normes indispensables, mais incomplètes	7
1.1 La protection internationale des enfants au travail. . .	7
1.1.1 L'Organisation des Nations Unies et le travail des enfants	7
1.1.2 L'Organisation internationale du Travail et le travail des enfants	8
1.1.3 Le Canada et la ratification des principaux instruments internationaux sur le travail des enfants	10
1.2 La protection québécoise des enfants au travail . . .	12
1.2.1 La protection des enfants au travail : les limites et l'âge minimum d'admission à l'emploi	12

* Ce texte est issu du mémoire de maîtrise intitulé « Le travail des enfants au Canada : une réalité à appréhender », réalisé sous la direction du professeur Christian Brunelle, que l'auteure a déposé en septembre 2004 à la Faculté de droit de l'Université Laval.

** L'auteure est avocate et doctorante à la Faculté de droit de l'Université Laval.

1.2.2	Les conditions propres au travail des enfants : la durée et le moment de la prestation de travail et le travail dangereux	15
2.	L'adoption d'une législation québécoise portant expressément sur le travail des enfants : une solution envisageable	18
2.1	Le champ d'application d'une loi propre au travail des enfants.	19
2.1.1	Les personnes visées, les définitions et les principes directeurs	19
2.1.2	Les limites et l'âge minimum d'admission à l'emploi	22
2.2	La nécessité de conditions de travail propres aux jeunes personnes et l'application d'une loi sur le travail des enfants par les acteurs sociaux.	25
2.2.1	Les conditions de travail particulières aux jeunes personnes.	25
2.2.2	Les responsabilités et devoirs des personnes responsables	28
	Conclusion	32
	Annexe 1	34
	Annexe 2	37
	Annexe 3	38

INTRODUCTION

Le travail des enfants¹ est présent partout dans le monde, même dans les pays industrialisés. Il comporte des enjeux majeurs, tels que la pauvreté et les crises économiques. Le travail des enfants interpelle plusieurs acteurs sociaux² qui peuvent garantir le développement des enfants, protéger leur intégrité physique et psychologique ainsi qu'assurer le respect de leur dignité. Le travail des enfants implique également des questions importantes concernant les valeurs sociétales et fait appel aux émotions, ce qui explique l'absence de consensus.

Le travail des enfants se définit difficilement puisqu'il faut considérer plusieurs éléments, dont la nature, les conditions et l'environnement de travail et le contexte dans lequel il est réalisé. La principale difficulté est de tracer une ligne entre les formes de travail des enfants acceptables de celles qui sont intolérables. Par exemple, une activité économique qui n'est pas raisonnablement susceptible de porter préjudice à la santé ou au développement de l'enfant ou qui ne compromet pas son assiduité scolaire ou son aptitude à bénéficier de l'instruction reçue doit être permise³. S'agissant de travail léger, cette forme de travail doit être distinguée du travail des enfants à proprement parler. Ainsi, le travail des enfants peut être défini comme toute activité économique effectuée par une personne mineure qui compromet ou est susceptible de compromettre son éducation ou qui nuit à sa santé ou à son développement physique, mental, spirituel, moral ou social⁴.

-
1. Puisque la notion d'enfant ne recueille aucun consensus, il faut la définir. Pour nos propres fins, un enfant s'entend d'une personne âgée de moins de 18 ans. Cette définition est conforme à celle énoncée à l'article 1 de la *Convention relative aux droits de l'enfant* [En ligne] <http://www.unhchr.ch/french/html/menu3/b/k2crc_fr.htm> (Page consultée le 26 juillet 2006) : « un enfant s'entend de tout être humain âgé de moins de dix-huit ans, sauf si la majorité est atteinte plus tôt en vertu de la législation qui lui est applicable ». Au Québec, une personne atteint la majorité à 18 ans (*Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64, art. 153).
 2. Les parents, les employeurs, les syndicats, les organismes gouvernementaux, les organisations non gouvernementales et, évidemment, les enfants eux-mêmes représentent les principaux acteurs sociaux.
 3. ORGANISATION INTERNATIONALE DU TRAVAIL, « Lutte contre le travail des enfants : cadre juridique », [En ligne] <http://www.ilo.org/public/french/standards/norm/whatare/cld_papir.htm> (Page consultée le 26 juillet 2006).
 4. Cette définition est le fruit de nos recherches et s'appuie sur l'ensemble des documents analysés dans le cadre d'une maîtrise en droit.

Bien que le travail des enfants ne puisse pas être éliminé uniquement au moyen de la législation, combattre cette forme de travail ne peut être gagné sans elle. Qu'elle vise directement ou indirectement le travail des enfants, la législation joue plusieurs rôles, dont la fixation des principes, objectifs et priorités de l'action nationale de lutte contre le travail des enfants, la création de droits et responsabilités et l'élaboration de sanctions pour ceux qui violent la loi⁵.

Pour éliminer le travail des enfants, plusieurs instruments ont été adoptés par des organismes internationaux. Une fois ces instruments adoptés, ils sont ratifiés par les États membres⁶. Membre de l'Organisation des Nations Unies (ONU) et de l'Organisation internationale du Travail (OIT), le Canada s'intéresse à la question du travail des enfants. Sur le plan international, le Canada participe activement à la lutte contre l'exploitation économique des enfants, contribue au Programme international pour l'abolition du travail des enfants de l'OIT et participe aux conférences internationales sur la question.

Mais que fait le gouvernement du Canada sur le plan interne ? Sur le plan normatif, les enfants canadiens sont-ils suffisamment protégés ? L'état actuel du droit au Canada, produit de l'activité législative du Parlement et des assemblées législatives provinciales et territoriales, offre-t-il des garanties suffisantes pour encadrer de façon satisfaisante le travail des enfants ? En s'appuyant sur l'exemple du Québec, le but premier de cette ana-

5. BUREAU INTERNATIONAL DU TRAVAIL, *Un avenir sans travail des enfants : Rapport global en vertu du suivi de la Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail*, Conférence internationale du travail, 90^e session, Rapport I(B), Genève, Bureau international du Travail, 2002, p. 93.

6. Après avoir participé à la négociation du texte d'une convention, un État atteste, au moyen de sa signature, que le texte signé est celui adopté à la fin des négociations. Bien que la signature d'un État ne l'engage pas formellement, elle implique une forme d'engagement, c'est-à-dire que ce dernier doit poursuivre la procédure interne jusqu'à la ratification et aussi s'abstenir d'actes qui pourraient priver la convention de son objet ou miner son but. Par la suite, l'État doit ratifier la convention qu'il a négociée et signée. En la ratifiant, il donne son consentement définitif à la convention et se déclare lié par les principes qui y sont énoncés : Jean-Maurice ARBOUR, *Droit international public*, 4^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2002, p. 86. Les conventions de l'OIT ne nécessitent aucune signature des États. Une fois adoptée par la majorité (soit les deux tiers des voix) des délégués présents lors d'une Conférence internationale du travail, une convention est communiquée à tous les États membres de l'OIT en vue de sa ratification : *Constitution de l'Organisation internationale du Travail*, [En ligne] <<http://www.ilo.org/public/french/about/iloconst.htm>> (Page consultée le 26 juillet 2006), art. 19.

lyse (surtout normative) consiste à relever les principales lacunes de la législation québécoise portant sur le travail des enfants. Le travail des enfants a certes fait l'objet d'études et rapports, dont le *Document de réflexion sur le travail des enfants au Québec* du ministère du Travail en 1998⁷, la législation québécoise ne satisfait toujours pas aux exigences contenues dans les normes internationales. Il importe alors de dénoncer clairement ces faiblesses en confrontant les normes québécoises aux normes internationales sur le travail des enfants (partie 1) pour, ensuite, proposer une nouvelle solution normative en vue d'offrir une protection satisfaisante des enfants au travail (partie 2).

1. LA PROTECTION DES ENFANTS AU TRAVAIL : DES NORMES INDISPENSABLES, MAIS INCOMPLÈTES

Dans la lutte contre le travail des enfants, plusieurs normes sont nécessaires. Il suffit de penser à l'intérêt supérieur de l'enfant, au droit au développement global de l'enfant et au droit à l'éducation. Pour les fins de cette étude, nous nous limiterons aux normes qui portent précisément sur le travail des enfants. Ainsi, les principales normes internationales pertinentes à la lutte contre le travail des enfants seront recensées (rubrique 1.1). Plutôt descriptive, cette partie demeure indispensable pour l'étude critique de la législation québécoise sur la question (rubrique 1.2).

1.1 La protection internationale des enfants au travail

Deux organisations internationales se soucient particulièrement de la protection des enfants au travail. Il s'agit de l'ONU et de l'OIT.

1.1.1 L'Organisation des Nations Unies et le travail des enfants

Deux conventions adoptées par l'ONU jouent un rôle dans la lutte contre le travail des enfants. Premièrement, le *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*⁸ prévoit, au paragraphe 10(3), plusieurs obligations devant être

7. MINISTÈRE DU TRAVAIL, *Document de réflexion sur le travail des enfants au Québec*, Québec, Ministère du Travail, 1998, [En ligne] <<http://www.travail.gouv.qc.ca/publications/rapports/enfants/>> (Page consultée le 26 juillet 2006).

8. *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, [En ligne] <http://www.unhcr.ch/french/html/menu3/b/a_ceschr_fr.htm> (Page consultée le 26 juillet 2006).

respectées par les États membres qui ont ratifié ce pacte. D'une part, les États membres doivent prévoir des dispositions législatives qui limitent le travail des enfants et qui interdisent les formes de travail compromettant la moralité ou la santé des enfants et les formes de travail mettant en danger les enfants ou nuisant à leur développement. D'autre part, ces mêmes États doivent fixer des limites d'âge au-dessous desquelles l'emploi salarié des enfants est interdit.

Deuxièmement, la *Convention relative aux droits de l'enfant* prévoit, à son article 32, plusieurs obligations. D'une part, les États membres doivent protéger les enfants de l'exploitation économique et limiter toute forme de travail ou situation susceptible de nuire au développement physique, mental, spirituel ou social des enfants ou de nuire à leur éducation, à leur santé et à leur bien-être. D'autre part, les États membres doivent adopter diverses mesures pour limiter le travail des enfants, notamment la fixation d'un ou des âges minima d'admission à l'emploi et l'instauration d'une réglementation appropriée des horaires de travail et des conditions d'emploi. Au moment d'établir ces mesures, ils doivent considérer les autres instruments internationaux, dont ceux adoptés par l'OIT.

1.1.2 L'Organisation internationale du Travail et le travail des enfants

Pour promouvoir le bien-être des enfants, l'OIT a adopté plusieurs conventions relatives à la lutte contre le travail des enfants. En outre, elle adoptait la *Convention n° 138 sur l'âge minimum, 1973*⁹. Le principal objectif de cette convention est l'abolition effective du travail des enfants. De portée générale, elle couvre, en principe, tous les secteurs de l'économie (formelle et informelle) et toutes les formes de travail, que ce soit le travail léger, le travail des enfants à proprement parler ou le travail dangereux. Pour chacune de ces formes de travail, la *Convention n° 138 sur l'âge minimum, 1973* fixe des âges minima au-dessous desquels il est strictement interdit pour un enfant qui n'a pas

9. *Convention (n° 138) concernant l'âge minimum d'admission à l'emploi, 1973*, [En ligne] <<http://www.ilo.org/ilolex/french/convdsp1.htm>> (Page consultée le 26 juillet 2006) ; ci-après désignée : « *Convention n° 138 sur l'âge minimum, 1973* ». Voir aussi *Recommandation (n° 146) concernant l'âge minimum d'admission à l'emploi, 1973*, [En ligne] <<http://www.ilo.org/ilolex/french/recdsp1.htm>> (Page consultée le 26 juillet 2006).

encore atteint cet âge de travailler¹⁰ : le travail est interdit aux enfants qui n'ont pas encore atteint l'âge auquel cesse la scolarité obligatoire, ni en tout cas à 15 ans ; les enfants âgés entre 13 et moins de 15 ans peuvent exercer un travail léger ; et le travail dangereux est interdit aux personnes qui n'ont pas atteint 18 ans, mais peut être autorisé aux jeunes âgés de plus de 16 ans s'il est exécuté dans des circonstances précises et s'il ne nuit pas à leur santé, à leur sécurité ou à leur moralité. À la lecture de ces normes, un constat s'impose : un enfant âgé de moins de 13 ans, peu importe la forme de travail, ne doit pas travailler.

Un autre instrument élaboré par l'OIT est la *Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail*¹¹. Cette dernière affirme que l'abolition effective du travail des enfants constitue un principe fondamental devant être respecté par tous les États membres de l'OIT, qu'ils aient ou non ratifié les conventions fondamentales portant sur ce principe¹².

Vu la complexité, la gravité et la persistance du travail des enfants dans le monde, l'OIT élaborait récemment de nouvelles normes pour abolir le travail des enfants et compléter celles déjà existantes. La *Convention n° 182 sur les pires formes de travail des enfants, 1999*¹³ voyait donc le jour. L'approche privilégiée par cette convention repose sur l'élimination des formes les plus intolérables de travail des enfants et non sur l'établissement d'un âge

10. *Convention n° 138 sur l'âge minimum, 1973*, précitée, note 9, art. 2, 3 et 7.

11. *Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail*, [En ligne] <<http://www.ilo.org/public/french/standards/relm/ilc/ilc86/com-dtxt.htm>> (Page consultée le 26 juillet 2006). S'agissant d'une déclaration, elle n'est pas contraignante, elle n'énonce qu'un ensemble de principes généralement acceptés et elle cherche principalement à influencer les politiques nationales des États : Douglas HODGSON, « The International Human Rights to Education and Education Concerning Human Rights », (1996) 3 *Intl J. Child. Rts* 237, 246.

12. Les autres principes et droits fondamentaux compris dans la *Déclaration de l'OIT relative aux droits et principes fondamentaux au travail*, précitée, note 11, sont la liberté d'association et la reconnaissance effective du droit de négociation collective, l'élimination de toute forme de travail forcé ou obligatoire et l'élimination de la discrimination en matière d'emploi et de profession.

13. *Convention (n° 182) concernant l'interdiction des pires formes de travail des enfants et l'action immédiate en vue de leur élimination, 1999*, [En ligne] <<http://www.ilo.org/ilolex/french/convdisp1.htm>> (Page consultée le 26 juillet 2006) ; ci-après désignée : « *Convention n° 182 sur les pires formes de travail des enfants, 1999* ». Voir aussi *Recommandation (n° 190) concernant l'interdiction des pires formes de travail des enfants et l'action immédiate en vue de leur élimination, 1999*, [En ligne] <<http://www.ilo.org/ilolex/french/recdisp1.htm>> (Page consultée le 26 juillet 2006).

minimum d'admission à l'emploi. Cette convention porte précisément sur l'exploitation économique des enfants et établit des priorités d'actions qui sont l'élimination des pires formes de travail des enfants¹⁴. Comme la plupart des acteurs sociaux impliqués dans la lutte contre le travail des enfants s'entendent pour abolir les pires formes de travail et l'exploitation des enfants, nous nous concentrerons, dans le cadre de cette étude, sur les autres formes de travail des enfants.

1.1.3 Le Canada et la ratification des principaux instruments internationaux sur le travail des enfants

Lorsqu'une convention internationale est ratifiée par le Canada, elle doit être intégrée au droit interne. Pour y parvenir, plusieurs techniques de mise en œuvre existent. Par exemple, le législateur peut donner force de loi à toute la convention ou à certaines de ses dispositions, ou encore apporter au droit interne les modifications nécessaires pour le rendre conforme aux obligations de la convention. Qui plus est, la mise en œuvre des conventions au Canada doit tenir compte des domaines de compétence respec-

-
14. Les pires formes de travail des enfants sont définies à l'article 3 de la *Convention n° 182 sur les pires formes de travail des enfants, 1999*, précitée, note 13 : « Aux fins de la présente convention, l'expression les pires formes de travail des enfants comprend : a) toutes les formes d'esclavage ou pratiques analogues, telles que la vente et la traite des enfants, la servitude pour dettes et le servage ainsi que le travail forcé ou obligatoire, y compris le recrutement forcé ou obligatoire des enfants en vue de leur utilisation dans des conflits armés ; b) l'utilisation, le recrutement ou l'offre d'un enfant à des fins de prostitution, de production de matériel pornographique ou de spectacles pornographiques ; c) l'utilisation, le recrutement ou l'offre d'un enfant aux fins d'activités illicites, notamment pour la production et le trafic de stupéfiants, [...] ; d) les travaux qui, par leur nature ou les conditions dans lesquelles ils s'exercent, sont susceptibles de nuire à la santé, à la sécurité ou à la moralité de l'enfant ». Il est intéressant d'ajouter que la *Convention n° 29 sur le travail forcé, 1930*, [En ligne] <<http://www.ilo.org/ilolex/french/convdisp1.htm>> (Page consultée le 26 juillet 2006), l'article 8 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, [En ligne] <http://www.unhchr.ch/french/html/menu3/b/a_ccpr_fr.htm> (Page consultée le 26 juillet 2006), les articles 33 à 36 de la *Convention relative aux droits de l'enfant*, précitée, note 1, la *Convention pour la répression de la traite des êtres humains et de l'exploitation de la prostitution d'autrui*, [En ligne] <http://www.unhchr.ch/french/html/menu3/b/33_fr.htm> (Page consultée le 26 juillet 2006) et la *Convention supplémentaire relative à l'abolition de l'esclavage, de la traite des esclaves et des institutions et pratiques analogues à l'esclavage*, [En ligne] <http://www.unhchr.ch/french/html/menu3/b/30_fr.htm> (Page consultée le 26 juillet 2006), comportent aussi des normes pour protéger les enfants contre l'esclavage, le travail forcé ou obligatoire, la servitude pour dettes, le servage ainsi que la vente et la traite des enfants.

tifs des administrations fédérale, provinciales et territoriales et nécessite également leur participation¹⁵.

Cela étant, le Canada ratifiait le *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels* en 1976, la *Convention relative aux droits de l'enfant* en 1991 et la *Convention n° 182 sur les pires formes de travail des enfants*, 1999 en 2000. Il tarde toutefois à ratifier la *Convention n° 138 sur l'âge minimum*, 1973. Fondamentalement, le Canada juge qu'il applique, dans une large mesure, les principes qui y sont énumérés. De plus, sa diversité géopolitique et le partage des compétences entre les administrations fédérale, provinciales et territoriales pourraient présenter des problèmes au moment de la mise en œuvre de cette convention. Même si le fédéralisme semble constituer un élément pouvant compliquer la mise en œuvre efficace des conventions internationales, le Canada devrait renforcer la coordination entre les diverses autorités afin d'éviter toutes incertitudes quant au partage des responsabilités entre les gouvernements fédéral, provinciaux et territoriaux¹⁶.

À la suite de la ratification par le Canada de certains instruments internationaux, le Québec s'est déclaré lié par le *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels* en 1976¹⁷ et par la *Convention relative aux droits des enfants* en

15. Ghislaine HARDY, « Recours que confère le droit international contre l'exploitation du travail des enfants », (2000) 6 *R.E.J.* 45, 78 ; PATRIMOINE CANADIEN, *Convention relative aux droits de l'enfant : Deuxième rapport du Canada couvrant la période de janvier 1993 à décembre 1997*, Ottawa, Programme des droits de la personne, Direction des programmes des autochtones et des droits de la personne, Ministère du Patrimoine canadien, 2001, p. 1.

16. Le Comité des droits de l'enfant, organe chargé de surveiller la mise en œuvre de la *Convention relative aux droits de l'enfant*, précitée, note 1, s'est dit « préoccupé » par la situation canadienne dans ses observations définitives sur le rapport initial présenté par le Canada en vertu de l'article 44 de la *Convention relative aux droits de l'enfant*. Il recommandait, entre autres, au Canada de renforcer la coordination entre les administrations fédérale, provinciales et territoriales dans le domaine des droits de l'enfant : COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, « Observations finales du Comité des droits de l'enfant – Canada », mai 1995. Patrimoine canadien, *Programme des droits de la personne*, [En ligne]. <http://www.pch.gc.ca/progs/pdp-hrp/docs/crc/crcconc_f.cfm> (Page consultée le 26 juillet 2006). Reste à voir comment le Canada remédiera à cette observation du Comité.

17. *Arrêté en Conseil numéro 1438-76 concernant la ratification du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, du Protocole facultatif se rapportant aux droits civils et politiques, ainsi que la signature par Ottawa et les provinces d'une entente concernant les modalités et le mécanisme de participation de ces*

1991¹⁸. Le gouvernement québécois s'engageait ainsi à respecter les obligations contenues dans ces deux instruments et, de fait, à rendre sa législation conforme à ses engagements.

1.2 La protection québécoise des enfants au travail

Au Québec, le travail des enfants d'âge scolaire est courant. Les enfants peuvent commencer à travailler dès l'âge de 11 ou 12 ans (parfois plus tôt) s'ils le désirent, et occupent des emplois normalement adaptés à leur âge, tels que la garde d'enfants, la distribution de journaux et l'entretien domestique¹⁹. Comme un enfant doit consacrer la majorité de son temps aux études et non au travail, le législateur québécois a adopté, puis mis en œuvre, des normes pour limiter l'accès des enfants au travail, pour fixer divers âges minima d'admission à l'emploi et pour prescrire les conditions de travail des enfants. Les principales dispositions législatives et réglementaires sont incluses dans la *Loi sur les normes du travail*, la *Loi sur l'instruction publique*²⁰, la *Loi sur la santé et la sécurité du travail*²¹ ainsi que les règlements adoptés en vertu de cette loi et le *Code civil du Québec*. Les normes les plus importantes sur le travail des enfants étant dispersées dans plusieurs lois et règlements, un employeur peut facilement s'y perdre.

1.2.1 La protection des enfants au travail : les limites et l'âge minimum d'admission à l'emploi

Bien qu'un enfant québécois puisse travailler, plusieurs dispositions législatives et réglementaires limitent son accès à certaines formes de travail et fixent plusieurs âges minima d'admission à l'emploi.

Au Québec, le travail susceptible de compromettre l'éducation des enfants ou de nuire à leur santé ou à leur développe-

dernières à la mise en œuvre de ces instruments internationaux, Sainte-Foy, Archives nationales du Québec, microfilm numéro 1-1187.

18. *Décret 1676-91 du 9 décembre 1991 concernant la Convention relative aux droits de l'enfant*, (1992) 124 G.O. II, 51.

19. La *Loi sur les normes du travail*, L.R.Q., c. N-1.1, plus précisément les paragraphes 3(2) et (5), exclut de l'application des règles qui y sont incluses les gardiens et gardiennes d'enfants et les élèves qui participent à des programmes d'initiation ou d'expérience au travail ou qui travaillent dans l'école qu'ils fréquentent.

20. L.R.Q., c. I-13.3.

21. L.R.Q., c. S-2.1.

ment est normalement interdit²². Le travail considéré comme dangereux compte tenu des conditions de travail et de l'environnement dans lequel il s'exerce ou le travail qui implique la manipulation de certains outils, machineries ou substances (comme les pesticides, l'amiante ou la silice) jugés hasardeux est aussi interdit aux enfants²³. Pour ce qui est de l'accès des enfants aux programmes d'apprentissage et de formation professionnelle, il est limité²⁴. À l'égard de l'accès des enfants au travail, le législateur québécois respecte relativement bien les engagements internationaux puisqu'il a prévu des normes sur les limites au travail des enfants. La situation est toutefois différente quant à l'âge minimum d'admission à l'emploi.

Sur la question de l'âge minimum d'admission à l'emploi, l'approche du Québec consiste à fixer divers âges minima d'admission à l'emploi. L'âge minimum d'admission à l'emploi est fixé à 14 ans. Toutefois, un enfant âgé de moins de 14 ans peut travailler s'il obtient le consentement écrit des parents ou des titulaires de l'autorité parentale²⁵. Quant à l'âge minimum d'admission au travail dangereux, le législateur québécois l'établit à 16 ou 18 ans, selon le niveau de dangerosité associé aux formes de travail²⁶.

L'approche privilégiée par le Québec pour établir les âges minima d'admission à l'emploi ne se conforme pas entièrement au droit international. En effet, la législation québécoise déroge aux obligations contenues dans le *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels* et la *Convention relative aux droits de l'enfant*. Ces obligations prévoient expressément l'établissement d'un âge minimum général d'admission à l'emploi

22. *Loi sur les normes du travail*, précitée, note 19, art. 84.2 ; *Loi sur la protection de la jeunesse*, L.R.Q., c. P-34.1, art. 38f) et 38.1b).

23. Voir, entre autres, *Règlement sur la santé et la sécurité du travail*, (2001) 133 G.O. II, 5020 ; *Code de la sécurité pour les travaux de construction*, R.R.Q., 1981, c. S-2.1, r. 6 ; *Règlement sur les pompes à béton et les mâts de distribution*, (1992) 124 G.O. II, 6340.

24. *Loi sur la formation et la qualification professionnelles de la main-d'œuvre*, L.R.Q., c. F-5.

25. Voir les articles 84.2 et 84.3 de la *Loi sur les normes du travail*, précitée, note 19.

26. Pour les moins de 16 ans : voir, entre autres, *Règlement sur la santé et la sécurité du travail dans les mines*, (1993) 125 G.O. II, 2131, art. 26 ; *Règlement sur la délivrance des certificats de compétence*, (1987) 119 G.O. II, 2351, art. 2. Pour les moins de 18 ans : voir, notamment, *Règlement sur les pompes à béton et les mâts de distribution*, précité, note 23, art. 33(1) ; *Règlement sur la santé et la sécurité du travail*, précité, note 23, art. 294.

où un enfant, au-dessous de cet âge, ne doit pas travailler²⁷. La législation québécoise enfreint cette obligation puisqu'elle permet à un enfant âgé de moins de 14 ans de travailler sous simple consentement écrit de ses parents.

La législation sur la scolarité obligatoire demeure un bon moyen pour lutter contre le travail des enfants tandis que celle sur le travail des enfants garantit que l'éducation et le développement des enfants ne seront pas compromis. Qui plus est, les normes sur la scolarité obligatoire et celles sur l'âge minimum se renforcent mutuellement car l'application de l'une contribue à l'observation de l'autre²⁸. Il faut donc s'assurer que l'âge minimum général d'admission à l'emploi et l'âge auquel cesse l'obligation scolaire coïncident. Si ces âges ne sont pas coordonnés, des incohérences se présenteront. Nous l'évoquions précédemment, l'âge minimum d'admission à l'emploi au Québec est fixé à 14 ans. Quant à l'âge de la scolarité obligatoire, il est fixé à 16 ans²⁹. Comme l'âge minimum d'admission à l'emploi est inférieur à l'âge auquel cesse l'obligation de fréquentation scolaire, les enfants québécois peuvent être tentés de quitter prématurément l'école pour occuper un travail rémunérateur. Cette situation est condamnable du fait que le décrochage scolaire représente un problème sérieux. L'établissement d'un lien cohérent entre l'âge minimum d'admission à l'emploi et l'âge de la fréquentation scolaire obligatoire s'impose. Cela signifie qu'une personne âgée de moins de 16 ans ne devrait pas travailler.

Toutefois, il convient de rappeler que ce ne sont pas toutes les formes de travail qui sont condamnables, le travail léger étant permis. En effet, la participation des enfants à certaines activités légères fait partie de la croissance des enfants ainsi que de leur développement normal³⁰. Cette participation est également assimilée à une formation à la vie adulte³¹. Exercé dans les meil-

27. Voir *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, précité, note 8, art. 10(3) ; *Convention relative aux droits de l'enfant*, précitée, note 1, art. 32(2)a).

28. BUREAU INTERNATIONAL DU TRAVAIL, *Le travail des enfants : L'intolérable en point de mire*, Conférence internationale du travail, 86^e session (1998), Rapport VI(1), Genève, Bureau international du Travail, 1996, p. 40.

29. *Loi sur l'instruction publique*, précitée, note 20, art. 14.

30. Les formes de travail léger sont multiples et comprennent notamment les tâches ménagères réalisées à la maison avant ou après l'école, l'aide dans une entreprise familiale, la distribution de journaux et le gardiennage.

31. Nelien HASPELS et Michele JANKANISH (éd.), *Action Against Child Labour*, Genève, Bureau international du Travail, 2000, p. 4 ; Bénédicte MANIER, *Le travail des enfants dans le monde*, Paris, Éditions La Découverte, 1999, p. 19.

leures circonstances, le travail léger représente une expérience positive et constitue une activité agréable et salubre qui permet aux enfants de se préparer à la vie productive des adultes. Il contribue aussi au processus de socialisation. En outre, le travail léger implique que les enfants ont encore du temps pour fréquenter l'école assidûment, pour faire leurs devoirs, pour pratiquer des loisirs et pour profiter de périodes de repos raisonnables³². Ainsi, le travail léger doit être autorisé aux enfants, même s'ils n'ont pas encore atteint l'âge de la scolarité obligatoire. Pour se conformer aux normes internationales, le législateur québécois devrait établir un âge minimum d'admission pour cette forme de travail.

1.2.2 Les conditions propres au travail des enfants : la durée et le moment de la prestation de travail et le travail dangereux

Lorsque les enfants peuvent travailler, il convient d'établir des normes précises pour les protéger car ils possèdent des caractéristiques et besoins distincts de ceux des adultes lorsqu'il est question de travail. Ces normes doivent notamment fixer la durée et le moment de la prestation de travail des enfants et régir le travail dangereux.

Plusieurs études sur la relation entre le nombre d'heures de travail par semaine et le rendement scolaire démontrent que les enfants qui travaillent plusieurs heures par semaine ont développé des comportements nuisibles aux études, dont la fatigue, le manque d'intérêt pour l'école et le manque de concentration durant les cours, et sont plus enclins à abandonner l'école ou à connaître l'échec dans leurs emplois futurs ; ces comportements augmentent considérablement avec le nombre d'heures de travail effectuées par semaine³³. Pourtant, ce ne sont pas tous les enfants

32. Voir, entre autres, Loraine ABERNETHIE, « Child Labour in Contemporary Society : Why Do We Care ? », (1998) 1 *Intl J. Child. Rts* 81, 93 ; FÉDÉRATION DES TRAVAILLEURS ET TRAVAILLEUSES DU QUÉBEC, *Mémoire de la Fédération des travailleurs et travailleuses du Québec (FTQ) présenté à la Commission parlementaire de l'économie et du travail sur l'introduction de dispositions sur le travail des enfants dans la Loi sur les normes du travail*, Québec, FTQ, 1998, p. 6.

33. Voir notamment Suzanne DUMAS et Claude BEAUCHESNE, *Étudier et Travailler ? Enquête auprès des élèves du secondaire sur le travail rémunéré durant l'année scolaire*, Québec, Ministère de l'Éducation, 1993, p. 57-58 ; CONSEIL DE LA FAMILLE, *Quinze ans et déjà au travail ! Le travail des adolescents : une responsabilité parentale et collective*, Québec, Conseil de la famille, 1992, p. 3-4.

qui travaillent durant les semaines de fréquentation scolaire obligatoire qui ont des difficultés à concilier le travail et leurs études. En effet, ceux qui travaillent 10 heures et moins par semaine semblent avoir de meilleurs résultats scolaires que la moyenne³⁴. Actuellement au Québec, aucune limite n'est prévue sur la durée, quotidienne ou hebdomadaire, du travail des enfants. Cette situation déroge aux obligations découlant de la *Convention relative aux droits de l'enfant*, plus précisément de l'alinéa 32(2)b), qui prévoit l'instauration d'une réglementation appropriée des horaires de travail. Le législateur québécois ne devrait donc plus se contenter de fixer une norme identique pour toute la main-d'œuvre, qu'elle soit adulte ou infantine.

Pour limiter le moment de la prestation de travail des enfants, le législateur québécois a adopté des normes qui interdisent le travail des enfants durant les heures de classe³⁵. Les employeurs doivent aussi s'assurer que les heures de travail sont telles que les enfants puissent être à l'école pendant les heures auxquelles ils sont tenus d'être en classe³⁶. Des normes interdisent également le travail de nuit des enfants. Au Québec, le travail des enfants entre 23 h un jour donné et 6 h le lendemain est proscrit³⁷. Cependant, un enfant qui n'est plus assujéti à la scolarité obligatoire ou qui livre les journaux n'est pas tenu par cette interdiction. De plus, elle ne s'applique pas aux enfants qui donnent des performances artistiques ou qui travaillent pour un organisme à vocation sociale ou communautaire s'ils doivent loger à l'établissement de l'employeur et ne sont pas tenus de fréquenter l'école le lendemain³⁸. En ce qui a trait à l'interdiction du travail de nuit des enfants au Québec, il convient de se questionner sur l'opportunité de retenir une heure aussi tardive que 23 h. Avec le travail à des heures tardives, les périodes de récupération nécessaires pour mener une vie normale sont compromises et cette situation touche particulièrement les enfants tenus à la scolarité obligatoire.

Le milieu de travail n'est pas sans risques et généralement les enfants sont plus vulnérables que les adultes étant donné leurs différences anatomiques, physiologiques et psychologiques.

34. MINISTÈRE DU TRAVAIL, *op. cit.*, note 7, p. 23.

35. *Loi sur les normes du travail*, précitée, note 19, art. 84.4.

36. *Ibid.*, art. 84.5.

37. *Ibid.*, art. 84.6-84.7.

38. *Règlement sur les normes du travail*, R.R.Q., 1981, c. N-1.1, r. 3, art. 35.1-35.2.

Parfois, les enfants peuvent être moins attentifs que les adultes, se fatiguent plus rapidement, ont un jugement insuffisant et ignorent souvent le lien entre les dangers liés à leur travail et les conséquences éventuelles³⁹. Puisqu'il s'agit d'enfants, il faut prendre en considération le fait qu'ils n'ont pas complété leur croissance et qu'il faut aller au-delà du concept limité de risque professionnel tel qu'appliqué aux adultes⁴⁰. Au moment de définir les dangers liés à un lieu de travail⁴¹, il faut tenir compte des caractéristiques et des besoins précis des enfants. Au Québec, le travail dangereux des enfants fait l'objet d'un arsenal législatif et réglementaire relativement important. Par contre, deux formes de travail ne sont pas suffisamment encadrées. Il s'agit du travail agricole et de la livraison de journaux.

Le travail agricole constitue une des occupations les plus dangereuses que les enfants peuvent exercer⁴². Les éléments de danger sont multiples. Il suffit de penser aux machineries agricoles, aux bâtiments mal conçus, aux outils tranchants et aux substances toxiques⁴³. L'adoption d'une législation appropriée sur le travail agricole des enfants et l'élaboration de lignes directrices uniformes axées sur l'âge par rapport aux tâches agricoles confiées aux enfants pourraient fournir des solutions adéquates pour minimiser les accidents du travail des enfants en milieu agricole⁴⁴.

39. BUREAU INTERNATIONAL DU TRAVAIL (rédaction par Assefa BEQUELE et Jo BOYDEN), *L'enfant au travail*, Paris, Fayard, 1990, p. 24 ; BUREAU INTERNATIONAL DU TRAVAIL, *op. cit.*, note 28, p. 11 ; Valentina FORASTIERI, *Children at Work : Health and Safety Risks*, Genève, Bureau international du Travail, 1997, p. 19. Une des raisons pour lesquelles les enfants ignorent le lien entre les conséquences éventuelles et les dangers d'un risque particulier repose sur leur manque d'information et d'expérience.

40. BUREAU INTERNATIONAL DU TRAVAIL, *op. cit.*, note 28, p. 10.

41. Pour des exemples : voir Annexe 1 – Exemples de risques professionnels liés à une occupation, un emploi ou un travail et les conséquences sur la santé.

42. Seymour MOSKOWITZ, « Child Labor In America : Who's Protecting Our Kids ? », (2000) 51 *Lab. L.J.* 202, 206.

43. B. MANIER, *op. cit.*, note 31, p. 76. Les garçons courent plus de risques que les filles d'être blessés par les machineries agricoles puisque ce sont généralement eux qui les manipulent ou les conduisent. De plus, le risque de blessures augmente avec l'âge car plus les enfants vieillissent, plus le nombre de tâches confiées augmente. Entre 1990 et 1992 au Canada, dix jeunes de moins de 20 ans sont décédés et environ 169 ont été hospitalisés à la suite de blessures liées aux machineries agricoles : SANTÉ CANADA, *Pour la sécurité des jeunes Canadiens : Des données statistiques aux mesures préventives*, Ottawa, Santé Canada, 1997, p. 248 et 250.

44. SANTÉ CANADA, *op. cit.*, note 43, p. 255.

Généralement confiée aux enfants, la livraison des journaux s'exerce tout au long de l'année. Les seules journées que les camelots ne travaillent pas sont celles où les journaux ne sont pas publiés. Lorsqu'ils distribuent les journaux, les camelots s'exposent aux risques de morsures par un animal domestique, habituellement des chiens, et aux risques de chute en vélo ou sur une surface glacée ou mouillée⁴⁵. Le sac renfermant les journaux peut aussi contenir une charge beaucoup trop lourde pour les enfants et ainsi causer des lésions, temporaires ou permanentes, à la colonne vertébrale par exemple. Le législateur québécois devrait ainsi intervenir en adoptant une réglementation suffisante de manière à étendre l'application de toutes les normes minimales de travail aux camelots, sans distinction fondée sur l'âge⁴⁶.

Ainsi, l'approche privilégiée par le Québec pour lutter contre le travail des enfants comporte plusieurs lacunes. Même si la législation québécoise peut sembler acceptable à certains égards, son état actuel ne se conforme pas pleinement au droit international et apparaît dans certains cas insuffisant, inadéquat voire inéquitable. D'où l'intérêt d'envisager maintenant une solution normative plus appropriée sur la protection des enfants au travail.

2. L'ADOPTION D'UNE LÉGISLATION QUÉBÉCOISE PORTANT EXPRESSÉMENT SUR LE TRAVAIL DES ENFANTS : UNE SOLUTION ENVISAGEABLE

Élaborer et adopter une loi sur le travail des enfants qui soit distincte d'une loi sur les normes du travail plus générale qui s'applique à tous les travailleurs pourrait constituer un outil intéressant pour le Québec. La dispersion des normes nécessaires à la lutte contre le travail des enfants dans plusieurs lois et règlements serait évitée et leur mise en œuvre facilitée. De plus, une telle loi prendrait en considération la situation particulière des enfants, dont leur vulnérabilité et leur besoin de protection, et comporterait des normes conformes au droit international

45. *Ibid.*, p. 263.

46. En vertu des articles 10, 16 et 19 de la *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12 et de l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés de la personne*, partie 1 de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B de la *Loi sur le Canada* (1982, R.-U., c. 11)], la discrimination fondée sur l'âge dans l'emploi est interdite.

ainsi que des normes jugées adéquates, cohérentes et suffisantes. La partie⁴⁷ qui suit vise à tracer les grandes lignes d'une loi appropriée sur le travail des enfants, dont son champ d'application (rubrique 2.1) et les conditions de travail adaptées aux enfants (rubrique 2.2).

2.1 Le champ d'application d'une loi propre au travail des enfants

Une loi sur le travail des enfants doit englober et couvrir toutes les circonstances envisageables sur la question, même si cela nécessite d'élargir l'intervention du législateur dans des secteurs où il ne serait normalement pas intervenu⁴⁸. Toute loi portant précisément sur le travail des enfants devrait, d'une part, déterminer les personnes visées, définir les principaux concepts et énoncer les principes directeurs et, d'autre part, fixer des limites au travail des enfants ainsi que des âges minima d'admission à l'emploi.

2.1.1 Les personnes visées, les définitions et les principes directeurs

Une loi propre au travail des enfants doit viser toutes les personnes âgées de moins de 18 ans qui travaillent pour un ou plusieurs employeurs assujettis à la législation québécoise. Communément, un enfant est une personne âgée de moins de 18 ans. Avant qu'un enfant devienne un adulte, il traverse plusieurs périodes, comme l'enfance et l'adolescence. Il s'agit de stades dans lesquels il se développe à tous les niveaux (dont les plans physique, psychologique, moral et social) et acquiert progressivement son autonomie et son indépendance. Il devient donc légitime de concevoir des normes sur le travail des enfants plus rigoureuses à l'égard des personnes plus jeunes et plus souples pour les personnes qui ont presque atteint l'âge de la majorité. Définir différentes catégories de personnes semble ainsi approprié.

Aux termes de nos lectures, quatre catégories de personnes devraient être ciblées. Premièrement, lorsque le groupe de personnes âgées de moins de 18 ans est visé, le terme « jeunes personnes » serait employé. Deuxièmement, les « enfants » pourraient

47. Notre intention ici n'est pas de rédiger une loi sur la question du travail des enfants. En effet, nous n'énoncerons que les grandes lignes qu'une loi sur le travail des enfants adoptée par le législateur québécois devrait comprendre pour être conforme au droit international et jugée suffisante, cohérente et adéquate.

48. N. HASPELS et M. JANKANISH, *op. cit.*, note 31, p. 55.

être définis comme toutes personnes âgées de moins de 13 ans. Même si les adolescents comprennent généralement les personnes âgées de 13 à moins de 18 ans, il convient de séparer cette catégorie en deux. Cela étant, la troisième catégorie inclurait les personnes âgées de 13 à moins de 16 ans que l'on nommerait « adolescents ». Quant à la quatrième catégorie, elle viserait les « jeunes », soit les personnes âgées de 16 à moins de 18 ans. Cette division se justifie car les premiers (adolescents) sont toujours obligés de fréquenter l'école tandis que les deuxièmes (jeunes) ne sont plus tenus à la scolarité obligatoire, mais nécessitent une protection supplémentaire par rapport aux adultes. En définissant ainsi ces catégories, il est possible de prévoir des normes plus flexibles sur le travail des jeunes personnes et qui tiennent compte de leur développement progressif vers l'âge adulte.

En sus des personnes visées, il faut définir le travail concerné. Au Québec (tout comme au Canada), une définition plutôt restreinte du travail est privilégiée⁴⁹. Pourtant, la notion de travail vise plusieurs réalités et une définition large doit être favorisée afin d'y inclure toutes les circonstances possibles. Ainsi, toutes les activités économiques, « [...] qu'elles soient ou non à finalité commerciale, rémunérées ou non, relevant d'un travail à plein temps ou à temps partiel, régulières ou occasionnelles, légales ou illégales »⁵⁰, devraient être incluses dans la définition de « travail ». En privilégiant une définition large du travail, certaines formes, dont la distribution de journaux, le gardiennage d'enfants et le travail dans l'entreprise familiale, ne seraient pas soustraites à l'application d'une loi sur le travail des enfants. Une définition large est aussi plus conforme aux exigences du droit international. Quant à l'expression « travail des enfants », nous reprenons la définition énoncée précédemment, soit toute activité économique d'une personne mineure qui compromet ou risque de compromettre son éducation ou qui nuit à sa santé ou à son développement physique, mental, spirituel, moral ou social.

49. En effet, le travail fait plutôt référence à un travail rémunéré dans le cadre d'une relation employeur-employé à des fins lucratives, ce qui exclut la livraison des journaux, le gardiennage d'enfants, l'entretien ménager et les menus travaux : FÉDÉRATION DES TRAVAILLEURS ET TRAVAILLEUSES DU QUÉBEC, *op. cit.*, note 32, p. 10 ; CENTRALE DE L'ENSEIGNEMENT DU QUÉBEC, *Mieux protéger nos jeunes. Mémoire sur le travail des enfants au Québec*, Québec, CEQ, 1998, p. 11.

50. BUREAU INTERNATIONAL DU TRAVAIL, *op. cit.*, note 5, p. 16 et 26.

Une loi sur le travail des jeunes personnes doit aussi définir le travail léger et le travail dangereux. Ainsi, le travail léger pourrait s'entendre de toute activité économique qui n'est pas susceptible de porter préjudice à la santé ou au développement de l'enfant ou de l'adolescent et qui ne compromet pas son assiduité scolaire ou son aptitude à bénéficier de l'instruction reçue⁵¹. Quant au travail dangereux, il pourrait être défini comme une activité économique qui, par sa nature ou par les conditions dans lesquelles elle est exercée, est susceptible de compromettre ou de nuire à la santé, à la sécurité ou à la moralité des jeunes personnes⁵².

Une loi sur le travail des jeunes personnes doit aussi comporter l'énonciation de principes directeurs. Le premier principe directeur – et le plus important – est l'intérêt supérieur de l'enfant⁵³. L'intérêt supérieur de l'enfant devrait être la considération primordiale dans toutes les décisions affectant le travail des personnes âgées de moins de 18 ans. Au moment de déterminer cet intérêt, il faut tenir compte de plusieurs facteurs, comme

51. *Convention n° 138 sur l'âge minimum, 1973*, précitée, note 9, art. 7(1). Voir aussi ORGANISATION INTERNATIONALE DU TRAVAIL, « Orientations sur la législation du travail – Chapitre VIII. Dispositions fondamentales sur la législation du travail : Abolition effective du travail des enfants », [En ligne]. <<http://www.ilo.org/public/french/dialogue/ifpdial/llg/index.htm>> (Page consultée le 26 juillet 2006). Il en est ainsi des tâches ménagères, dont faire la vaisselle ou son lit, pour aider les parents et ce, à raison de quelques heures par semaine (moins de cinq heures par exemple).

52. *Convention n° 138 sur l'âge minimum, 1973*, précitée, note 9, art. 3(1). Voir aussi ORGANISATION INTERNATIONALE DU TRAVAIL, *op. cit.*, note 51.

53. L'intérêt supérieur de l'enfant forme un catalyseur entre les droits et les besoins des enfants et la pierre angulaire de toutes les décisions qui les touchent : Claire BERNARD, « Les droits de l'enfant, entre la protection et l'autonomie », dans Lucie LAMARCHE et Pierre BOSSET (dir.), *Des enfants et des droits : textes présentés au 4^e Colloque des droits de la personne, tenu à Montréal en décembre 1996*, Québec, Presses de l'Université Laval, 1997, p. 25, à la page 34 ; G. (C.) c. F. (V.), [1987] 2 R.C.S. 244, 269-270 ; W. (V.) c. S. (D.), [1996] 2 R.C.S. 108, par. 75 et 80 (J. L'Heureux-Dubé). En outre, madame le juge L'Heureux-Dubé a précisé, dans l'affaire *Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3, à la page 75, que « l'expression « intérêt de l'enfant » peut, en effet, être conçue comme renvoyant à l'ensemble des considérations qu'englobent les besoins de l'enfant, par opposition à ceux des autres parties [...] ». Autrement dit, l'intérêt supérieur de l'enfant doit prévaloir et être systématiquement pris en compte au moment de prendre une décision qui touche les enfants, aucune dérogation n'étant envisageable : *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général)*, [2004] 1 R.C.S. 76, par. 10 (J. McLachlin). L'intérêt supérieur de l'enfant ne formant pas le facteur unique à considérer, il doit néanmoins être considéré comme le facteur déterminant : voir, entre autres, *Young c. Young*, *ibid.*, 75 (J. L'Heureux-Dubé) ; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, par. 75 (J. La Forest).

l'âge, l'opinion et les préférences de l'enfant, de l'adolescent ou du jeune, l'impact du travail sur son instruction et sa fréquentation scolaire, les effets du travail, la nature et les conditions de travail et les dangers liés au travail.

Deux autres principes directeurs peuvent être inclus dans une loi sur le travail des jeunes personnes. Comme le droit au développement global forme la base de l'ensemble des droits spécifiques des jeunes personnes, dont le droit à la vie, le droit à la santé, le droit à l'éducation, le droit au repos et aux loisirs, il importe de prévoir une norme visant la promotion et la protection de ces droits. Un dernier principe directeur concerne le principe de non-discrimination. Ainsi, il faudrait garantir à tous les enfants, adolescents et jeunes le respect des droits compris dans une telle loi, sans distinction fondée notamment sur la race, le sexe, la langue, la religion et le handicap.

2.1.2 Les limites et l'âge minimum d'admission à l'emploi

Les principales composantes d'une loi sur le travail des jeunes personnes se rapportent à l'interdiction du travail aux enfants et aux adolescents ainsi que la restriction du travail des jeunes. Il faut alors adopter des mesures afin de prohiber l'exploitation économique et le travail dangereux par nature, de contrôler les conditions dans lesquelles il est exercé, et d'interdire le travail des enfants⁵⁴.

Une loi propre au travail des jeunes personnes au Québec peut évidemment comprendre des dérogations au principe général de l'interdiction du travail des enfants. Une première dérogation vise les programmes d'apprentissage, les programmes alternant le travail et les études ainsi que les programmes de formation professionnelle. Lorsqu'un adolescent ou un jeune participe à ce type de programme, il pourrait travailler. Toutefois, ce travail devrait être réalisé dans le cadre d'un programme autorisé d'éducation ou de formation, programme devant demeurer sujet aux normes établies par le législateur québécois, dont celles fixant les âges minima d'admission.

54. Toutes les catégories d'emploi sont visées par cette mesure. Le travail domestique, le travail dans les entreprises familiales et le travail autonome doivent être pris en considération : ORGANISATION INTERNATIONALE DU TRAVAIL, *op. cit.*, note 51.

Une autre dérogation possible concerne les performances artistiques, culturelles ou similaires. L'exercice d'une activité artistique, culturelle ou toute autre activité similaire par un enfant, un adolescent ou un jeune pourrait être permis, mais seulement en conformité avec quelques règles précises. D'une part, l'activité en question ne devrait pas être susceptible de leur porter préjudice ni de compromettre leur assiduité scolaire ou leur aptitude à bénéficier de l'instruction reçue⁵⁵. D'autre part, les enfants et les adolescents qui désirent participer à une activité relevant du domaine du spectacle, du cinéma, de la radiophonie, de la télévision, de l'enregistrement sonore ou de la mode devraient obtenir préalablement une autorisation individuelle délivrée par une autorité compétente, incluant le consentement des titulaires de l'autorité parentale ; quant aux jeunes, cette autorisation ne serait pas nécessaire. Essentiellement, cette procédure cherche à protéger les enfants et les adolescents des situations d'abus et d'exploitation et à garantir des conditions de travail⁵⁶ qui tiennent compte de leurs capacités et de leur autonomie relative.

Une dernière dérogation vise le travail léger. Bien qu'il soit difficile de réglementer cette forme de travail vu son caractère temporaire et irrégulier, aucune raison ne justifie l'absence de normes sur le travail léger dans une loi propre au travail des jeunes personnes⁵⁷. S'il n'est ni nuisible à la santé ou au développement des adolescents, ni préjudiciable à leur développement scolaire et à leur aptitude à bénéficier de l'instruction reçue, le travail léger devrait être permis. À cet égard, une autorité compétente pourrait être responsable de définir les activités constituant un travail léger et de préciser les conditions dans lesquelles il peut être exécuté⁵⁸.

55. En d'autres termes, les performances artistiques, culturelles ou similaires réalisées par les enfants et les adolescents doivent avoir les caractéristiques d'un travail léger.

56. Il est important que les conditions de travail des enfants et des adolescents qui participent à une activité artistique, culturelle ou similaire comprises dans l'autorisation individuelle portent notamment sur la durée quotidienne et hebdomadaire du travail, les périodes de repos, les restrictions sur le travail de nuit et la protection du salaire.

57. Breen CREIGHTON, « Combating Child Labor : The Role of International Labour Standards », (1997) 18 *Comp. Lab. L.J.* 362, 386-387. Voir aussi BUREAU INTERNATIONAL DU TRAVAIL, *Le travail des enfants. Extrait du rapport du Directeur général à la Conférence internationale du travail, 69^e session, 1983*, Genève, Bureau international du Travail, 1985, p. 35-36.

58. Les conditions de travail du travail léger des adolescents doivent porter, entre autres, sur la durée quotidienne et hebdomadaire, les congés, les périodes de repos, le salaire minimum, l'interdiction du travail de nuit et les périodes où un adolescent peut travailler (par exemple durant les vacances scolaires).

Une loi sur le travail des jeunes personnes doit fixer divers âges minima d'admission à l'emploi. Nous l'évoquions précédemment, pour respecter ses engagements internationaux, le législateur québécois doit fixer un âge minimum général d'admission à l'emploi, âge au-dessous duquel aucun enfant ne serait autorisé à travailler et qui n'est pas inférieur à l'âge auquel cesse la scolarité obligatoire. Le travail, autre que léger, devrait donc être interdit aux personnes qui n'ont pas encore terminé leur scolarité obligatoire. Comme la fréquentation scolaire obligatoire prend fin à 16 ans au Québec, les enfants et les adolescents ne devraient pas travailler. D'ailleurs, une distinction s'impose entre le travail des enfants, des adolescents et des jeunes⁵⁹.

En ce qui a trait aux enfants, le travail devrait être complètement interdit ; néanmoins, l'exécution par ces derniers de menus travaux ou leur participation aux tâches ménagères pour aider les parents paraît acceptable. Quant aux adolescents, le travail devrait leur être interdit, mais ils pourraient occuper un travail léger. Puisque la fréquentation scolaire obligatoire cesse à 16 ans, les jeunes ne seraient pas visés par l'interdiction du travail des enfants. Ils devraient par contre pouvoir bénéficier de protections supplémentaires par rapport aux travailleurs adultes, dont la protection contre le travail dangereux. En effet, le travail dangereux devrait être interdit à toutes les personnes âgées de moins de 18 ans. Il pourrait cependant être autorisé aux jeunes si leur santé, leur sécurité et leur moralité étaient pleinement garanties et s'ils recevaient une formation appropriée sur les dangers du travail à réaliser.

59. Au Québec, le Conseil du patronat du Québec et la Centrale de l'enseignement du Québec ont, en 1996, élaboré conjointement une politique encadrant le travail des enfants et des adolescents. Le but principal de cette politique n'était pas de décourager totalement le travail rémunéré de ces jeunes, mais visait plutôt à sensibiliser les employeurs à la nécessité d'adopter des normes balisant l'embauche et le travail des personnes âgées de moins de 16 ans. La *Politique concernant le travail des jeunes* permettait donc d'assurer un meilleur équilibre entre les obligations scolaires des enfants et des adolescents, leurs loisirs et le travail rémunéré. Elle n'a toutefois qu'un caractère incitatif et son adhésion se fait sur une base volontaire : CENTRALE DE L'ENSEIGNEMENT DU QUÉBEC, *op. cit.*, note 49, p. 2. Pour consulter cette politique, voir « *Politique concernant le travail des jeunes au Québec* », [En ligne]. <<http://www.cstm.qc.ca/trousse1/texte9.html>> (Page consultée le 26 juillet 2006).

2.2 La nécessité de conditions de travail propres aux jeunes personnes et l'application d'une loi sur le travail des enfants par les acteurs sociaux

Puisque les jeunes personnes présentent des différences comparativement aux adultes, l'élaboration de normes qui leur sont propres et, plus particulièrement, de normes qui tiennent compte de leurs capacités en fonction de leur âge est nécessaire. Il convient alors d'énoncer le contenu minimal des conditions de travail des personnes âgées de moins de 18 ans. Par ailleurs, il faut nommer des personnes qui assureraient l'application et le respect de ces normes.

2.2.1 Les conditions de travail particulières aux jeunes personnes

Une protection juridique propre aux enfants, aux adolescents et aux jeunes doit garantir que leurs conditions de travail ne portent pas préjudice à leur santé, leur sécurité et leur développement⁶⁰. Pour assurer cette protection, le législateur québécois doit prendre des mesures pour faire en sorte que les conditions de travail des jeunes personnes soient toujours à un niveau satisfaisant et qu'elles fassent l'objet d'un contrôle strict⁶¹. Dans les situations où le travail est permis, les conditions de travail des enfants, des adolescents et des jeunes sont diversifiées et portent notamment sur la durée du travail, le repos, le moment où le travail est autorisé ainsi que sur la santé et la sécurité au travail.

Une loi sur le travail des jeunes personnes doit limiter la durée du travail quotidiennement et hebdomadairement⁶². Au moment de fixer les paramètres de cette durée, il faut distinguer le travail effectué durant l'année scolaire de celui réalisé pendant les vacances scolaires. Le travail durant l'année scolaire devrait être strictement limité. Si le travail ne leur est pas prohibé, les enfants pourraient travailler jusqu'à un maximum de 10 heures par semaine, à raison de deux heures par jour au plus. Quant aux adolescents, ils pourraient travailler jusqu'à 15 heures par semaine, à raison de trois heures par jour au maximum. De plus, une mesure devrait être ajoutée et prévoir que le travail des enfants et des adolescents ne devrait pas dépasser huit heures par

60. ORGANISATION INTERNATIONALE DU TRAVAIL, *op. cit.*, note 51.

61. N. HASPELS et M. JANKANISH, *op. cit.*, note 31, p. 67.

62. ORGANISATION INTERNATIONALE DU TRAVAIL, *op. cit.*, note 51.

jour, cumulant les heures passées à l'école avec celles consacrées au travail lors d'une même journée. Bien qu'ils ne soient plus tenus à la scolarité obligatoire, les jeunes qui étudient toujours pourraient travailler jusqu'à un maximum de 20 heures par semaine ; une des raisons justifiant cette limite réside dans l'importance d'assurer la réussite scolaire des jeunes personnes et de réduire le décrochage scolaire.

Pour le travail effectué pendant les vacances scolaires, les enfants pourraient travailler jusqu'à un maximum de cinq heures par jour et de 20 heures par semaine. Pour leur part, les adolescents pourraient travailler jusqu'à six heures trente minutes par jour et 30 heures par semaine. Quant aux jeunes, ils pourraient travailler jusqu'à huit heures par jour et 40 heures par semaine. Une dernière précision sur la durée du travail a trait aux heures supplémentaires. En effet, elles devraient être interdites aux enfants, adolescents et jeunes ; une dérogation pourrait néanmoins être accordée aux jeunes dans les cas où le travail ne nuit pas à leur santé, à leur sécurité et à leur développement ni à leur réussite scolaire⁶³.

En plus de limiter la durée du travail des jeunes personnes, il faut établir des normes précises sur les repos nocturne et hebdomadaire. Pour le repos nocturne, les enfants et les adolescents devraient pouvoir bénéficier d'une période minimale de repos de 14 heures ainsi que d'un repos hebdomadaire de deux jours, si possible, consécutifs. Quant aux jeunes, la période minimale de repos devrait être de 12 heures et le repos hebdomadaire de deux jours. Bien que le repos hebdomadaire des jeunes soit le même que celui des enfants et des adolescents, il serait possible de déroger à cette règle si deux conditions sont remplies : (1) les caractéristiques particulières de l'activité doivent justifier la dérogation ; et (2) un repos compensateur doit être accordé. Dans ces circonstances, le repos hebdomadaire devrait alors être fixé à au moins 36 heures consécutives.

Un autre élément relatif au repos concerne les pauses. Les enfants qui font au-delà de trois heures de travail effectif devraient pouvoir bénéficier d'une pause d'au moins 30 minutes consécutives. Pour leur part, les adolescents qui font au-delà de trois heures trente minutes de travail effectif devraient pouvoir

63. Voir Annexe 2 – Durée quotidienne et hebdomadaire du travail des enfants, des adolescents et des jeunes.

bénéficier d'une pause d'au moins 30 minutes consécutives. Finalement, les jeunes qui font au-delà de quatre heures de travail effectif devraient pouvoir bénéficier d'une pause d'au moins 30 minutes consécutives⁶⁴.

Une loi sur le travail des jeunes personnes doit aussi contenir des normes sur le moment du travail. Puisque l'école demeure la priorité des jeunes personnes durant l'année scolaire, il faut s'assurer que le travail n'entrave pas leur scolarité. La norme qui interdit le travail durant les heures de classe doit donc être conservée⁶⁵. L'élaboration d'une norme plus adéquate qui prohibe le travail de nuit des jeunes personnes s'impose toutefois. En ce qui a trait aux enfants, le travail entre 20 h un jour donné et 6 h le lendemain devrait être interdit. Pour les adolescents, cette période devrait être fixée entre 21 h 30 et 6 h. Quant aux jeunes, le travail de nuit serait prohibé entre 23 h et 6 h. Néanmoins, une dérogation pourrait être possible en fonction des secteurs d'activité particuliers et si des mesures appropriées étaient adoptées pour garantir une surveillance des jeunes par des adultes ; dans ce cas, seul le travail entre minuit et 4h devrait être interdit.

Des mesures adéquates sur la santé et la sécurité au travail des enfants, des adolescents et des jeunes doivent également être adoptées. Ainsi, le travail dangereux devrait être interdit aux jeunes personnes. Des mesures nécessaires pour les protéger contre les accidents du travail et les maladies professionnelles devraient aussi être envisagées. L'élaboration de normes sur la santé et la sécurité au travail propres aux jeunes personnes devrait également prévoir leur formation dans le but de les renseigner et de les sensibiliser aux risques et dangers liés au travail occupé⁶⁶. Les interdictions visant à écarter les jeunes personnes des formes de travail jugées dangereuses parce qu'insalubres, excédant leurs capacités physiques ou psychologiques, impliquant l'exposition nocive à des substances toxiques ou cancérogènes ainsi qu'à l'exposition aux radiations ou présentant des risques vu l'insuffisance de leur formation sont donc incontournables.

D'autres conditions de travail propres aux personnes âgées de moins de 18 ans peuvent être incluses dans une loi sur le travail des jeunes personnes. En effet, les enfants, les adolescents et les

64. Voir Annexe 3 – Repos des enfants, des adolescents et des jeunes.

65. Voir *Loi sur les normes du travail*, précitée, note 19, art. 84.4 et 84.5.

66. SANTÉ CANADA, *op. cit.*, note 43, p. 265.

jeunes ont droit à une rémunération équitable ainsi qu'à la protection du salaire qui respecte le principe à travail équivalent, salaire égal⁶⁷. Ils devraient bénéficier du salaire minimum tout comme les travailleurs adultes, peu importe le travail occupé. Les jeunes personnes devraient aussi bénéficier de jours fériés et de congés annuels payés. Finalement, tous les travailleurs âgés de moins de 18 ans devraient profiter de la protection des régimes de sécurité sociale, dont les régimes de prestations en cas d'accidents du travail et de maladies professionnelles⁶⁸.

2.2.2 Les responsabilités et devoirs des personnes responsables

Une loi sur le travail des jeunes personnes ne doit pas seulement énumérer les conditions de travail propres aux enfants, aux adolescents et aux jeunes. Elle doit aussi énoncer les devoirs et responsabilités des acteurs principalement en charge des personnes âgées de moins de 18 ans et désigner une autorité compétente devant garantir l'application des normes et leur respect.

Au Québec, la Commission des normes du travail⁶⁹ pourrait très bien constituer cette autorité. D'une part, elle pourrait informer et sensibiliser la population sur le contenu d'une loi portant sur le travail des jeunes personnes. Elle pourrait renseigner les enfants, les adolescents et les jeunes sur les risques et dangers liés aux activités économiques qu'ils peuvent exercer ainsi que sur leurs droits au travail. D'autre part, la Commission – en collaboration avec la Commission de la santé et de la sécurité du travail – pourrait définir et élaborer une liste des activités considérées comme dangereuses⁷⁰ et une liste des formes de travail léger auto-

67. Voir notamment *Charte des droits et libertés de la personne*, précitée, note 46, art. 10 et 19.

68. ORGANISATION INTERNATIONALE DU TRAVAIL, *op. cit.*, note 51 ; N. HASPELS et M. JANKANISH, *op. cit.*, note 31, p. 67.

69. Conformément à l'article 5 de la *Loi sur les normes du travail*, précitée, note 19, la Commission des normes du travail surveille l'application et la mise en œuvre des normes du travail, dont celles traitant du travail des enfants.

70. La liste des occupations considérées comme dangereuses doit notamment comprendre le travail dans les mines, les opérations d'excavation, la fabrication et l'entreposage d'explosifs, le travail dans la construction, le travail agricole, le travail dans une exploitation forestière, la réparation de véhicules automobiles, le travail impliquant l'exposition à des températures extrêmes, les transports, le travail d'entretien et de nettoyage de machines, l'abattage d'animaux, le travail en hauteur ou en haute mer, le travail avec l'électricité et tout travail qui entraîne des émanations ou poussières toxiques (dont le mercure, la silice, le plomb, l'amiante, l'acide citrique et le chlore). Voir, entre autres, *Convention*

risées aux enfants et aux adolescents ; ces listes seraient révisées périodiquement et mises à jour régulièrement afin de tenir compte des progrès de la science et de la technologie. Lorsque le travail serait permis, elle devrait préciser les conditions dans lesquelles il pourrait être exercé. Finalement, la Commission serait responsable d'un système de permis autorisant les jeunes personnes à travailler pour un employeur précis. Lorsqu'un permis serait requis pour occuper un travail, elle pourrait délivrer une autorisation aux personnes qui en font la demande⁷¹.

Tout comme l'autorité compétente, l'employeur devrait assumer certaines responsabilités. En embauchant des personnes âgées de moins de 18 ans, il devrait prendre des mesures pour assurer la protection de leur santé et de leur sécurité, notamment en identifiant tout danger potentiel, en leur donnant une formation appropriée sur ces dangers et en s'assurant que le milieu de travail est sécuritaire et ne présente aucun risque⁷². L'employeur devrait aussi superviser personnellement le travail effectué par ces jeunes personnes ou, du moins, s'assurer que le travail est réalisé sous la supervision d'un travailleur adulte. Lorsqu'une jeune personne éprouve un problème lié à l'exécution d'un travail, l'employeur devrait aviser les titulaires de l'autorité parentale de cette situation. Finalement, l'employeur devrait respecter les normes minimales du travail qui s'appliquent à tous les travailleurs, peu importe leur âge, ainsi que les normes propres au travail des jeunes personnes.

Les titulaires de l'autorité parentale devraient également assumer des responsabilités à l'égard du travail exercé par leurs enfants. En principe, les parents sont les mieux placés pour intervenir auprès de leurs enfants et déterminer ce qui est préférable pour eux. En effet, ils peuvent influencer, de manière non négligeable, la décision des jeunes personnes à travailler alors qu'elles

n° 138 sur l'âge minimum, 1973, précitée, note 9, art. 5(3) ; V. FORASTIERI, *op. cit.*, note 39, p. 45-48.

71. Cette autorisation doit comprendre plusieurs informations, dont les principaux renseignements sur la jeune personne, ceux sur l'employeur ainsi que le consentement écrit des titulaires de l'autorité parentale.

72. Il est intéressant de préciser que, conformément à l'article 2087 du *Code civil du Québec*, précité, note 1, l'employeur « doit prendre les mesures appropriées à la nature du travail, en vue de protéger la santé, la sécurité et la dignité du salarié ». Évidemment, le terme « salarié » comprend les travailleurs adultes et enfantins. En ce qui a trait au travailleur autonome, la problématique demeure tout entière.

fréquentent toujours un établissement scolaire. Dans un premier temps, les parents devraient encourager leurs enfants à poursuivre leurs études, entretenir leur motivation à la réussite scolaire, les aider à identifier leurs centres d'intérêt, voir à ce qu'ils ne s'absentent pas de l'école pour se rendre au travail et leur suggérer de s'engager dans des activités culturelles ou de loisirs. Dans un deuxième temps, les parents devraient renseigner leurs enfants sur leurs droits et les mettre en garde contre les situations abusives, discuter avec eux de leurs attentes à l'égard du travail et des motifs qui les incitent à travailler, discuter de leur expérience de travail vécue et vérifier que le travail ne leur cause pas trop de stress ou de fatigue⁷³.

Bien que les normes internationales du travail ne l'exigent pas, permettre le travail des adolescents s'ils ont obtenu préalablement le consentement des titulaires de l'autorité parentale constitue un bon moyen pour limiter le travail des enfants. Au Québec, cette autorisation est déjà prévue et doit être maintenue, quoiqu'elle nécessite certains réajustements. L'autorisation des parents devrait être obtenue pour le travail des adolescents seulement car le travail des enfants, soit les personnes âgées de moins de 13 ans, auprès d'un ou de plusieurs employeurs serait absolument interdit. Pour être valide, le consentement des parents devrait être écrit et conservé par l'employeur des adolescents dans un registre créé à cette fin. S'il obtenait des preuves tangibles de la détérioration des performances scolaires de son adolescent ou toute autre justification valable, un parent pourrait retirer son consentement dans l'intérêt supérieur de son enfant⁷⁴. En conséquence, l'adolescent devrait cesser d'occuper son travail. Pour

73. En 1992, le Conseil de la famille, le Secrétariat à la famille et la Fédération des Comités de parents de la province de Québec publiaient le *Guide d'accompagnement à l'intention des parents concernant le travail à temps partiel des élèves du secondaire* (pour le consulter, voir MINISTÈRE DU TRAVAIL DU QUÉBEC, « Document de réflexion sur le travail des enfants. Annexe 1 : Le travail à temps partiel des élèves du secondaire : Guide d'accompagnement à l'intention des parents », [En ligne]. <<http://www.travail.gouv.qc.ca/publications/rapports/enfants/annexe1.pdf>> (Page consultée le 26 juillet 2006)). Ce guide vise surtout à aider les parents, dont les enfants travaillent, « en mettant à leur disposition un aide-mémoire respectueux de leurs responsabilités et de leur devoir d'accompagner leurs adolescents » et énonce une série de conseils relatifs aux conditions de travail de leurs enfants qui tiennent compte du fait que la priorité des enfants et des adolescents est leurs études et non le travail : CONSEIL DE LA FAMILLE, *op. cit.*, note 33, p. 13.

74. Cette situation pourrait poser certaines difficultés. Normalement, un contrat de travail lie un employeur avec un salarié, qui est – dans notre cas – un adolescent. Au Québec, une personne de plus de 14 ans peut contracter seule et est

démontrer les préjudices subis au niveau de la réussite scolaire des enfants et des adolescents, les enseignants et les directeurs des écoles pourraient intervenir.

Une loi sur le travail des jeunes personnes devrait aussi énoncer les responsabilités et devoirs des principaux intervenants en milieu scolaire, tels que les enseignants et les directeurs des établissements scolaires. D'une part, ils devraient sensibiliser et informer les enfants, les adolescents et les jeunes des risques et dangers liés à l'exercice d'une activité économique au niveau de leur santé et de leur développement ainsi que de l'impact d'une telle activité sur leur assiduité et réussite scolaires. D'autre part, ils devraient les renseigner sur leurs droits et responsabilités liés au travail ou à l'emploi exercé. Finalement, ils devraient informer les titulaires de l'autorité parentale de toutes difficultés scolaires rencontrées et qui ont un lien avec le travail occupé par les jeunes personnes.

Finalement, une loi spécifique sur le travail des enfants, des adolescents et des jeunes par le législateur québécois devrait comprendre des mesures concrètes garantissant une mise en œuvre efficace⁷⁵. Ces mesures pourraient, entre autres, prévoir des sanctions dissuasives en cas de non-respect, élaborer un système de plaintes, créer un système efficace d'inspection du travail et assurer un suivi adéquat de l'application d'une loi sur le travail des jeunes personnes.

Bien que l'adoption et la mise en œuvre d'une loi propre sur le travail des jeunes personnes représente une solution normative appropriée pour protéger les enfants au travail, une autre solution pourrait consister en l'ajout d'une section plus imposante et

réputée majeure à ce moment-là : voir *Code civil du Québec*, précité, note 1, art. 156. Ainsi, l'employeur et l'adolescent peuvent valablement conclure un contrat de travail. Au moment de retirer leur consentement dans l'intérêt de leur enfant, les parents sont donc considérés comme des tiers. Cela étant, ils ne peuvent pas – en théorie – intervenir au niveau du contrat conclu entre leur adolescent et son employeur. Même si un contrat de travail comporte généralement un caractère *intuitu personæ*, il faudrait se questionner sur le droit des parents d'intervenir, au nom de l'intérêt supérieur de l'enfant, lorsque des raisons sérieuses le justifient. Une modification législative (ou un ajout) pourrait être requise à cet égard.

75. Puisque nous n'avons pas examiné les dispositions du droit actuel québécois garantissant la mise en œuvre des normes relatives au travail des enfants dans la première partie de cette étude, nous n'avons pas abordé en détail cette question.

importante sur le travail des enfants dans la *Loi sur les normes du travail*. Au-delà de ce qui est actuellement compris dans la section VI.2 du chapitre IV de la *Loi sur les normes du travail*, le législateur québécois devrait ajouter des normes qui visent de manière plus étendue les conditions de travail propres aux jeunes personnes. Plus particulièrement, les nouvelles dispositions devraient, entre autres, fixer des âges minima d'admission à l'emploi, dont un âge minimum général d'admission à l'emploi qui n'est pas assujéti au consentement des parents et qui tient compte de l'âge de la scolarité obligatoire, établir la durée quotidienne et hebdomadaire du travail et prévoir une période visée par l'interdiction du travail de nuit qui ne soit pas aussi tardive. En complétant les normes sur le travail des enfants déjà prévues dans la *Loi sur les normes du travail*, le législateur québécois rendrait ainsi sa législation plus adéquate, suffisante et conforme au droit international.

CONCLUSION

Comme les milieux de travail sont de plus en plus marqués par la compétitivité et la mondialisation, les enfants nécessitent et doivent recevoir une assistance et une protection spéciales contre l'exploitation économique ou toute forme de travail qui risque de compromettre leur éducation ou de nuire à leur santé ou à leur développement. Pour lutter efficacement contre le travail des enfants, l'adoption de normes spécifiques devient indispensable.

Même si le Québec s'est formellement engagé à respecter les obligations contenues dans le *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels* et dans la *Convention relative aux droits de l'enfant*, la législation québécoise actuelle demeure, à certains égards, inadéquate, insuffisante, incohérente et non conforme au droit international. Les principales lacunes décelées sont la dispersion des normes sur le travail des enfants, l'absence d'un âge minimum général d'admission à l'emploi, l'absence d'un lien entre l'âge minimum d'admission à l'emploi et l'âge de la scolarité obligatoire, l'absence de normes sur la durée quotidienne et hebdomadaire du travail des jeunes personnes, la période trop tardive visée par l'interdiction du travail de nuit et les mesures insuffisantes relatives au travail agricole et à la livraison de journaux. De ce fait, l'adoption d'une loi portant précisément sur le travail des jeunes personnes qui remédierait à ces

lacunes constitue une solution intéressante. Reste à voir si le législateur québécois jugera bon de respecter ses engagements.

Pourtant, l'adoption de normes plus adéquates visant l'abolition effective du travail des enfants et la protection des enfants au travail ne suffit pas pour remédier entièrement au travail des enfants. En effet, ce problème persiste dans le monde et le fossé entre les normes et la pratique demeure toujours considérable. Il faut donc que les États prennent des mesures efficaces pour mettre en œuvre ces normes ainsi que pour informer et sensibiliser tous les acteurs sociaux de leur contenu et de leur pertinence. Les États doivent également prévoir des peines ou autres sanctions appropriées et prendre toutes les mesures nécessaires pour assurer la protection des enfants au travail et l'application réelle de l'interdiction du travail des enfants⁷⁶. Fondamentalement, le rapprochement des normes sur le travail des enfants à la pratique devient indispensable pour atteindre l'objectif ultime fixé par l'OIT, soit l'abolition effective du travail des enfants.

76. *Convention relative aux droits de l'enfant*, précitée, note 1, art. 32(2)c) ; *Convention n° 138 sur l'âge minimum, 1973*, précitée, note 9, art. 9. Voir aussi ORGANISATION INTERNATIONALE DU TRAVAIL, *op. cit.*, note 51.

ANNEXE 1 – Exemples de risques professionnels liés à une occupation, un emploi ou un travail et les conséquences sur la santé

OCCUPATION, EMPLOI OU TRAVAIL	TÂCHES	RISQUES PROFESSIONNELS	CONSÉQUENCES SUR LA SANTÉ
AGRICULTURE	Manipuler des outils tranchants et des produits toxiques ; porter des charges lourdes ; travailler à proximité de machines en mouvement ; entretenir des animaux ; pulvériser des pesticides ; récolter des produits agricoles.	Machines et outils non protégés et inadéquats pour les enfants ; conduite de tracteurs et véhicules agricoles ; bruits et vibrations ; risques de tomber et suffoquer dans les silos à céréales ; animaux dangereux ; agents biologiques, toxiques et chimiques dangereux ; exposition au soleil intense et aux maladies ; port de charges lourdes.	Lacérations, coupures, blessures ou décès, fractures et amputations de membres inférieurs ou supérieurs ; blessures à la tête ; diminution de l'ouïe ; blessures aux yeux ; infections parasitaires ou maladies infectieuses ; coup de chaleur ; empoisonnement.
MINES	Porter des charges lourdes, excaver et exploiter une carrière ; travailler penché, à genoux ou couché dans des mines souterraines.	Risques de tomber ; blessures causées par des objets qui tombent ; éboulements ; risques d'explosion ; exposition à des poussières, des gaz, des fumées et du carbone de monoxyde ; port de charges lourdes ; bruit.	Fractures et autres blessures causées par des objets tombant ; mort ; maladies respiratoires ; fatigue et surmenage ; entorse ; problèmes musculaires et osseux.

OCCUPATION, EMPLOI OU TRAVAIL	TÂCHES	RISQUES PROFESSIONNELS	CONSÉQUENCES SUR LA SANTÉ
CONSTRUCTION	Excaver ; porter des charges lourdes ; pelleter du sable et du ciment ; travailler avec le métal ; poser de la toiture ; supporter des briques ; tirer les joints ; poser des murs.	Blessures causées par les chutes et les objets tombant ; exposition aux bruits et poussières dangereuses ; travail sans protection et équipements adéquats ; conditions météorologiques extrêmes ; exposition à la silice ou à l'amiante.	Problèmes musculaires et osseux ; maladies respiratoires ; fatigue ; blessures causées par une chute ou par les objets tranchants ; brûlures ; intoxication au monoxyde de carbone ; coup de chaleur.
TRAVAIL DANS UN GARAGE	Réparer des pièces d'une voiture ; faire la mécanique ; entretenir des pneus ; laver des voitures ; remplir les voitures d'essence.	Exposition au monoxyde de carbone, benzène, aux solvants et à l'amiante ; machines et outils dangereux ; manipulation d'objets lourds ; ventilation inadéquate ; risques de feu et d'explosion.	Brûlures ; empoisonnement au monoxyde de carbone ; chutes ; hernies et foulure ; empoisonnement chimique.
TRAVAIL DANS LA RESTAURATION	Manipuler et servir de la nourriture ; mettre dans l'étalage des marchandises ; travailler aux caisses ; nettoyer des fours ou plaques de cuisson ; transporter des boîtes.	Exposition aux micro-ondes ; chocs électriques ; exposition à des changements de température extrêmes ; machines tranchantes ; port de charges lourdes.	Lacérations et brûlures mineures ; électrocution ; amputation de doigts ; blessures causées par des objets tombant ; entorses ; chutes d'un escalier.
PERFORMANCES ARTISTIQUES	Travailler dans l'industrie du cinéma, de la télévision, des messages publicitaires et dans l'industrie de la mode ; travailler dans un cirque ; chanter ; jouer dans une pièce de théâtre ou dans un ballet.	Chutes ; longues heures de travail ; travail de soirée et de nuit ; heures de repas irrégulières.	Blessures ; effets sur la santé causés par les longues heures de travail ; stress physique et mental ; problèmes de comportement.

OCCUPATION, EMPLOI OU TRAVAIL	TÂCHES	RISQUES PROFESSIONNELS	CONSÉQUENCES SUR LA SANTÉ
TRAVAIL DOMESTIQUE ET TÂCHES MÉNAGÈRES	Toutes les tâches ménagères, dont la lessive, le repassage, la vaisselle, l'épous- setage et la balayeuse ; gardiennage d'enfants ou personnes âgées.	Longues heures de travail ; abus phy- sique ou moral ; fa- tigue ; heures de repas irrégulières.	Manque de som- meil ; effets sur la santé causés par les longues heures de travail ; stress psychologique ; blessures physiques.

Sources : Valentina FORASTIERI, *Children at Work : Health and Safety Risks*, Genève, Bureau international du Travail, 1997, p. 12-18 ; Bénédicte MANIER, *Le travail des enfants dans le monde*, Paris, Éditions La Découverte, 1999, p. 76-77 ; BUREAU INTERNATIONAL DU TRAVAIL, *Le travail des enfants : L'intolérable en point de mire*, Conférence internationale du travail, 86^e session, Rapport VI(1), Genève, Bureau international du Travail, 1998, p. 12-13 ; SANTÉ CANADA, *Pour la sécurité des jeunes canadiens : Des données statistiques aux mesures préventives*, Ottawa, Santé Canada, 1997, p. 247-267.

ANNEXE 2 – Durée quotidienne et hebdomadaire du travail des enfants, des adolescents et des jeunes

	TRAVAIL DURANT L'ANNÉE SCOLAIRE	TRAVAIL DURANT LES VACANCES SCOLAIRES
ENFANTS	2 heures par jour 10 heures par semaine 8 heures par jour, cumulant travail et études heures supplémentaires interdite	5 heures par jour 20 heures par semaine heures supplémentaires interdites
ADOLESCENTS	3 heures par jour 15 heures par semaine 8 heures par jour, cumulant travail et études heures supplémentaires interdites	6 heures 30 minutes par jour 30 heures par semaine heures supplémentaires interdites
JEUNES	20 heures par semaine, si le jeune fréquente toujours l'école norme ayant pour objectif d'assurer la réussite scolaire des jeunes heures supplémentaires possibles, s'il n'y a aucun risque pour la santé, la sécurité, le développement et la réussite scolaire du jeune	8 heures par jour 40 heures par semaine heures supplémentaires possibles, s'il n'y a aucun risque pour la santé, la sécurité et le développement du jeune

Source : Tableau réalisé par l'auteure.

ANNEXE 3 – Repos des enfants, des adolescents et des jeunes

	REPOS NOCTURNE	REPOS HEBDOMADAIRE	PAUSES
ENFANTS	14 heures consécutives	2 jours, si possible consécutifs et incluant le dimanche	Au moins 30 minutes au-delà de 3 heures de travail
ADOLESCENTS	14 heures consécutives	2 jours, si possible consécutifs et incluant le dimanche	Au moins 30 minutes au-delà de 3 heures 30 minutes de travail
JEUNES	12 heures consécutives	2 jours, si possible consécutifs et incluant le dimanche si le travail a des caractéristiques particulières et qu'un repos compensateur est accordé, le repos hebdomadaire peut être réduit à 36 heures consécutives	Au moins 30 minutes au-delà de 4 heures de travail

Source : Tableau réalisé par l'auteure.

Chèques portant mention « en règlement final »

Pierre W. Morin

Résumé

Rares sont les praticiens qui n'ont pas été confrontés un jour à cette fameuse question des chèques portant mention « en règlement final » ou une autre expression équivalente. Le justiciable qui consulte un avocat à ce sujet ne réalise pas toute la complexité de son problème ; il s'attend à une réponse rapide et positive. En vérité, la solution ne peut être trouvée qu'après un examen attentif de tous les faits, ce qui entraîne une multitude de questions. L'auteur a publié dans la *Revue du Barreau* de mai 1974 un article portant le même titre, qui faisait le point sur le même sujet et retraçait l'historique de la jurisprudence sur cette question à l'époque.

L'entrée en vigueur d'un nouveau code civil en 1994 n'a pas changé les règles. Même si certaines décisions citées ou commentées sont anciennes, elles demeurent encore pertinentes. Le sujet reste toujours d'actualité et de nouveaux jugements sont prononcés régulièrement à ce propos. Il a donc semblé utile de reprendre le texte en y incorporant la substance des décisions significatives des tribunaux jusqu'à ce jour pour tenter de découvrir l'évolution et la position des juges en cette matière. On constatera que plusieurs points ont été éclaircis mais qu'il reste encore quelques incertitudes.

Chèques portant mention « en règlement final »

Pierre W. Morin

Il arrive fréquemment qu'un débiteur, désireux de réduire le montant de sa dette, et dans le but de forcer la main de son créancier, lui transmette un chèque pour un montant moindre que celui réclamé, en y inscrivant la mention « en paiement final », ou une autre expression ayant une signification équivalente. Le créancier qui reçoit un tel chèque s'empresse bien souvent de l'encaisser ou de le faire certifier, et avise ensuite son débiteur qu'il n'accepte pas la condition de ce dernier et qu'il considère ce paiement comme un simple versement sur la dette initiale. Cette attitude est probablement dictée par l'adage bien connu « un tiens vaut deux tu l'auras ». En effet, surtout lorsque le débiteur est plus ou moins solvable et que son chèque est attendu depuis longtemps, le bénéficiaire est peu enclin à le retourner et à en demander un nouveau, car en agissant de la sorte, il risque de tout perdre, même le paiement partiel représenté par le chèque qu'il détient.

Les avocats sont souvent consultés par le bénéficiaire d'un tel chèque quant à l'attitude à adopter dans une telle situation. Le praticien qui entreprend une recherche poussée en doctrine et en jurisprudence risque fort d'y perdre son latin, car l'examen des décisions sur ce sujet est passablement déroutant. Qu'il suffise d'en brosser un tableau sommaire.

Tout d'abord, dans l'arrêt *Day c. McLea*¹, première décision importante sur le sujet, on a statué que, décider s'il y a entente, accord entre les volontés sur réduction d'un montant, ou encore, acceptation d'une moindre somme en règlement est une question de faits dont la preuve est permise. La règle ainsi énoncée a été reprise et suivie par le seul arrêt de la Cour suprême sur le sujet, *Brilliant Silk Manufacturing Co. Inc. c. Kaufman*². La Cour suprême a décidé qu'il s'agissait d'une question de faits et non

1. (1889) 22 Q.B.D. 610.

2. [1925] R.C.S. 249, à la p. 259.

d'une question de droit de savoir si le créancier avait, par ses paroles et sa conduite, acquiescé ou non à l'entente proposée par le débiteur.

L'interprétation de cette décision, qui paraît pourtant claire, a donné lieu en jurisprudence à de très importantes dissidences. En 1933, le juge J.-B. Archambault³ s'est étonné « que les juges de la Cour suprême, d'ordinaire si bien informés de la jurisprudence, aient laissé surprendre leur foi » après avoir souligné « la déférence due à son rang très élevé »⁴. Ce savant magistrat n'a pas suivi le principe émis par la Cour suprême, et a soutenu que l'encaissement d'un chèque même sous condition constituait une quittance finale. Son opinion est basée en partie sur l'arrêt *Zakibe c. Graf*⁵, lui-même mis de côté par le juge Ferdinand Roy, en 1947 dans l'affaire *Gagnon c. Martel*⁶. De plus, ce même juge J.-B. Archambault a été carrément désavoué par son homonyme Joseph Archambault⁷ qui a préféré suivre l'opinion de la Cour suprême. Également, le juge Alastair M. Watt, dans un article paru en 1948 dans la *Revue du Barreau canadien*⁸, a prononcé un plaidoyer vigoureux contre la théorie soutenue dans les arrêts *Allan's Beverages*⁹ et *Reinhart*¹⁰. Selon le juge Watt, le seul fait d'encaisser un pareil chèque ne crée aucune présomption d'acceptation de la part du créancier. L'opinion du juge Watt fut reprise par le juge Batshaw dans *Mendell c. Rosenberg*¹¹, mais elle a été ouvertement contredite par le juge Choquette (dans l'arrêt *Dion c. Carbonneau*¹²) qui affirme que la proposition du juge Watt « paraît aller trop loin » et « est trop absolue ». Cependant, l'opinion émise par le juge Archambault dans *Allan's Beverages* et *Reinhart* a été reprise et approuvée par le juge Frédéric Dorion¹³. De plus, dans un article publié en 1943 dans la *Revue du Barreau*¹⁴, M^e Yves Pelletier s'est porté à la défense de la thèse défendue par le juge J.-B. Archambault.

3. *Allan's Beverages Ltd. c. Kopernick*, (1934) 72 C.S. 29.

4. *Ibid.*, p. 34.

5. (1926) 40 B.R. 47, à la p. 62.

6. [1947] C.S. 475, à la p. 478.

7. *Benoît c. Laurion*, [1943] C.S. 236.

8. À la p. 721.

9. *Supra*, note 3.

10. *Reinhart c. Regent Children's Dress Mfg.*, (j. Archambault) (1922) 28 R.J. 208.

11. [1958] C.S. 361.

12. [1952] C.S. 99. Cette décision a été confirmée par la Cour d'appel : voir [1952] B.R. 289.

13. *Normand Inc. c. Vigneron Inc.* [1969] C.S. 488, à la p. 493.

14. [1943] R. du B. 285.

Comment se retrouver dans ce dédale de décisions aussi contradictoires ? Il n'est pas surprenant que les praticiens aient de la difficulté à conseiller leurs clients, alors que les juges eux-mêmes ne s'entendent pas sur cette matière. Même si les décisions mentionnées jusqu'ici datent de plusieurs années, elles retracent bien le cheminement de la jurisprudence sur le sujet et permettent de mieux comprendre comment les tribunaux en sont arrivés aux principes qui sont aujourd'hui appliqués en cette matière, malgré l'incertitude qui prévaut.

À l'époque, il y avait d'une part les partisans de la théorie du juge J.-B. Archambault, laquelle peut se résumer ainsi : l'encaissement d'un chèque, même sous condition, portant la mention « en règlement final » constitue une quittance finale et une fin de non-recevoir à toutes réclamations subséquentes. Il y avait d'autre part une autre école de pensée qui prônait le point de vue du juge Alastair M. Watt : le seul fait d'encaisser un chèque portant l'expression « en règlement final » ne crée aucune présomption d'acceptation de la part du créancier. Il s'agit de deux positions diamétralement opposées et, ce qui est encore plus surprenant, c'est que les tenants de chacune de ces théories se réclamaient les fidèles disciples du seul arrêt de la Cour suprême du Canada sur le sujet : l'affaire *Brilliant Silk*. Cette décision de la Cour suprême a donné lieu à des interprétations fort diverses. Ainsi dans l'affaire *Banque Canadienne Nationale c. Dubé-Grothé*¹⁵, les juges en arrivent à des conclusions complètement différentes, bien qu'ils s'appuient tous sur l'arrêt *Brilliant Silk*.

La lecture de cette décision révèle que, en réalité, la Cour suprême n'a jamais été aussi loin dans un sens ni dans l'autre, et qu'elle s'est bornée à statuer que c'est une question de faits de savoir si le créancier, par ses paroles et sa conduite, a consenti à la condition inscrite sur le chèque. En somme, la Cour suprême n'a énoncé aucun principe général pouvant indistinctement s'appliquer à tout litige de telle sorte. Il s'agit toujours d'une question de faits et non de droit.

D'ailleurs, il faut bien se garder de se montrer trop catégorique et d'émettre des principes rigides sur ce sujet car les circonstances dans lesquelles le chèque portant la mention litigieuse a été émis sont rarement identiques. Comment pourrait-on énoncer des règles strictes d'interprétation quand les circonstances dans

15. [1956] B.R. 259.

chaque cas peuvent varier à l'infini ? En effet, la mention sur le chèque est-elle claire et précise, ou susceptible de plusieurs sens ? La mention qui apparaît au *verso* a-t-elle la même signification que celle inscrite au *recto* ? Le chèque a-t-il été remis de main à main et sans discussion, ou par la poste, après négociations ? La dette qui est à l'origine du chèque est-elle contestée ou bien admise ? Le créancier a-t-il protesté dès réception du chèque ou seulement après l'avoir encaissé ? La mention existait-elle lors de la remise du chèque, ou a-t-elle été rajoutée après encaissement, par un débiteur malhonnête ? Les mots libératoires ont-ils été écrits avec le même crayon que les autres écritures sur le chèque ? Le débiteur avait-il lui-même une contre-réclamation qui a été rabattue sur sa dette ? Y a-t-il eu pourparlers entre les parties avant l'émission du chèque en litige ? Voilà une liste restreinte des questions qui peuvent se présenter et influencer sur le règlement¹⁶.

En principe, si un chèque portant les mots « en règlement final » est remis au créancier et que celui-ci encaisse le chèque sans avis ni protestation préalable, il y a alors transaction au sens de l'article 2631 du Code civil de sorte que sa réclamation subséquente est irrecevable¹⁷. En d'autres mots, si le créancier endosse ce chèque et l'encaisse sans réserve, il y a accord de volontés entre les parties et ce qui était une simple sollicitation devient un contrat synallagmatique parfait qui décharge le débiteur de toute obligation envers son créancier¹⁸. À prime abord, de tels actes de

16. Voir l'article du juge Alastair M. Watt, *supra*, p. 721.

17. *Imaflex inc. c. Impressions Logobec International Ltd.*, REJB 1998-04712 (C.Q.), aux par. 34 à 37 (confirmé en appel); *Jan Hulak c. Courtage en assurance Leslie Machan inc.*, EYB 2006-100884 (C.Q.); *Services financiers Avco Canada Ltée c. Sergerie*, AZ-82031066, J.E. 82-218 (C.Q.): dans cette affaire, la mention libératoire était inscrite non seulement sur le chèque mais aussi sur la lettre explicative qui l'accompagnait; *Résolution Capital inc. c. Placements Everest inc.*, EYB 2005-92744 (C.S.): au par. 35, la juge souligne: « [...] d'autant plus que c'est par le biais de leurs avocats que les échanges de correspondance ont été faits »; dans cette affaire, la juge a accueilli une requête fondée sur l'article 75.1 C.p.c. et a rejeté la poursuite en se basant sur la mention « en paiement complet et final » inscrite sur le chèque. La Cour d'appel, dans un jugement du 30 mars 2006 (C.A.M. 500-09-015874-050), a accueilli l'appel et a retourné le dossier en première instance pour que la cause soit entendue au mérite puisque « la question de l'effet de l'encaissement [...] mérite d'être examinée au fond » (par. 6), car « il peut être possible de prétendre que l'encaissement de cette somme n'emporte pas règlement final... » (par. 4).

18. *P. c. D.* [1959] B.R. 803; *Lemieux c. Puits du Québec inc.*, J.E. 81-1119 (C.A.); *Belzile c. N.N., compagnie d'assurance-vie du Canada*, AZ-01022074, J.E. 2001-1987, [2001] R.R.A. 950 (C.S.); *Piscine Sansouci inc. c. Grenier*, AZ-90031228, J.E. 90-1491 (C.Q.); *Silver c. Burgstaller*, [1970] R.L. 257 (C.Q.); dans cette affaire, le juge a souligné, à la page 262: « Si, sur réception ou

la part du créancier constituent une présomption de paiement final en faveur du souscripteur, et d'acquiescement à sa condition¹⁹, mais il s'agit d'une présomption *juris tantum* et non *juris de jure*²⁰. C'est donc une question de faits et non une question de droit²¹. En conséquence, cette présomption de paiement final peut être combattue par une preuve contraire²², même par une preuve testimoniale²³. Le fait qu'il y ait eu des négociations avant et après l'encaissement du chèque est l'un des éléments dont le juge pourra tenir compte pour déterminer si le créancier a repoussé la présomption²⁴. Les circonstances de chaque espèce doivent déterminer la solution du litige²⁵. Le reçu constitué par le chèque reste donc sujet à vérification par une preuve légale²⁶ ; et si la preuve démontre que le chèque a été encaissé par erreur, le créancier ne sera pas lié par la mention²⁷. Les dispositions de la loi sur les lettres de change ne sont d'aucune utilité pour solutionner ce problème, car il s'agit d'une simple question de droit civil, qui doit être résolue suivant les règles de la formation des contrats par le consentement des parties, et de l'extinction des obligations²⁸. Les règles de droit en pareille matière sont simples : qu'on l'appelle transaction (C.c.Q. 2631 et s.) ou remise (C.c.Q. 1687 et s.), il s'agit pour le créancier d'une renonciation à partie de sa créance ; le débiteur qui invoque pareil abandon d'un droit est tenu, évidemment, d'en fournir la preuve certaine²⁹ ; cette preuve certaine

quelques jours après, le demandeur avait communiqué par téléphone ou par lettre avec le défendeur l'avisant qu'il refusait le chèque comme paiement final ou encore s'il avait retourné le chèque au défendeur, on pourrait dire que le règlement offert a été refusé ».

19. À plus forte raison si le chèque portant la mention libératoire est accompagné d'une lettre explicative au même effet : voir *Cie des appareils ménagers canadiens c. Club consommateur L.J.S. un million Ltée*, J.E. 82-219 (C.Q.) aux p. 2 et 3 du jugement.
20. *Blouin c. Turbide*, (j. Philippe Ferland) [1966] C.S. 171, à la p. 173 ; *Bonin c. Lamarre*, (1922) 28 R.L. 404, à la p. 406.
21. *Martel c. Hôtel Plaza Ltée*, (J. J.-C. Simard) [1967] R.L. 7.
22. *U. Tomassini & Frères ltée c. Reitelman*, AZ-94031209, J.E. 94-972 (C.Q.).
23. *Deguisse c. Goudreau*, (j. Archambault) [1948] C.S. 50, à la p. 51 ; *Construction Jacques Léger inc. c. Bissonnette*, [1977] R.L. 289, à la page 300.
24. *Viau c. Supertest Petroleum Ltd.*, [1969] C.S. 229 ; *Laporte c. Paquette*, AZ-50308766, B.E. 2005BE-518 (C.Q.).
25. *Couvreurs Mont-Blanc inc. c. Toitures Luc Girard inc.*, AZ-50340161, B.E. 2006BE-219 (C.Q.) par. 39.
26. *Boutique Guy Gareau inc. c. Laframboise*, AZ-79033215, J.E. 79-687 (C.Q.).
27. *Ethier c. Bourcier*, (1926) 40 B.R. 491.
28. *Reinhart c. Regent Children's Dress Mfg.*, (J. Archambault) (1922) 28 R.J. 208, à la p. 217.
29. *Lavoie c. West Island Plomberie et chauffage ltée*, J.E. 96-37 (C.A.).

peut résulter d'une présomption³⁰ (C.c.Q. 2811), même de fait (C.c.Q. 2846, 2849)³¹. C'est alors qu'entre en jeu l'opinion de la Cour suprême, à savoir qu'il s'agit d'une question de faits qu'il appartient au tribunal d'apprécier³².

Il existe des cas où la prétention du débiteur que le chèque est libératoire, sera à coup sûr refusée par le tribunal non pas tellement en raison des circonstances mais plutôt eu égard à la nature de la dette. Ainsi, en matière matrimoniale, ce n'est pas en inscrivant « paiement final » sur un chèque de pension alimentaire que le débiteur se libérera de son obligation pour l'avenir³³. Un tel geste n'est pas déterminant et ne dispense pas le débiteur d'avoir à intenter une requête en annulation de pension alimentaire³⁴. On a même vu un cas où cette mention écrite sur le chèque a constitué un autre élément servant à démontrer la mauvaise foi du débiteur et son obstination à ne pas vouloir payer la pension, entraînant sa condamnation à un mois de prison pour outrage au tribunal³⁵. En matière fiscale, qu'on n'aille pas croire également qu'on pourra se servir de ce stratagème (écrire *paiement final* sur le chèque) pour éluder le paiement d'une partie de ses impôts. Le législateur a prévu le coup et a inclus dans la loi des dispositions prévoyant que le ministère du Revenu « n'est pas lié par un acte, écrit ou document à moins qu'il ne soit signé par le ministre, le sous-ministre ou un fonctionnaire autorisé [...]. De plus, le ministre ne peut renoncer au paiement de sommes qui lui sont dues »³⁶. Même si le ministère encaisse sans protestation le chèque portant mention « en paiement complet et final », son nouvel avis de cotisation émis près de deux ans plus tard sera quand même valable³⁷.

30. *Dans Balcano inc. c. Blackwood Hodge Ontario Sales Ltd.*, [1978] C.A. 199, à la page 200, le juge affirme que « La remise d'une dette ne se présume pas » mais il s'empresse aussitôt d'ajouter : « Il appartient à l'appelante (ici la débitrice) de l'établir. Elle pouvait pour ce faire apporter une preuve directe ou une preuve tirée de présomptions ».

31. *Gagnon c. Martel*, *supra*, note 6, p. 476.

32. *Tanguay c. Dupont Limitée*, (J. F. Caron) [1957] C.S. 66.

33. *L.G. c. M.D.*, AZ-50274697, J.E. 2004-2026, [2004] R.D.F. 878 (C.S.) où on écrit au résumé : « Le jugement est demeuré en vigueur en l'absence de procédures pour le modifier ».

34. *I.D. c. N.L.* AZ-50148962, J.E. 2002-2024 (C.S.).

35. *Droit de la famille – 542*, AZ-88021476, J.E. 88-1224, [1988] R.D.F. 449 (C.S., règlement hors cour en appel).

36. *Guy c. Québec (Sous-ministre du Revenu)*, AZ-87091149, D.F.Q.E. 87F-9 (C.Q.) ; la citation est extraite du résumé.

37. *Salon Ford Vente Ltée c. Sous-ministre du Revenu du Québec*, AZ-85091038, D.F.Q.E. 85F-34 (C.Q.).

Également, si le débiteur a expédié le chèque portant la mention libératoire directement à la banque de son créancier et que celle-ci a déposé le chèque au compte du bénéficiaire, il est bien évident que le débiteur n'est pas libéré, vu que, dans de telles circonstances, le créancier n'a pu prendre connaissance de la mention inscrite sur le chèque, ce dernier ayant été encaissé par la banque, sans l'intervention du bénéficiaire³⁸.

Il est inutile pour le débiteur de prétendre que le contexte dans lequel le chèque litigieux a été encaissé équivaut à paiement final s'il n'a pas pris au départ la précaution d'inscrire une mention libératoire sur le chèque ou sur un document remis en même temps³⁹. La jurisprudence est unanime sur ce point⁴⁰. Comme l'a déjà souligné la Cour d'appel, il faut absolument que le chèque (ou une lettre qui l'accompagne) porte clairement une mention à l'effet qu'il s'agit d'un paiement final pour que son encaissement par le bénéficiaire emporte renonciation de sa part à réclamer un montant additionnel⁴¹, sinon il est inutile de soulever cette question. La mention paiement final sera également mise de côté lorsque certaines circonstances particulières sont rencontrées. Par exemple, lorsque le créancier est un illettré et que personne ne l'a informé de la signification des mots écrits sur le chèque⁴². La mention « *en règlement final* » ne sera pas retenue si, après

38. *Truchon et al. c. The Gulf Pulp and Paper Co.*, (j. Stein) (1926) 32 R.L. 60 ; *Gérald Robitaille et Associés ltée c. Desrosiers*, AZ-98036590, B.E. 98BE-1274 (C.Q.) ; *Du Pont Canada inc. c. Les Carrières St-Eustache*, (j. J.-M. Brassard) C.S.M. 500-05-000983-849, jugement du 23 janvier 1985, p. 5 où le juge écrit textuellement : « L'encaissement fait par la banque automatiquement ne peut pas constituer un consentement de la part de la demanderesse parce que le mandat de la banque n'allait pas jusqu'à donner quittance ou faire des remises aux débiteurs sur leurs dettes ».

39. *Lefko inc. c. Les Produits Thermo Concept inc.*, EYB 2004-70571 (C.S.) où le juge écrit au par. 22 : « Aucun de ces chèques ne comporte la mention qu'il s'agit d'un paiement final à date ».

40. *Stephen Bergeron c. Voodoo Technologies inc.*, EYB 2005-94659 (C.Q.) au par. 25 : « le chèque qui a été remis n'indiquait pas qu'il s'agissait d'un paiement final. En conséquence, il n'y a pas de preuve de transaction » ; *2968-2325 Québec inc. c. Blanco-Puliga*, EYB 2004-81342 (C.Q.) au par. 23 : « aucun des chèques déposés par le locataire ne portent de mention à l'effet qu'il s'agit, par exemple, d'un paiement final... » ; *Forage Frontenac (1995) inc. c. Ville de Beauveville*, EYB 2005-87334 (C.Q.) au par. 50 : « Émettant quand même ledit chèque, il (le débiteur) n'indique pas qu'il s'agit d'un paiement final. (Il n'y a donc pas eu) transaction entre les parties » ; voir au même effet la jurisprudence citée aux notes 60 à 62.

41. *Constructions et placements Bonatou ltée c. Régie du logement*, AZ-97011414, J.E. 97-852 (C.A.).

42. *Babineau c. Bourque*, (Cour supérieure du Nouveau-Brunswick) (1925) 1 D.L.R. 852.

l'encaissement du chèque, le débiteur a reconnu sa dette et s'est engagé à payer le solde⁴³. De même si le débiteur avoue par la suite, que, lorsqu'il a transmis son chèque avec l'écriture « en règlement final », il pensait que le chèque acquittait intégralement sa dette, et qu'il n'a jamais eu l'intention d'effectuer une transaction ni d'obtenir une remise, l'erreur étant alors bilatérale quant au compte dû⁴⁴. « Pour pouvoir lier son créancier sur le terrain de la transaction, il faut que (le débiteur) ait énoncé clairement l'objet sur lequel (il) entendait transiger. Il ne doit y avoir ouverture à aucun échappatoire »⁴⁵. Le chèque ne sera pas considéré comme libératoire si les termes que le débiteur a utilisés pour signifier son intention ne sont pas clairs, mais ambigus⁴⁶. S'il y a ambiguïté concernant quelle dette est visée par la mention libératoire⁴⁷ ou si l'expression employée est susceptible de plusieurs interprétations, le doute jouera en faveur du créancier (article 1432 C.c.)⁴⁸. Au surplus, s'il est écrit sur un côté du chèque « pour compte de Monsieur X » et de l'autre côté « en paiement final à date », il y a alors contradiction et cette ambiguïté jouera en faveur du créancier qui pourra avoir été induit en erreur⁴⁹.

Finalement, si le débiteur, sachant que le créancier ignore le montant de sa dette, lui envoie un chèque portant la mention « règlement total et final » pour une somme moindre dans l'espoir que ce dernier encaisse le chèque sans poser de question, il est évi-

43. *Cie Paquet c. Paquin*, (J. Maloin) (1911) 39 C.S. 58.

44. *Dion c. Carbonneau*, *supra*, note 12 ; *QIT Fer et Titane inc. c. Phil E. Barron*, J.E. 81-1120, [1981] C.P. 361, à la page 364.

45. *Aspinall c. Electro-Knit Fabrics (Canada) Ltd.*, J.E. 81-274 (C.S.) où le sommaire se termine comme suit : « Les demandeurs ont eu raison d'encaisser le chèque sans autre formalité, la mention telle que rédigée étant de nature à indiquer qu'il s'agissait d'un paiement complet pour les comptes intermédiaires facturés seulement » ; voir au même effet *Dame Levinson c. Canada Assurance Company*, [1971] C.S. 723, à la p. 735 où le débiteur avait envoyé trois chèques postdatés dont deux étaient accompagnés d'un relevé de compte indiquant le montant (correspondant au total des trois chèques) que le débiteur prétendait devoir mais rien ne spécifiait qu'il s'agissait d'un règlement final : « by acting as it did, the defendant left open the question of the alleged right by plaintiff to claim the balance referred to in the action ».

46. *Benoît c. Laurion*, *supra*, note 7.

47. *Garneau c. Bédard*, AZ-50333165, J.E. 2005-2117 (C.Q.).

48. *Rankin c. Blick Time Records of Canada Ltd.*, (J. Philippe Demers) (1936) 76 C.S. 199 ; *Ladouceur c. Association récréative de Val-des-Monts inc.*, AZ-50126174, J.E. 2002-989, D.T.E. 2002T-525 (C.Q.), où le juge mentionne, au par. 20 : « la phraséologie employée dans la rédaction de la mention peut laisser croire à une autre interprétation.[...] S'il y a acquiescement ou quittance, cela doit au moins apparaître clairement ».

49. *Deguisse c. Goudreau*, *supra*, note 23 ; *Du Pont Canada inc. c. Les Carrières St-Eustache*, *supra*, note 38.

dent que le créancier conserve son recours pour l'excédent puisqu'il n'a pas accepté le règlement en pleine connaissance de cause⁵⁰. On pourra certes trouver curieux que le créancier encaisse un chèque portant mention libératoire tout en ignorant le montant de sa créance, on pourra l'accuser d'avoir été imprudent, mais sa faute est sûrement moins grave que celle du débiteur qui lui a tendu un piège en souhaitant que le créancier encaisse le chèque en toute confiance, pour lui opposer plus tard le reçu final constitué par le chèque et lui dire : « Tu n'avais qu'à t'ouvrir les yeux à temps, quant à moi, je ne t'ai fait aucune fausse représentation ». Or, un tel stratagème constitue en soi une représentation erronée qui vicie la transaction ; la conduite du débiteur dans de telles circonstances va directement à l'encontre des exigences de la bonne foi prévue aux articles 6 et 7 du Code civil⁵¹. Ce problème s'est posé dans *Reber inc. c. Sendel*⁵² où le juge de première instance a accueilli la réclamation additionnelle du créancier, concluant « qu'il n'y avait pas quittance finale puisque l'intimée (le créancier) ignorait le montant de sa créance » ; soulignant que « ce motif paraît discutable »⁵³, la Cour d'appel a semblé hésitante mais a quand même maintenu le jugement. La situation est différente si les deux parties ignorent le montant de la créance. C'est ce qui est arrivé dans *Richard c. Richard*⁵⁴, une affaire unique de succession dont le règlement a duré plus de dix ans, où l'expectative de toucher un héritage élevé était connue du créancier (un des héritiers) mais très incertaine puisqu'elle dépendait de procédures judiciaires (intentées en France) longues, coûteuses et aléatoires et où le créancier a préféré négocier avec l'exécuteur testamentaire (le débiteur) et céder en pleine connaissance de cause ses droits pour un montant inférieur mais assuré qui lui a été remis sous forme de chèque portant la mention « Paiement final et complet selon entente ». Ayant appris par la suite que le jugement prononcé subséquemment était positif, l'héritier a refusé d'encaisser le chèque portant la mention libératoire et a poursuivi l'exécuteur testamentaire et les autres héritiers. Sa poursuite a été rejetée, « le demandeur (créancier) n'ayant établi aucune fausse représentation ou dol de la part du défendeur

50. *Gosselin c. Boucher*, J.E. 86-815 (C.S.).

51. *Habitations Laurentides Outaouais inc. c. 2314-5753 Québec inc.*, AZ-50196411, J.E. 2003-2071 (C.Q.).

52. J.E. 91-1743 (C.A.).

53. Les citations sont tirées du résumé paru dans J.E., *ibid.*

54. *Richard c. Richard*, AZ-94021011 et J.E. 94-13 (C.S.) ; les citations sont aux pages 15 et 17 du jugement.

(débiteur) [...] C'est donc à tort que le demandeur a refusé d'encaisser le chèque... ».

Il n'est pas essentiel que la mention libératoire soit inscrite sur le chèque lui-même en autant qu'elle apparaisse clairement sur un document qui l'accompagne et qui est remis et porté à l'attention du bénéficiaire en même temps⁵⁵. C'est souvent le cas lorsqu'un assureur transmet à son assuré un chèque réglant une réclamation quelconque ; même si la mention qu'il s'agit d'un règlement final n'apparaît pas toujours sur le chèque lui-même, si elle est indiquée à la documentation jointe, alors l'assuré devrait être certain que le chèque représente vraiment un paiement intégral de sa réclamation avant de l'encaisser, sinon il risque d'avoir de gros problèmes par la suite. C'est exactement ce qui est arrivé dans *St-Pierre c. Promutuel Lévisienne-Orléans*⁵⁶ ; non seulement l'assuré s'est-il empressé d'encaisser le chèque sans protestation mais il a même signé et retourné « la formule confirmant qu'il s'agissait d'un paiement en règlement final ». Sa poursuite subséquente a été rejetée avec dépens. L'inverse est arrivé dans *Laurentienne Générale c. Bélanger*⁵⁷ où la Cour d'appel n'a pas retenu la mention libératoire mentionnée dans la lettre de l'assureur en raison d'une mésentente entre les parties sur la portée de l'entente, préférant donner le bénéfice du doute à l'assuré qui croyait de bonne foi qu'il ne s'agissait que d'un paiement intérimaire. On considère alors que le chèque et la lettre forment un tout pouvant donner lieu à une transaction ou non selon les circonstances. Évidemment, si le chèque qui accompagne la lettre n'est pas honoré, on ne peut plus alors parler de transaction⁵⁸. Si au surcroît le créancier prouve que la mention « paiement final » inscrite dans la lettre n'existait pas au moment où le débiteur lui a remis le chèque mais a été rajoutée frauduleusement après coup, sa réclamation pour le solde sera maintenue et la défense du débiteur malhonnête dans de telles circonstances « est évidemment vouée à l'échec et constitue un abus flagrant de procédures »⁵⁹.

55. *Soesca inc. c. 3103-6569 inc.*, AZ-97026132, B.E. 97BE-313 (C.S.) ; *Bibeau c. Centre local des services communautaires du Marigot*, AZ-86021547, J.E. 86-32, D.T.E. 86T-2 (C.S.) ; *Auclair c. Lachance*, AZ-50069068, B.E. 2000BE-276 (C.Q.).

56. AZ-98036303, B.E. 98BE-682 (C.Q.).

57. AZ-94011064, J.E. 94-67, [1994] R.R.A. 34.

58. *Centre d'aluminium des Laurentides inc. c. Paquette*, AZ-50117689, J.E. 2002-762, [2002] R.D.I. 383 (C.Q.), au par. [44]a) du jugement.

59. *Ibid.* ; dans cette affaire, le créancier a démontré au moyen d'une expertise d'écriture que certains passages de la lettre (dont ses propres initiales) étaient des faux.

Dans *Fortin c. 9024-5069 Québec inc.*⁶⁰, le débiteur avait envoyé au créancier, avec une lettre explicative, un chèque d'un montant moindre que celui réclamé, sans aucune mention de paiement final. Parce que le créancier a fait certifier le chèque sans l'encaisser et qu'il l'a poursuivi plus tard pour réclamer le solde, le débiteur a prétendu que « les règles concernant l'encaissement d'un chèque, ou d'une lettre accompagnant un chèque, indiquant que le paiement est en règlement final doivent être appliquées en l'instance » ; le juge a souligné qu'il « n'y a aucune mention sur le chèque (ni sur la lettre) à l'effet qu'il s'agit d'un paiement final »⁶¹ et a maintenu la réclamation du créancier. Un cas semblable est survenu dans *Futur Byte Inc. c. Osborne Canada Inc.*⁶² où le débiteur prétendait que même si la mention « paiement final » n'était inscrite ni sur le chèque ni sur les documents l'accompagnant, « l'endossement du chèque [...] constituait (en raison des circonstances) une reconnaissance qu'elle (la créancière) acceptait ce montant [...] en paiement final » ; citant les arrêts *Brilliant Silk*⁶³ et *Day c. McLea*⁶⁴ à l'effet qu'une telle présomption peut « être combattue même par une preuve testimoniale », le juge a ajouté : « À plus forte raison si une telle mention n'apparaît point à l'endos du chèque, il ne peut exister de présomption de reconnaissance d'un paiement final de la part du bénéficiaire du chèque ». Évidemment, si la mention libératoire n'a pas été inscrite sur le chèque mais seulement sur la lettre qui l'accompagnait, le débiteur devra non seulement produire cette lettre au dossier de la cour⁶⁵ mais aussi prouver que ce document a bien été remis au créancier en même temps que le chèque sinon sa prétention sera refusée⁶⁶.

60. AZ-99031445, J.E. 99-2091, [1999] R.D.I. (C.Q.).

61. *Ibid.*, p. 6 ; voir au même effet *G.M.A.C. Location ltée c. Axa Assurances inc.*, AZ-01036054, B.E. 2001BE-197 (C.Q.) où le juge écrit : « ni le chèque de remboursement de primes ni la lettre l'accompagnant ne contenaient de mention voulant qu'il s'agisse d'un paiement final ou que l'encaissement constitue d'une manière ou d'une autre une quittance. Pour que l'encaissement d'un chèque constitue une quittance, il faut que le bénéficiaire de ce chèque sache clairement que son encaissement le prive de tout recours ultérieur, ce qui n'est pas le cas en l'espèce ».

62. AZ-84021243, J.E. 84-544 (C.S.) ; les citations sont à la page 9 du jugement.

63. *Supra*, note 2.

64. *Supra*, note 1.

65. *Pierre Joron Service Limitée c. Canadian Car Company Limited*, [1970] C.A. 245 où la Cour d'appel écrit : « les deux chèques ne faisaient aucune mention d'un règlement final ; la lettre avec laquelle ils auraient été transmis et qui en aurait fait mention n'a pas été versée au dossier ».

66. *Christian Legault c. Les Entreprises Lacourse paysagistes inc.*, REJB 1998-11270 (C.Q.), au par. 15.

Dans toutes les causes de ce genre, la règle de la meilleure preuve édictée à l'article 2860 C.c.Q. oblige le débiteur qui invoque l'extinction de la dette en raison du paiement à produire l'original du chèque⁶⁷. À ce sujet, il est important de noter que lorsqu'un débiteur invoque une telle mention sur un chèque, c'est toujours après que le chèque a été encaissé par le créancier ; le plus souvent, le débiteur s'empresse d'aller récupérer le chèque auprès de son institution financière pour en exhiber la preuve. Si le chèque ne portait pas de mention libératoire au moment où il a été encaissé par le créancier, un débiteur peu scrupuleux pourrait être tenté d'exiger l'original auprès de son institution financière (après encaissement par le créancier) pour y ajouter après coup une mention du genre « paiement complet et final ». C'est exactement ce qui est arrivé dans la cause *Les constructions L. Bernard et C. Hamel Ltée c. G. Grondin*⁶⁸. Ce que le débiteur ignorait, c'est que, pour les comptes ordinaires à tout le moins, la plupart des banques ou caisses conservent une photocopie du chèque qui, elle, ne contient alors aucune mention de paiement final ; dans cette affaire, l'avocat du créancier a eu la bonne idée d'assigner pour le procès un représentant de la banque qui a témoigné et déposé la copie du chèque, laquelle ne comportait aucune mention ; dès production de ce document, il y a eu ajournement et, sa duplicité étant dévoilée, le débiteur n'a pas eu d'autre choix que de régler.

Il peut arriver que, dans le cours des opérations commerciales, cette mention en règlement final échappe à l'attention du créancier, surtout lorsqu'elle est inscrite au *recto* du chèque⁶⁹ ; le cas est facilement concevable lorsqu'il s'agit du paiement partiel d'une dette par ailleurs indiscutable⁷⁰. De même, le bénéficiaire peut très bien ne pas avoir remarqué ce que le débiteur a pu écrire

67. *Spécialités d'auto et camion Houle inc. c. G.P.C. Excavation inc.*, AZ-50112296, B.E. 2002BE-173, [2002] R.L. 36 (C.Q.) ; dans cette affaire, le juge a maintenu une objection à la preuve concernant la production d'une copie au lieu de l'original de sorte que, par voie de conséquence, « la défenderesse n'a donc pas prouvé le paiement libératoire qu'elle invoque, vu son défaut de produire l'original de l'écrit qui constate cet acte juridique ».

68. Cour Provinciale (maintenant Cour du Québec) de Beauce 350-02-000908-835, jugement du 11 janvier 1985.

69. Dans l'arrêt *Manufacture Demco inc. c. Groupe des compagnies Bennett Little inc.*, AZ-50138686, J.E. 2002-1569 (C.Q.), le juge remarque : « La mention relative au paiement final apparaît au recto du chèque et non au verso. Bien qu'elle soit visible, il demeure qu'en étant au recto cette mention est moins évidente pour la personne qui, dans le cadre d'une opération quotidienne, appose une étampe pour fin de dépôt au verso du chèque ».

70. *Dion c. Carbonneau*, *supra*, note 12.

au *recto* du chèque, surtout si le chèque a été rédigé en vitesse par le débiteur à la banque même et endossé aussitôt par le bénéficiaire pour encaissement⁷¹. Cependant, il ne suffira pas au créancier de dire qu'il n'a pas vu l'inscription. Son affirmation à cet égard devra être pesée et jugée à la lumière des circonstances. Le fait d'endosser le chèque au-dessus de la mention libératoire constitue un geste unilatéral simpliste qui n'empêche pas l'application de la mention libératoire. Il n'est donc pas suffisant de rayer l'expression compromettante⁷² et de la remplacer par une autre (par exemple « paiement partiel »⁷³, « sans préjudice »⁷⁴ ou « en acompte seulement »⁷⁵) pour s'empreser aussitôt d'encaisser le chèque⁷⁶. De telles annotations sont sans effet si elles sont faites sans le consentement et hors la connaissance du débiteur⁷⁷. Inversement, le fait de refuser un chèque portant mention « en règlement final » ne donne pas automatiquement raison à son détenteur et ne lui confère pas nécessairement le droit à un montant plus élevé si l'auteur du chèque réussit à prouver qu'il y a eu transaction bonne et valable et que le montant inscrit sur le chèque contesté représente la réelle contrepartie de la transaction conclue⁷⁸. Il est donc impérieux d'examiner toutes les circonstances ayant entouré l'émission du chèque avant de conclure dans un sens ou dans l'autre.

Qu'arrive-t-il si d'une part, le débiteur transmet plusieurs chèques à son créancier en n'inscrivant la mention « en paiement final » que sur le dernier chèque encaissable et que, d'autre part, le créancier encaisse tous les chèques sauf le dernier portant la mention libératoire et poursuit ensuite son débiteur pour un montant plus élevé ? Dans une décision très étoffée, *Sélectron c. Armetco inc.*⁷⁹, la Cour supérieure a répondu à cette question de la façon suivante (en parlant du créancier) : « Son refus de considérer le

71. *Auger c. Simard*, (juge Archer) (1924) 62 C.S. 389.

72. *Raymond Lachapelle Ltée c. Nivose Ltée*, [1971] C.A. 685.

73. *Reinhart c. Regent Children's Dress Mfg*, *supra*, note 10, p. 217 ; *Marc Morin Électrique inc. c. Salvex inc.*, REJB 1997-02159 (C.Q.), aux par. 53 à 61.

74. *Bousquet c. Tétreault*, [1977] R.L. 559 ; *Duchesne c. Grambart*, AZ-82121043, [1982] R.L. 440 (C.Q.).

75. *Fernand Boilard inc. c. Tremblay*, (3 septembre 1993), Roberval, 175-02-000139-879, J.E. 93-1821 (C.Q.).

76. *Reinhart c. Regent Children's Dress Mfg*, *supra*, note 10.

77. *Jacques Duchesne c. Chez S. Duchesne inc.*, REJB 1999-12267 (C.Q.) ; *Martel c. Hôtel Plaza Ltée*, *supra*, note 21, p. 19.

78. *Richard c. Richard*, *supra*, note 54, où le juge conclut : « c'est à tort qu'il a refusé d'encaisser le chèque en paiement final ».

79. AZ-97026095, B.E. 97BE-217 ; la citation est extraite du résumé de la cause.

dernier chèque comme un paiement final malgré la mention y figurant était tardif puisqu'il aurait dû précéder l'encaissement du premier chèque ». Cependant il en va différemment si le créancier intente rapidement des procédures dès réception des premiers chèques ; dans un tel cas, « le fait que le dernier de ces chèques ait porté la mention paiement final ne saurait constituer acceptation ni ratification dans ces circonstances (vu que) les défendeurs (débiteurs) avaient été dûment notifiés par les procédures que les chèques n'étaient pas acceptés en paiement final... »⁸⁰.

Le moyen de défense le plus souvent invoqué par le créancier à l'encontre d'un chèque portant une mention libératoire est que le chèque en question a été encaissé par des préposés qui n'ont pas remarqué la mention compromettante ; on parle alors de « jeunes employés sans expérience »⁸¹, « un jeune commis de bureau qui a reçu le chèque, a biffé l'inscription à l'endos et l'a déposé avec l'inscription imprimée pour dépôt seulement »⁸², « un sous-ordre quelconque chargé de la réception et du dépôt des paiements »⁸³, « un caissier subalterne qui l'a déposé sans remarquer cette mention »⁸⁴, « une employée remplaçante »⁸⁵, « une préposée de la (créancière qui l'a) déposé directement au compte de la (créancière) avec la mention pour dépôt seulement... »⁸⁶, « geste mécanique de l'employé qui s'occupait des inscriptions aux livres et des dépôts en banque »⁸⁷ etc. Une telle position implique que le bénéficiaire du chèque ne l'a pas encaissé lui-même. Dans l'affaire *Manufacture Demco inc.*, le juge a souligné avec raison une distinction importante à ce sujet : « Dans le contexte d'une relation commerciale entre deux entreprises, la situation n'est pas comparable à celle qui peut se présenter lorsqu'un individu s'adresse à une autre personne et lui transmet un chèque avec la mention paiement final. La présomption d'acceptation est plus fragile dans le premier cas que dans le second »⁸⁸. Ce principe semble avoir été

80. *J.-P. Archambault c. Michel Lévesque*, REJB 1998-06672 (C.S.), au par. 112.

81. *Mendell c. Rosenberg*, *supra*, note 11.

82. *Construction Jacques Léger inc. c. Bissonnette*, *supra*, note 23, à la page 300.

83. *Lemieux c. Puits du Québec inc.*, *supra*, note 18, p. 5.

84. *Fer et Titane inc. c. Phil E. Barron*, *supra*, note 44, p. 361.

85. *Manufacture Demco inc. c. Groupe des compagnies Bennett Little inc.*, *supra*, note 69, par. 43 et au sommaire.

86. *Spécialités d'auto et camion Houle inc. c. G.P.C. Excavation inc.*, *supra*, note 67, par. 14.

87. *William H. Rorer Canada Ltée c. Trottier*, J.E. 80-435 (C.A.).

88. *Manufacture Demco inc. c. Groupe des compagnies Bennett Little inc.*, *supra*, note 69, par. 46 ; voir cependant *Cie des appareils ménagers canadiens c. Club*

suivi par la Cour d'appel dans plusieurs décisions dont *Lemieux c. Puits du Québec inc.* où après avoir noté que l'entreprise « par son principal administrateur et propriétaire, a encaissé le chèque [...] sans autrement se manifester à son débiteur », les juges ont pris la peine de spécifier : « Tel n'est pas le cas cependant si le chèque est reçu et encaissé par un sous-ordre et si le créancier n'a pas pris connaissance de la mention »⁸⁹. Dans la majorité des causes semblables, le bénéficiaire a fait une preuve visant à démontrer qu'il a protesté rapidement dès qu'il s'est aperçu de l'erreur et qu'il s'est empressé de le faire savoir au débiteur. Les tribunaux font alors preuve de plus de souplesse. S'il est démontré qu'il s'agit d'une « erreur manifeste » de la part d'un préposé, on permettra alors au créancier de réclamer le solde de la dette⁹⁰. Le long délai *avant* que l'on découvre que le chèque encaissé par un subalterne comportait une mention libératoire ne constitue pas un obstacle insurmontable pour le créancier⁹¹ en autant qu'il ait protesté et manifesté son désaccord auprès du débiteur rapidement *après* avoir découvert l'erreur de son employé. Un exemple en est donné dans l'affaire *William H. Rorer Canada Ltée c. Trottier* où la Cour d'appel a tenu compte d'autres éléments pertinents : « ce geste (encaissement par erreur par un employé subalterne) ayant d'ailleurs été rectifié dans les meilleurs délais par le téléphone, la lettre du contrôleur et une lettre subséquente du directeur des ventes »⁹².

consommateur L.J.S. un million Ltée, précitée, note 19, p. 3, où le juge a estimé que ce seul fait, pris isolément, est insuffisant pour repousser la présomption : « Cet argument ne peut être retenu car la loi est la même pour tous et si l'encaissement peut lier un individu, le même principe s'applique à une compagnie ; autrement il serait trop facile d'encaisser un chèque dans ces conditions, en prétendant qu'on n'a pas vu la mention. D'ailleurs, dans la présente affaire [...] les employés de la demanderesse n'ont pas attaché d'importance à la mention... » ; soulignons toutefois que cette cause est particulière en ce que le juge signale que le chèque était accompagné d'une lettre explicative motivant le paiement final qui aurait dû attirer l'attention du bénéficiaire ; de plus, à la lecture du jugement, il semble que le bénéficiaire du chèque n'a établi aucune autre preuve pour démontrer son opposition ou son désaccord après avoir été mis au courant de l'affaire.

89. *Lemieux c. Puits du Québec inc.*, *supra*, note 18, au sommaire de la cause.

90. *Gendron c. Caisse d'établissement de Joliette*, AZ-85122001, [1985] R.D.J. 1 (C.A.).

91. *QIT Fer et Titane inc. c. Phil E. Barron*, *supra*, note 44, à la page 364 où le juge a refusé la mention de paiement final même si les responsables « n'ont pris connaissance du chèque et de sa mention que longtemps après son dépôt à la banque ».

92. *William H. Rorer Canada Ltée c. Trottier*, *supra*, note 87 ; citation tirée du résumé.

On peut donc constater que, dépendant des circonstances mises en preuve dans chaque cas, lorsqu'un chèque portant une mention libératoire est encaissé non pas par le créancier lui-même mais par une personne habilitée à le faire, le créancier ne sera pas nécessairement lié par la mention en question s'il prouve qu'il n'en a pas pris connaissance, notamment lorsque le chèque a été encaissé par erreur par un préposé subalterne ou lorsque le chèque a été expédié à sa banque et déposé dans son compte ou encore lorsqu'il n'était pas lui-même bénéficiaire du chèque. Par exemple, si un litige met en cause trois parties, le défendeur peut-il opposer au demandeur l'extinction de la dette basée sur la mention « paiement final » sur le chèque qui aurait été encaissé par un tiers qui a un lien quelconque avec l'obligation qui est à la base de la poursuite ? La réponse dépend encore une fois des faits. Dans une affaire complexe où la défenderesse soulevait un tel argument à l'encontre du demandeur, le juge a maintenu la réclamation du demandeur en spécifiant que la mention libératoire n'était valable que pour le défendeur en garantie (qui avait encaissé le chèque libératoire) mais inopposable au demandeur, « une lettre de change (n'ayant) d'effet qu'entre les parties (art. 1440 du *Code civil du Québec*)[...] cet effet [...] ne peut s'étendre à l'obligation contractée par un autre, dans un autre contrat »⁹³. Cependant, dans une poursuite intentée par un assureur en subrogation des droits de son assuré (visant à réclamer le montant de l'indemnisation payée à l'assuré) contre l'auteur des dommages, ce dernier a réussi à faire rejeter l'action en invoquant avec succès le chèque portant mention « paiement final et complet et sans recours » qui avait été endossé et encaissé par la victime (l'assuré) ; le juge a statué « qu'il y a eu renonciation implicite par l'assuré de la demanderesse aux droits qu'il aurait pu avoir contre le défendeur et ce, antérieurement à la subrogation qu'il a signée à la demanderesse... »⁹⁴. Qu'en est-il lorsque le chèque concerné est encaissé par l'avocat ou le notaire du créancier ? Dans *Moisan c. La succession de Lucien Moisan*⁹⁵, suite à une mise en demeure, la débitrice a expédié directement à l'avocat un chèque pour un montant moindre que celui réclamé en y apposant la mention « en règlement complet et final ». L'avocat ayant encaissé le chèque sans aucune protestation, la créancière a retenu les services d'un

93. *Picard c. Trust La Laurentienne du Canada inc.*, AZ-99031018, J.E. 99-100, [1999] R.J.Q. 298 (C.Q.).

94. *Cie d'assurance Continental c. Joyal*, AZ-81021392, J.E. 81-696 (C.S.) ; citation extraite du résumé de la cause.

95. C.Q. Chicoutimi n° 165-02-000239-852, jugement du 3 avril 1986.

autre procureur et a poursuivi la débitrice pour le solde. Le juge a rejeté l'action avec dépens⁹⁶, soulignant que la créancière était liée par les actes de son mandataire. On peut raisonnablement penser que le résultat serait le même pour un notaire qui représente le créancier. Cependant on sait qu'il faut toujours examiner attentivement les faits avant de conclure. Ainsi, dans *2862-1225 - Québec inc. c. Placements Synvesco inc.*⁹⁷, c'est le notaire du créancier qui a encaissé pour son client un chèque portant une mention libératoire et qui, évidemment, était pour un montant inférieur à celui réclamé ; considérant qu'il s'agissait d'une transaction commerciale complexe impliquant plusieurs parties et que le notaire était en conflit d'intérêts vu qu'il était indirectement partie à l'acte par le biais de sa mère agissant à titre de prête-nom pour lui, le juge en a conclu que l'encaissement du chèque litigieux dans de telles circonstances avait été fait sans le consentement du créancier, lequel a donc pu obtenir gain de cause pour l'excédent de sa réclamation.

En cette matière, la responsabilité de l'avocat risque donc d'être engagée à plusieurs égards. La plupart du temps, lorsqu'il consulte un avocat à savoir s'il peut encaisser un tel chèque sans problème, le client ne réalise pas toute la complexité du problème et il s'attend à une réponse rapide et positive. Dans l'affaire *Ladouceur c. Association récréative de Val-des-Monts inc.*⁹⁸, le créancier a soulevé le fait qu'il avait encaissé dès réception le chèque portant mention libératoire après consultation avec son avocat « qui avait [...] conseillé à son client qu'il pouvait agir de la sorte sans perdre ses droits » ; heureusement pour lui (et son avocat), les circonstances de l'affaire ont fait en sorte que le juge a accueilli sa réclamation pour l'excédent. L'avocat se doit d'être prudent en cette matière. Si, en sa qualité de mandataire du créancier, l'avocat encaisse pour son client un chèque d'un montant moindre que celui qu'il a instruction de réclamer et portant une mention libératoire, sans obtenir au préalable l'autorisation de son client⁹⁹, il pourrait faire face à une poursuite éventuelle. Lorsqu'il représente dans un procès le débiteur qui veut opposer une défense de mention de paiement final sur un chèque, l'avocat

96. Pour une décision à l'effet contraire, voir *D.(D.) c. Du.(G.)*, EYB 2005-87565 (C.S.).

97. AZ-98021362, J.E. 98-936, [1998] R.J.Q. 1135, [1998] R.R.A. 605 (C.S., règlement hors cour en appel).

98. *Supra*, note 48 ; la citation est tirée du résumé de la cause.

99. *Moisan c. La succession de Lucien Moisan, supra*, note 95.

doit informer son client de la nécessité de produire l'original (et non une copie) du chèque en question en raison des règles de preuve¹⁰⁰. Également si, ayant reçu mandat du débiteur de faire valoir à l'encontre d'une poursuite une défense de paiement qui découlait de l'encaissement pur et simple, sans réserve ni explication, d'un chèque portant la mention « paiement final », ses avocats « n'ont pas produit cette défense à l'occasion du procès »¹⁰¹, ils devront en assumer les conséquences. Par ailleurs, dans un contexte de relation professionnelle avec une clientèle d'affaire, l'avocat aurait intérêt à informer ses clients dirigeants d'entreprises importantes de la nécessité de recommander à leurs préposés à la perception des comptes d'être vigilants à l'égard des paiements reçus sous forme de chèques lorsque la mention « paiement final » y est inscrite, ce qui peut parfois être lourd de conséquence. Naturellement, dans le cadre du règlement de leurs honoraires, les avocats, eux aussi, sont soumis aux règles applicables en cas de paiement de la part du client au moyen d'un chèque pour une somme moindre que celle réclamée et portant mention « en paiement complet et final » : si l'avocat encaisse le chèque sans protestation, il sera lié par la mention libératoire inscrite sur le chèque¹⁰².

Le fait que le chèque en litige ait été encaissé par de jeunes employés sans expérience, non autorisés et hors de la connaissance du créancier, pourra donc servir à ce dernier pour obtenir le solde qu'il réclame¹⁰³. Dans un tel cas, on tiendra compte du fait que le chèque, lors de son encaissement, n'a pas été endossé au moyen d'une signature, mais simplement avec une estampe en caoutchouc¹⁰⁴. Ce seul indice n'est toutefois pas suffisant, pris de façon isolée, pour donner gain de cause au créancier, car, en pratique, il est sans importance que le bénéficiaire ait signé le chèque avant de l'encaisser ou qu'il ait simplement apposé une estampe en caoutchouc « pour dépôt seulement ». Le fait le plus important à considérer est l'encaissement même¹⁰⁵ ; la « certification » du chèque, a, pour les tribunaux, la même signification que l'en-

100. *Spécialités d'auto et camion Houle inc. c. G.P.C. Excavation inc.*, *supra*, note 67.

101. *Lavoie c. West Island Plomberie et chauffage ltée*, J.E. 96-37 (C.A.) ; dans cette affaire, les avocats ont été condamnés à payer 12 135 \$ à leur ancien client.

102. *Martineau Walker c. Turgeon*, AZ-01036330, B.E. 2001BE-726 (C.Q.) ; *Jodoin Huppé avocats c. P.-É. Potvin*, EYB 2005-96454 (C.Q.).

103. *Mendell c. Rosenberg*, *supra*, note 11.

104. *Careau c. Perruques Élégantes Ltée*, C.P. Québec, 1973, n° 59-076 (juge Louis Dussault).

105. *Nadeau c. Affiliated Factors Corp.*, [1966] B.R. 793.

caissement pur et simple¹⁰⁶. En effet, le créancier qui fait certifier le chèque portant les mots « en paiement final » et qui avise ensuite le souscripteur qu'il n'accepte pas la condition, est de mauvaise foi ; il sait très bien que, le chèque ayant été certifié, il sera trop tard pour le débiteur pour le faire arrêter à la banque¹⁰⁷. Le créancier agit alors avec une duplicité évidente : perfidement, il fait accepter le chèque et, après coup, il transmet son refus au débiteur¹⁰⁸. On ne peut en même temps profiter et désavouer, on ne peut à la fois accepter et répudier¹⁰⁹. Donc cela signifie que le créancier qui refuse la condition inscrite sur le chèque devrait transmettre aussitôt son refus au débiteur et attendre au moins quelques jours avant de l'encaisser, afin de donner au débiteur le

-
106. *B.C.N. c. Dame Dubé-Grothé et al.*, [1956] B.R. 259 où le juge Bissonnette affirme, à la page 262, que si le visa « est subordonné à une condition, il s'agit de rechercher si le visa qu'en fait effectuer le bénéficiaire est le résultat d'un accord de volonté au droit et à la forme de paiement. Ceci est et demeure une question de fait » ; *Maraîchers Winden inc. c. Fruits et légumes Kyres et Frères inc.*, AZ-93031078, J.E. 93-330 (C.Q.). Pour un exemple de maintien de la réclamation du créancier malgré qu'il ait fait viser le chèque sans l'encaisser, voir *Prud'homme c. Taxi moderne de Montréal-Nord inc.*, [1977] R.L. 414 (C.Q.).
107. *Allan's Beverages Ltd. c. Kopernick*, *supra*, note 3, p. 32. Dans l'arrêt *Soesca inc. c. 3103-6569 inc.*, AZ-97026132, B.E. 97BE-313 (C.S.), le juge mentionne à la page 8 : « En certifiant le chèque, sans donner à l'adversaire la possibilité d'ordonner un contrordre, la demanderesse qui prenait position qu'il n'y avait pas eu d'entente préalable, en concluait alors une toute nouvelle qui a mis fin au litige en capital, intérêts et frais. Elle a alors fait son lit. » ; donc paiement final accepté. Dans l'affaire *Fortin c. 9024-5069 inc.*, AZ-99031445, J.E. 99-2091, [1999] R.D.I. (C.Q.), le résumé de la décision mentionne : « Si le chèque est certifié par le souscripteur au moment où il l'envoie à son créancier, il s'agit d'un véritable paiement en argent. Si c'est le bénéficiaire qui le fait certifier et que le chèque ne comporte aucune condition, la certification a l'effet d'un paiement. Si le chèque est subordonné à une condition, il faut s'assurer que la certification est le résultat d'un accord de volonté sur le droit et la forme du paiement. Dans le cas présent, ni le chèque ni la lettre qui l'accompagnait ne comportaient de mention. L'encaissement du chèque n'était subordonné à aucune condition (de sorte que) le demandeur n'a pas accepté le chèque en paiement final. »
108. *Gérald Robitaille & Associés ltée c. Caisse Populaire Les Boulevards*, AZ-50110301, J.E. 2002-780, [2002] R.J.Q. 1145 (C.Q.). Dans cette affaire, le créancier a attendu trois ans après avoir fait certifier le chèque portant mention « paiement final total » avant de tenter de l'encaisser et a même dû poursuivre la Caisse Populaire car cette dernière avait annulé le chèque croyant qu'il avait été perdu ; le juge a reproché au créancier d'avoir voulu « ménager la chèvre et le chou, c'est-à-dire encaisser \$8279.81 et percevoir le surplus jusqu'à concurrence de \$27000.00 ce qui, en clair, signifie qu'il voulait jouer sur les deux tableaux » (par. 9 du jugement).
109. *Zakibe c. Graf*, *supra*, note 5 ; *Rankin c. Blick Time Records of Canada Limited*, *supra*, note 48 ; dans *Reinhart c. Regent Children's Dress Mfg*, *supra*, note 10, à la p. 216, le juge écrit : « Vous ne pouvez, d'un marché offert, prendre ce qui vous est avantageux et rejeter ce qui l'est à celui qui vous propose le marché. »

temps de contremander le paiement du chèque à la banque¹¹⁰. Il s'agit là de la première démarche du créancier, et cette notification de son refus est primordiale¹¹¹. Il est très important que le débiteur ait le temps d'arrêter le paiement du chèque à la banque, avant qu'il ne soit présenté pour paiement¹¹².

Le débiteur qui transmet un chèque portant les mots « en paiement final » se trouve à poser une condition : le bénéficiaire pourra encaisser le chèque à condition que ce soit libératoire. À une offre conditionnelle, ne peut-on pas répondre par une acceptation conditionnelle ? Le débiteur dit : « Si vous encaissez le chèque, cela équivaudra à quittance finale ». Le créancier répond : « Je refuse de considérer ceci comme paiement final et j'encaisserai le chèque dans 15 jours¹¹³. Si entre-temps vous n'ordonnez pas l'arrêt de paiement à la banque, cela signifiera que vous consentez à ce que votre chèque soit considéré comme un acompte seulement ». En somme, à une offre conditionnelle, le créancier oppose une acceptation conditionnelle et il prend pour acquis que le silence de son débiteur équivaudra à acceptation de l'encaissement du chèque et à renonciation de la condition exprimée sur le chèque. On sait que la présomption de paiement final, lorsque le créancier encaisse le chèque sans réserve, résulte de son silence et de son acquiescement tacite :

Cet encaissement et ce silence n'ont-ils pas donné aux appelants (débiteurs) motif raisonnable de croire, que l'arrangement était autorisé puisqu'il était accepté, (art. 1730 C.C.) ? Que si toutefois

110. *Les investissements Seycha inc. c. Jean Larochelle*, 14 mars 2001, C.Q.705-22-001723-988.

111. *Normand Inc. c. Vigneron Inc.*, *supra*, note 14 ; *Gagnon c. Martel*, *supra*, note 6, p. 480 ; *Duchesne c. Grambart*, *supra*, note 74, où le juge déclare : « Agir ainsi empêche l'application de la mention libératoire » ; dans *Jean-Yves Belzile c. NN Compagnie d'assurance-vie du Canada*, AZ-01022074, J.E. 2001-1987, [2001] R.R.A. 950 (C.S.), le créancier a attendu « plus d'un mois et demi » avant d'encaisser le chèque « et cela, sans jamais aviser de quelque manière que ce soit le demandeur (débiteur) de son refus d'accepter ce chèque en paiement final des montants dus par celui-ci [...] Ils n'ont rien fait [...] ils ne se sont pas manifestés ». Le long délai d'encaissement n'est pas déterminant si le créancier n'avise pas en plus le débiteur du refus d'accepter la mention libératoire pour que ce dernier sache qu'il peut alors ordonner l'arrêt de paiement à sa banque. Mention libératoire acceptée.

112. *Bousquet c. Tétrault*, [1977] R.L. 559 (C.A.) ; *Le Groupe S. M. inc. c. 2641-1363 Québec inc.*, EYB 2004-68477 (C.S.) ; *Auclair c. Lachance*, *supra*, note 55 ; dans cette affaire, le créancier a encaissé le chèque une journée avant d'aviser le débiteur, et sa réclamation a donc été refusée par le juge.

113. Délai à titre indicatif seulement ; une jurisprudence récente (2005) a accepté un délai de trois jours : voir *Groupe I-Com inc. c. Multidev Technologies inc.*, AZ-50348160, J.E. 2006-366 (C.S.).

il n'était pas autorisé, il était pour le moins ratifié tacitement (art. 1727) ? Ne doit-on pas tenir pour un *consentement implicite* (article 988 C.C.), le *silence* voulu et calculé des intimés ? Le silence ne peut en soi valoir consentement, mais il a quelquefois cet effet à raison des circonstances qui l'accompagnent.¹¹⁴

Si le silence du créancier est considéré comme une acceptation de la condition, pourquoi n'en serait-il pas de même en ce qui concerne le silence du débiteur lorsqu'il est informé de la condition de son créancier ?

Au départ, ce raisonnement n'a pas été accepté facilement par les tribunaux. Ainsi en 1956, la Cour d'appel, dans une décision isolée¹¹⁵, a statué, avec une très forte dissidence du juge Pratte, que, dans les circonstances décrites plus haut, le créancier doit non seulement aviser le souscripteur de son refus d'accepter la condition inscrite sur le chèque, mais aussi retourner le chèque. Cette décision paraît excessive, d'autant plus que, dans ce cas, le débiteur avait eu un mois pour ordonner l'arrêt de paiement. Pourquoi considère-t-on le silence du débiteur comme un refus, alors qu'on interprète le silence du créancier comme une acceptation ? Pourquoi deux poids, deux mesures ? D'ailleurs cette décision isolée de la Cour d'appel va à l'encontre d'une jurisprudence solidement établie¹¹⁶. À ce sujet, l'honorable juge Francœur déclarait en toutes lettres, dans la décision de *Ville de Val d'Or c. Garneau*¹¹⁷ :

La Ville de Val d'Or, dûment avisée ne s'est pas prévalu de son droit de contre-ordre de paiement. La réserve qu'il (le créancier) fait au *verso* ne constitue pas une altération, mais une condition de son acceptation. L'encaissement avec cette condition pouvait être empêché par un contre-ordre de paiement donné à la banque. La défenderesse mise au courant n'a pas jugé à propos d'intervenir. Elle a consenti à payer avec cette réserve qui laissait subsister le recours du demandeur pour le solde de sa réclamation. Le moyen qu'elle invoque de ce chef n'est pas justifiable.¹¹⁸

114. *Zakibe c. Graft*, *supra*, note 5, p. 62 ; dans le *Code civil du Québec*, l'article 1730 C.c.B.-C. est devenu l'article 2163, l'article 1727 est devenu l'article 2160 et l'article 988 est devenu l'article 1386.

115. *B.C.N. c. Dame Dubé-Grothé*, *supra*, note 15.

116. *Massey-Harris Co. c. Asselin*, (J. Stein) (1932) 38 R.L. 443.

117. (1941) 71 B.R. 92, décision partagée 3 contre 2, le juge Francœur étant dissident.

118. *Ibid.*, p. 92 ; l'opinion du juge Francœur sur ce point a été appuyée par le juge Létourneau qui a écrit, à la page 107, qu'il faut « reconnaître qu'il y a eu ratification et confirmation dans le fait pour l'appelante de ne s'être pas opposée au

Cet extrait démontre qu'aussi loin qu'en 1941, cette solution était déjà préconisée par la Cour d'appel. La dissidence du juge Pratte dans *B.C.N. c. Dame Dubé-Grothé*¹¹⁹ de 1956 allait dans le même sens. Depuis ce temps, la jurisprudence a continué d'évoluer pour en arriver aux conclusions suivantes : le créancier qui reçoit un chèque en paiement partiel de sa réclamation, et portant la mention « en paiement final » doit absolument porter à l'attention du débiteur le refus d'accepter le paiement partiel en guise de quittance finale, et il doit donner à son débiteur l'opportunité d'arrêter le paiement du chèque à l'institution bancaire. La solution la plus prudente serait de retourner purement et simplement le chèque en demandant l'émission d'un nouveau chèque ne portant pas la mention litigieuse. Cependant, on admet aujourd'hui que le fait d'expédier une lettre avisant le débiteur du refus de la condition qu'il a exprimée sur le chèque et lui laissant l'opportunité de donner un contre-ordre de paiement, est une réserve suffisante pour empêcher l'application de la mention libératoire. Si l'auteur du chèque n'en ordonne pas l'arrêt de paiement à la banque dans le délai accordé, cela signifie généralement qu'il renonce à la mention libératoire inscrite sur le chèque.

Toutefois, le débat n'est pas clos définitivement. Il subsiste encore en jurisprudence des dissensions ou, à tout le moins, des discussions en ce qui concerne le délai que doit laisser le créancier au débiteur pour ordonner l'arrêt de paiement du chèque à la banque lorsqu'il l'informe qu'il refuse la mention libératoire sur son chèque. Les tribunaux sont à peu près unanimes à reconnaître que le débiteur a alors droit à un délai « raisonnable » mais la notion de « délai raisonnable »¹²⁰ n'est pas toujours facile à cerner, surtout que les faits donnant lieu au litige varient considérablement d'un cas à l'autre. Dès le départ, il faut vérifier si les parties ont négocié directement ou par l'intermédiaire d'avocats ; dans ce dernier cas, les tribunaux sont plus stricts. Dans l'arrêt *Marc Valence c. Jean-Marc Parent* prononcé en 1978, le juge a souligné cette distinction importante : « On ne peut, à mon sens, faire grief à celui qui envoie une lettre très claire et très formelle, par laquelle il offre un règlement final, de ne pas savoir que

payement du chèque sous telles réserves, alors qu'elle aurait eu tout le temps de la faire ». Les trois juges majoritaires ne se sont pas prononcés sur cette question.

119. *B.C.N. c. Dame Dubé-Grothé*, *supra*, note 15.

120. Une recherche sur Azimut révèle qu'il existe 1190 jugements rapportés où on aborde cette question de « délai raisonnable ».

l'encaissement de son chèque portant une mention « paiement final » ne vaut pas paiement final ». Si dans un tel cas la personne (le créancier) qui reçoit le chèque refuse la mention, il faut « qu'elle prenne des précautions tout à fait spéciales [...] en lui disant expressément que si elle n'est pas satisfaite de cette contre-offre, elle n'a qu'à mettre un arrêt de paiement sur le chèque »¹²¹ ; dans ce cas le juge a déclaré que le délai de moins d'une semaine était trop court, ajoutant que le créancier aurait dû donner au débiteur un « délai d'au moins quinze jours »¹²². Dans une autre décision prononcée l'année suivante, un juge a estimé qu'un délai de trois jours était insuffisant, soulignant alors que « la jurisprudence parle en moyenne d'un délai d'au moins quinze jours afin de permettre au débiteur de réagir »¹²³. Or, à la même époque, la Cour d'appel a prononcé ce qu'il est convenu d'appeler l'arrêt *Balcano*¹²⁴, un jugement important sur le même sujet, avec la différence essentielle que dans cette affaire, les parties avaient négocié par l'intermédiaire d'avocats, ce qui, comme mentionné précédemment, change la donne, en ce sens que les tribunaux sont alors plus stricts. Dans ce cas, les créanciers, par leurs procureurs, ont dûment avisé les débiteurs qu'ils refusaient la mention libératoire, considérant les chèques comme des acomptes et qu'ils les encaisseraient huit jours plus tard, leur recommandant entre-temps, s'ils n'étaient pas d'accord, de « make whatever representation you consider necessary on or before » la date indiquée (huit jours plus tard). Malgré cet avis très clair, les débiteurs ont maintenu leur position et n'ont pas ordonné l'arrêt de paiement à leur banque de sorte que les créanciers ont encaissé les chèques litigieux et ont poursuivi pour le solde. La Cour d'appel a maintenu leur réclamation. Cette décision, qui a fait jurisprudence et qui est encore citée régulièrement, est importante à double enseigne : d'abord, elle a reconnu que, en cette matière, le créancier n'est pas obligé de retourner le chèque pour empêcher la mention libératoire et qu'il peut utiliser l'autre façon, plus amplement décrite précédemment. Ensuite elle a précisé la notion de « délai raisonnable » en statuant que huit jours étaient suffisants.

En 1994, lors de la mise en vigueur du nouveau Code civil, le législateur a raccourci le délai général de prescription des deux

121. [1978] C.P. 115, à la page 117.

122. *Ibid.* ; même délai approuvé dans *Bousquet c. Tétreault*, *supra*, note 74.

123. *Aubry & Gagnon c. L'Équitable compagnie d'assurances générales*, [1979] R.L. 309 (C.Q.), p. 314.

124. *Balcano inc. c. Blackwood Hodge Ontario Sales Ltd.*, [1978] C.A. 199.

tiers, le portant à 10 ans au lieu de 30 ans. Si on applique la même proportion, le délai raisonnable de quinze jours des années 70 pourrait-il maintenant être rendu à cinq jours ? Ou peut-être même moins ? La Cour d'appel a eu à nouveau l'occasion de se pencher sur la question en 2001 dans l'affaire *Standard Life*¹²⁵ où on ne parle plus d'un délai en terme de semaines ni de jours mais bien d'heures : « Il ne faut pas déduire de la jurisprudence qu'un délai de 15 jours soit nécessairement une norme comme semble le laisser entendre le premier juge ; je suis d'avis que chaque cas doit être examiné selon ses circonstances propres. En l'espèce le court délai de 27 heures ouvrables était nettement insuffisant... »¹²⁶. Le juge dissident déclare au contraire (en parlant du débiteur) : « Il lui aurait fallu cinq minutes – le temps d'un appel téléphonique à son banquier – pour faire arrêter le paiement du chèque »¹²⁷. Cette affirmation est peut-être vraie en théorie, mais la même Cour d'appel a prononcé en 1986 une décision refusant la réclamation de 35,000 \$ d'un client contre une Caisse Populaire qui a honoré un chèque malgré qu'il ait donné un contrordre de paiement par téléphone cinq minutes auparavant¹²⁸. Il faut en effet remplir une formule de contrordre de paiement. Quant au troisième juge, partageant l'opinion de la première juge, il conclut ainsi : « Pourquoi en effet s'intéresser à la volonté du seul créancier quand il encaisse le chèque que le tireur-débiteur a soumis à une exigence catégorique ? Ne s'agit-il pas en quelque sorte d'une transaction qui requiert l'accord des deux parties ? On aura peut-être l'occasion d'y revenir ! »¹²⁹.

Par la suite, la Cour du Québec a prononcé deux décisions citant l'arrêt *Standard Life* de la Cour d'appel : en 2002, la Cour du Québec a estimé qu'un délai d'une journée est insuffisant¹³⁰ ; l'appel de ce jugement a été accueilli uniquement pour modifier le quantum de la condamnation mais la question de fond a été confirmée par la Cour d'appel en ces termes : « Nous sommes unanimement d'avis que la juge de première instance n'a pas commis

125. *Standard Life Assurance Co. c. Phytoderm inc.*, AZ-50104701, J.E. 2001-2168, [2001] R.J.Q. 2834 (C.A.).

126. *Ibid.*, juge Mailhot, par. 35.

127. *Ibid.*, juge Chamberland, par. 51.

128. *Caisse Populaire de St-Georges Ouest c. B. Veilleux*, [1986] R.R.A. 58, permission d'appel refusée par la Cour suprême le 29 septembre 1986, dossier 19857.

129. Juge Vallerand dans *Standard Life Assurance Co. c. Phytoderm inc.*, *supra*, note 126, par. 42.

130. *Fafard c. Coffrages Bionique ltée*, AZ-50122347, B.E. 2006BE-51, [2002] R.L. 437.

d'erreur en concluant que l'encaissement du chèque, portant la mention paiement final, était de nature libératoire »¹³¹. En 2003, la Cour du Québec juge nettement trop court un délai de neuf minutes, d'autant plus que le débiteur, dès qu'informé de la position du créancier, « tente d'effectuer un contrordre de paiement [...] mais il est trop tard, le chèque étant déjà encaissé (depuis onze minutes) »¹³². En 2005, dans une affaire où les pourparlers avaient eu lieu directement entre les parties sans passer par avocats, la Cour supérieure a jugé qu'un délai de 3 jours « donnait suffisamment de temps à celle-ci (la débitrice) pour réagir et ordonner un arrêt de paiement... »¹³³. Selon la jurisprudence la plus récente de la Cour d'appel et de la Cour supérieure, lorsque le créancier avise le débiteur qu'il refuse la mention libératoire inscrite sur le chèque, le délai minimum qu'il devrait lui accorder pour ordonner un arrêt de paiement à sa banque serait donc de trois jours, à moins de circonstances exceptionnelles. En raccourcissant ainsi le délai de réflexion du débiteur, on s'assure du sérieux de sa démarche en l'obligeant à réagir rapidement face à la situation. Un tel délai semble raisonnable puisqu'il permet au débiteur de se rendre à son institution financière pour remplir et signer la formule de contrordre de paiement. Naturellement, il est toujours plus prudent pour le créancier de donner un délai plus long, mais, d'autre part, il est presque impossible d'établir une norme précise et uniforme quant à la longueur de ce délai, lequel peut toujours varier selon les circonstances. Comme l'a souligné avec à-propos le juge Vallerand dans l'arrêt *Standard Life*, « on aura peut-être l'occasion d'y revenir ! »¹³⁴. En fin de compte, tous ces litiges doivent être examinés à la lumière des enseignements de la Cour suprême qui a déclaré à ce sujet :

The rule laid down in *Day v. McLea* has been adopted and given effect to in the Province of Quebec, first in a decision of *La Compagnie Paquet v. Paquin*, and more recently in *Royal Trust v. White*, when such a condition is endorsed upon or inserted in the body of the cheque, it is a question of fact in each case whether the creditor has, by words or by conduct, agreed to that condition¹³⁵.

131. C.A.Q. 200-09-004025-026, jugement du 20 janvier 2004, juges Otis, Forget et Thibault ; la décision est très succincte, ne comptant que 10 lignes.

132. G.P.C. *Excavation inc. c. Constructions Bergiro inc.*, AZ-50215534, B.E. 2004BE-610.

133. *Groupe I-Com inc. c. Multidev Technologies inc.*, AZ-50348160, J.E. 2006-366 ; la citation est tirée du sommaire de la cause.

134. *Standard Life Assurance Co. c. Phytoderm inc.*, *supra*, note 125, par. 42.

135. [1925] R.C.S. 249, à la p. 259.

Legal Opinions in Financing Transactions

Sterling H. Dietze

Abstract

It is very common in financing transactions that debtor's counsel render an opinion to the financing parties. Over the past number of years, there has been a concerted effort in the United States and Ontario to establish general principles concerning these third party opinions. The purpose of this article is to consider these principles and apply the same to opinions rendered by Quebec practitioners. With the growing number and importance of cross-border financing transactions, Quebec practitioners will need to be conversant with opinion giving standards and expectations in other jurisdictions. The approach to third party opinions espoused by colleagues in other jurisdictions may helpfully inform the approach in Quebec.

Résumé

Il est courant lors de transactions financières que le conseiller du débiteur émette un avis juridique aux créanciers. Au cours des dernières années, des efforts importants ont été déployés aux États-Unis et en Ontario afin d'établir des principes généraux relatifs aux avis juridiques adressés aux tiers. Cet article analyse ces principes et les applique aux avis juridiques émis par les avocats pratiquant en la province de Québec. À la lumière de la croissance importante de transactions transfrontalières de financement, les praticiens devront être à l'affût des normes applicables aux avis juridiques et aux attentes des parties des autres juridictions. L'approche adoptée par nos collègues vis-à-vis les avis juridiques préparés pour les tiers dans les autres juridictions peut certainement influencer positivement la pratique québécoise à l'égard des avis juridiques.

Legal Opinions in Financing Transactions

Sterling H. Dietze¹

I- INTRODUCTION	71
II- GUIDING PRINCIPLES	73
2.1 Purpose of Opinions	74
2.2 Third-Party Opinions	75
2.3 Golden Rule	77
2.4 Avoid Misleading Opinions	80
2.5 Due Diligence	81
2.6 Date of Opinion	83
2.7 Jurisdictional Scope	84
III- ASSUMPTIONS	85
3.1 General	85

1. Member of the *Barreau du Québec* and The Law Society of Upper Canada. The research assistance of Julie Girard, Olivier Proulx, Alexandre Kibale and Thomas Lavier is gratefully acknowledged. Any errors are those of the author. The views expressed herein are strictly those of the author and not of any law firm. This article is a revised version of the paper entitled Legal Opinions in Financing Transactions, presented to the *Insight Information Conference La négociation et la rédaction de conventions commerciales*, October 7-8, 2003 in Montreal which was itself a revision of a paper entitled Legal Opinions in Secured Transactions, presented to the *Insight Information Conférence sur les sûretés*, September 23-24, 2002 in Montreal.

3.2	Reliance on Officer's Certificates	86
3.3	Reliance on Other Counsel	86
IV-	OPINIONS	87
4.1	General Corporate Opinion	87
4.2	No Conflict Opinion	87
4.3	Non Registration or no Regulatory Approval Opinion	89
4.4	Contractual Enforceability	89
4.5	Creation of Security	93
4.6	Opposability	94
4.7	Priority Versus Search Result Opinion.	95
4.8	Private International Law (Contractual)	106
4.9	Private International Law (Security)	106
4.10	In-House Counsel Opinion.	108
V-	QUALIFICATIONS	109
5.1	Relevance.	109
5.2	Current Quebec Practice.	110
5.3	Plea for Sanity	111
VI-	CONCLUSION	112

I- INTRODUCTION

The closing of a financing transaction will often be conditional upon, amongst other things, a party's obligation to cause its legal counsel to deliver to it or to a third party a closing opinion covering specified legal matters. Legal opinions are also used in certain financing transactions in order for the client to obtain the accounting treatment it seeks in entering into such transactions.² For the vast majority of financing transactions, there is no legislative guideline as to the required text of the closing legal opinion.³ The American Bar Association (the "ABA") Business Law Section sponsored a conference in 1989 in Silverado, California. The purpose of the conference was to take a first step towards the establishment of a consensus in the United States as to the purpose, format and coverage of a third-party legal opinion, the precise meaning of its language and the recognition of certain guidelines for its negotiation. Following the Silverado conference, the Business Law Section of the ABA published the Third-Party Legal Opinion Report, including the legal opinion accord, in 1991.⁴ The Committee on Legal Opinions, by putting forth the Legal Opinion Accord, had hoped to establish a *cadre* in which lawyers would be able, through incorporation by reference, to identify common ground for legal opinion standards. The Legal Opinion Accord has not gained widespread acceptance in the United States.⁵ Nevertheless, that report and other subsequent writing on issues related to legal opinions have contributed greatly to advancing

-
2. In respect of securitizations, the Canadian Institute of Chartered Accountants has issued the Assurance and related services guidelines AuG-28 Using a legal opinion as audit evidence concerning a transfer of financial assets.
 3. For an exception, see the requirement of a legal opinion prior to, *inter alia*, the issuance of debt obligations under a trust indenture under the *Canada Business Corporations Act* (the "CBCA") s. 87(b)(i).
 4. See Committee on Legal Opinions, *Third-Party Legal Opinion Report, Including the Legal Opinion Accord, of the Section of Business Law, American Bar Association* (1991), 47 Bus. Law. 167 (the "Legal Opinion Accord"). For an informative discussion of the historical background leading up to the Silverado conference and the Legal Opinion Accord as well as the development of US legal opinion customary practice post Legal Opinion Accord, see Koley Jessen, P.C. Legal Opinion Committee, "Third-Party Legal Opinions : An Introduction to "Customary Practice"" (2001), 35 Creighton L. Rev. 153 at 157 *et seq.* and Committee on Legal Opinions, ABA Section of Business Law, *Annual Review of the Law on Legal Opinions* (2005), 60 Bus. Law. 1057.
 5. See the introduction to the Legal Opinion Principles, *infra*, note 7 and Koley Jessen, *ibid.* at 162, 165.

understanding in the legal community on certain general principles regarding the rendering of legal opinions.⁶ The Section of Business Law has revised the guidelines for the preparation of closing opinions as well as the related legal opinion principles.⁷ The American College of Real Estate Lawyers Attorneys' Opinion Committee and the American Bar Association Section of Real Property, Probate and Trust Law Committee on Legal Opinions has also published the *Real Estate Opinion Letter Guidelines* supplemental to the Guidelines and the Legal Opinion Principles in order to discuss the preparation and negotiation of third-party legal opinions rendered in connection with real property secured loan transactions and to reflect the current state of customary real estate opinion practices in the United States.⁸

In respect of third-party legal opinions in structured financing transactions such as securitizations, there has been increased interest in such legal opinions given the developments and even litigation in the United States in respect of these transactions.⁹ A discussion concerning the true sale and non-consolidation

6. For the United States, see TriBar Opinion Committee, "Third-Party "Closing" Opinions" (1998), 53 Bus. Law. 591 (hereinafter "TriBar Report") and Restatement (Third) of the Law Governing Lawyers (American Law Institute) Sections 51, 52 and 95 (hereinafter the "Restatement"). For a survey in respect of law office practices in the United States on the issue of third-party legal opinions, see Committee on Legal Opinions, "Law Office Opinion Practices" (2004), 60 Bus. Law. 327. In Canada, an excellent treatment of opinions for secured transactions and model opinion for Ontario are set out in Personal Property Security Opinion Committee, *Personal Property Security Opinion Report* (Toronto: Canadian Bar Association-Ontario, 1997) (the "PPS Opinion Report").

7. The revised guidelines (the "Guidelines") were published in Committee on Legal Opinions, *Guidelines for the Preparation of Closing Opinions* (2002), 57 Bus. Law. 875 and the legal opinion principles (the "Legal Opinion Principles"), which were first published in Committee on Legal Opinions, *Legal Opinion Principles* (1998), 53 Bus. Law. 831, are included in the Appendix to the Guidelines. The Guidelines and the Legal Opinion Principles are stated to apply to all third-party opinions. The ABA Section of Business Law recently published The Collected ABA and Tri-Bar Opinion Reports which regroups the TriBar Report, the Guidelines, the Legal Opinion Principles, other reports cited herein and other useful material.

8. See American College of Real Estate Lawyers Attorneys' Opinion Committee and the American Bar Association Section of Real Property, Probate and Trust Law Committee on Legal Opinions in Real Estate Transactions, *Real Estate Opinion Letter Guidelines* (2003), 38 Real Prop. Prob. & Tr. J. 241 (the "US Real Estate Opinion Guidelines").

9. For a discussion of this criticism as well as an outline of and reference to sources in respect of the theoretical basis for legal opinions, see S. L. Schwarcz, "The Limits of Lawyering: Legal Opinions in Structured Finance" (2005), 84 Texas L. Rev. 1 and the comments and reply to comments to his article in the same law review.

tion opinions associated with securitizations is beyond the scope of this text.¹⁰

The purpose of this article is to consider some of the basic principles that have been discussed in recent years concerning the rendering of legal opinions. While some articles and texts consider the substantive law associated with legal opinions, this is not the purpose of this article, although reference is occasionally made to substantive law in assisting the understanding of the general approach to rendering a legal opinion. The first part of the article sets out some of the guiding principles in rendering opinions. We then consider assumptions followed by an analysis of certain of the types of opinions that may be required in financing transactions including the no conflict opinion, the non-registration or no regulatory approval opinion, the contractual enforceability opinion, the creation of security opinion, the opposability¹¹ opinion, the priority versus search result opinion, private international law opinions and in-house counsel opinions. The article finally considers qualifications.

II- GUIDING PRINCIPLES

In Canada, the text of Wilfred M. Estey, with his first edition of *Legal Opinions in Commercial Transactions* in 1990,¹² was a pioneering work. Even in the United States, it was only upon the publication in 1992 by FitzGibbon and Glazer¹³ of their text that there was one comprehensive substantial work in the nature of a textbook on the subject of legal opinions. Estey published the second edition of his text concerning legal opinions in 1997.¹⁴ The Estey text, the TriBar Report, the Restatement, the Guidelines, the Legal Opinion Principles and the US Real Estate Opinion

10. For a discussion of securitizations and Quebec law, see S.H. Dietze "Securitizations and the Province of Quebec" (2002), 18 B.F.L.R. 1.

11. Sometimes referred to as a perfection opinion in Canadian common law jurisdictions. Opposability or perfection may be classified as examples of "effectiveness as against third parties".

12. W.M. Estey, *Legal opinions in Commercial Transactions*, (Toronto : Butterworths, 1990).

13. S. FitzGibbon & D.W. Glazer, *FitzGibbon and Glazer on Legal Opinions : What Opinions in Financial Transactions Say and What They Mean* (Boston : Little, Brown, 1992).

14. See W.M. Estey, *Legal Opinions in Commercial Transactions*, 2nd ed. (Toronto : Butterworths, 1997) (hereinafter "Estey"). This text relies heavily on the PPS Opinion Report in respect of the subject matter of such report.

Guidelines provide an interesting North American backdrop for consideration of legal opinions in the Quebec context.¹⁵ The revised Guidelines and Legal Opinion Principles are designed to provide guidance regarding the application of customary practice for third-party closing opinions whether or not the Legal Opinion Principles or the Guidelines are incorporated or referred to in such legal opinion. With the ever increasing number, complexity and economic importance of cross-border financing, it is highly probable that legal opinions required of Quebec practitioners will be influenced by standards elsewhere.

2.1 Purpose of Opinions

Estey¹⁶ indicates that there are generally three functions of a legal opinion i.e. the reporting function, the planning function and the policing function. For the reporting function, the lawyer has the opportunity to state precisely what steps have been undertaken on behalf of the client and delineate her responsibility for the particular mandate.¹⁷ On the other hand, the client is able to verify that all required steps have been taken to effect the transactions.

Insofar as the planning function is concerned, this is a method whereby the lawyers involved may be able to verify and determine the steps that need to be taken and the documents necessary in order to consummate a particular transaction. The planning function thus serves as a “backward engineering” or “legal structural verification” for a transaction. If various legal opinions are assigned to various counsel, this may also clarify responsibilities. Furthermore, the planning function clarifies instructions from clients.

15. For some of the guiding principles for legal opinions under English law, see G. Yeowart, “Principles for Giving Opinion Letters on English Law in Financing Transactions” (2003), Butterworths J.I.B.F.L. May 164 (hereinafter “Yeowart”). For additional references to customary practice in the United States, see the sources cited, *supra* note 6. For purposes of this article, we have taken the TriBar Report, the Guidelines, the Legal Opinion Principles, the US Real Estate Opinion Guidelines and the Restatement as our major sources of guidance for US customary practice in respect of third-party legal opinions.

16. Estey, *supra*, note 14 at 16 et seq.

17. Rendering or not rendering a legal opinion on a particular issue does not necessarily exonerate counsel from liability to her client. Estey suggests that by not rendering an opinion, a lawyer may actually increase the risk of liability to her client. *Ibid.* See also B. Arnould “L’avis juridique dans le cadre d’une transaction commerciale” in *Développements récents en droit commercial* (1991) (Cowansville : Éditions Yvon Blais, 1991) 179 at 190 et seq.

For the policing function, the rendering of an opinion will often serve to focus counsel on particular steps and issues in a transaction to ensure that investigations have been undertaken to address particular matters outlined in the opinion. From a client perspective, requiring a legal opinion from counsel to large lending institutions may serve as a means of insuring that a financing transaction conforms with minimum credit risk requirements as to enforceability, security and structure.

When a practitioner renders counsel, including in a formal opinion, to her own client, the Quebec *Code de déontologie des avocats* (the “*Code de déontologie*”), section 3.02.04 requires that “[l]’avocat doit exposer au client de façon objective la nature et la portée du problème qui, à son avis, ressort de l’ensemble des faits qui ont été portés à sa connaissance et des risques inhérents aux mesures recommandées.” It should be noted that this particular rule applies to counsel when rendering an opinion to her own client. There is no specific ethical rule in the *Code de déontologie* concerning rendering opinions to a non-client.¹⁸ There is an ever expanding practice in financing transactions in North America to require an opinion from debtor’s counsel addressed to the financing party or parties and their counsel. These are usually termed third-party opinions.

2.2 Third-Party Opinions

There has been some doubt in some of the states in the United States regarding the issue as to whether the giving of third-party legal opinions was consistent with the ethical responsibility of lawyers to their clients.¹⁹ In spite of these initial reservations, third-party legal opinions continue to be required in many financing transactions. Rendering such an opinion properly forms part of a lawyer’s duty to her client in order to further the client’s objective of completing the transaction.²⁰ Disney has noted that :

[...] a conflict can arise if a lawyer is pressed to give an opinion that he or she considers should not properly be required. The client is unlikely to understand or sympathize with the lawyer’s scruples and may tell the lawyer in no uncertain terms that his or her role

18. See, however, the discussion, *infra*, concerning new articles 3.06.05 and 3.06.05.01.

19. See Estey, *supra* note 14 at 41 and M. Disney, Book Review *Legal Opinions in Commercial Transactions*, 2nd ed. (1999), 32 C.B.L.J. 326 at 332.

20. TriBar Report, *supra*, note 6 at 596.

should be to make the deal happen, not to kill it. Such a situation can give negotiating leverage to the other party and place the lawyer in an awkward and perhaps even dangerous bind. Any commercial lawyer encountering that situation – and who has not? – will wish that there were some authoritative source that would definitively demonstrate that the lawyer's view of the appropriateness of the requested opinion was generally accepted and that the request was unreasonable.²¹

In addition, counsel may put themselves in a difficult position if the third-party opinion points out an issue that a client would rather not signal to the other side. This could include identifying deficiencies or risks affecting the other party which it would not necessarily be in the client's interest to reveal.²² Furthermore, if a closing opinion is presented, it may be more difficult for such counsel to represent a client wanting to attack the validity of some aspect of the transaction at a future time.²³ Attempting to avoid giving a closing opinion may, on the other hand, indicate that there is some specific aspect of the transaction upon which counsel feels uncomfortable and this could defeat the client's objective of concluding the transaction.²⁴ Counsel, when rendering an opinion to third parties, probably has some responsibility to them and the general feeling is that such parties would be able to sue the opinion giver if the opinion is negligent.²⁵ In spite of the concerns, both from an ethical standpoint as well as a representation standpoint, the author's feeling is that, for financing transactions, third-party opinions are here to stay and that their use will likely increase.

The *Conseil général du Barreau du Québec* adopted in 2003 various regulations modifying the *Code de déontologie*. Thereafter, the Quebec Government adopted changes to the *Code de déontologie* by way of Decree 351-2004 on April 7, 2004. Sections 3.06.05 and 3.06.05.01 are of interest.

3.06.05. L'avocat doit sauvegarder son indépendance professionnelle quelles que soient les circonstances dans lesquelles il exerce ses activités professionnelles. Il ne peut notamment subordonner

21. Disney, *supra*, note 19 at 334-335.

22. Yeowart, *supra*, note 15 at 165.

23. See Koley Jessen, *supra*, note 4 at 155-156.

24. The Guidelines suggest that the opinion giver has a responsibility of confidentiality to the client and must seek consent before disclosure of confidential information. *Supra*, note 7 at 877-878.

25. TriBar Report, *supra*, note 6 at 596.

son jugement professionnel à l'effet d'une pression exercée sur lui par quiconque.

3.06.05.01. L'avocat doit subordonner à l'intérêt du client, son intérêt personnel, celui de la société au sein de laquelle il exerce ses activités professionnelles ou dans laquelle il a un intérêt et celui de toute autre personne exerçant ou non ses activités au sein de cette société.

These two rules highlight what the author believes is an inherent conflict involved with third-party legal opinions. It is very probable that a client will have little sympathy for a lawyer who invokes Section 3.06.05 of the *Code de déontologie* the day before the planned closing of a transaction as an obstacle to the lawyer rendering a third-party opinion.²⁶ On the other hand, lawyers seeking to represent the interests of their clients will need to provide a legal reason as to why certain opinions cannot be given or may not be given in the way suggested by the opinion recipient. It is probably not sufficient to simply say that it is firm policy not to render particular types of opinions.²⁷ It will be interesting to see the interpretation given by the Quebec Bar of these two rules as they relate to rendering third-party legal opinions.

2.3 Golden Rule

In rendering third-party opinions, the ABA has suggested the following, commonly known as the golden rule :

An opinion giver should not be asked to render an opinion that counsel for the opinion recipient would not render if it were the opinion giver and possessed the requisite expertise. Similarly, an opinion giver should not refuse to render an opinion that lawyers experienced in the matters under consideration would commonly render in comparable situations, assuming that the requested opinion is otherwise consistent with these Guidelines and the opinion giver has the requisite expertise and in its professional judgment is able to render the opinion. Opinion givers and counsel for opinion recipients should be guided by a sense of professionalism and not treat opinions simply as if they were terms in a business negotiation.²⁸

26. For an illustration of this point, see Koley Jessen, *supra*, note 4 at 153 n. 2.

27. In the United States, see TriBar Report, *supra* note 6 at 599.

28. Guidelines, *supra*, note 7 at 878. This rule resonates from the general principle of "do unto others as you would that they should do unto you". See Matthew 7 :12.

The golden rule appears to be more and more advocated and accepted.²⁹ The rule often appears as a fundamental premise, if not the most important principle, underpinning the negotiation of all third-party opinions. In his book review of the second edition of Estey's work, Disney has challenged this principle.³⁰ In essence, he states that there may be circumstances where a particular client may press for a third-party opinion that its own counsel would not be willing to give. In addition, counsel for the opinion recipient may be concerned that the opinion giver has not exercised the appropriate degree of care and competence in rendering the opinion. The opinion recipient may, in any event, still take the opinion and request that its own counsel do whatever additional due diligence is necessary to ensure that there are no major deficiencies. Insofar as the opinion giver is concerned, we have previously canvassed the difficulties that may be faced by the opinion giver *vis-à-vis* her own client in rendering an opinion for a particular transaction. It is not always easy to reconcile these potential conflicts and duties.

A few comments on Disney's position are warranted. In many financing transactions, it is not the client that specifically requests a legal opinion but in fact counsel to the client. The opinion recipient's counsel may provide a draft of the opinion and then negotiate it without a tremendous amount of overseeing by the client. Many of the areas for an opinion, such as the particular scope of the opinion and its language, may be derived from "standard" or "customary" practices. Most institutional financing parties have an expectation that they will receive the "standard" opinion with only "standard" qualifications and assumptions.³¹ The opinion recipient generally relies on its own counsel to negotiate this with the opinion giver.

Additionally, it is not clear to what extent a client that insists on obtaining a legal opinion that its own counsel would not be willing to render would be able to rely reasonably on this particular third-party opinion. The opinion recipient's own counsel may in

29. See Estey, *supra*, note 14 at 28 and the associated footnotes and Yeowart, *supra*, note 15 at 164-165.

30. Disney, *supra*, note 19 at 340-342.

31. Certain financial institutions may require opinions to be in a set form with a set content. This seems to be the case particularly for retail mortgage transactions.

fact have an obligation to point out to the opinion recipient that reliance is unreasonable in the circumstances.³²

As a further consideration, in many complex financing transactions, there is collaboration between counsel for all parties in order to put into place, from a legal perspective, a structure that reflects the “bargain” reached among their respective clients. Clients expect that the documentation and structure will reflect this bargain and be enforceable. In this particular process, there is usually discussion amongst counsel at an early stage concerning legal issues that may arise and this may have an impact not only on the structure but also upon the legal opinions being rendered. Consequently, the third-party opinion rendered at the closing of the transaction will reflect the collegial cooperation amongst counsel during the structuring and negotiation process.³³ Counsel for both the opinion recipient and the opinion giver should be willing to consider rendering any reasonable legal opinion requested.

In spite of Disney’s critique of the golden rule, it is highly likely that this rule will continue as a guiding principle for third-party opinions.

It has been suggested that in cross-border financing transactions, the opinion giver should always act consistently with the principles generally accepted for third-party opinions in the opinion giver’s jurisdiction.³⁴ It is possible that a law firm, even if applying the golden rule, may ask for an opinion in wider terms than is normal under the customary practice in the relevant jurisdiction. Yeowart has indicated, for instance, that the approach in the United States is to expect more from borrower’s counsel than lender’s counsel.³⁵ Usually, in the US, borrower’s counsel provides a legal opinion on the enforceability of the finance documentation,

32. See Section 3.02.04 *Code de déontologie*. The TriBar Report, *supra*, note 6 at 604 states that “...the opinion recipient has no right to rely on an opinion if reliance is unreasonable under the circumstances or the opinion is known by the opinion recipient to be false.”

33. The Guidelines suggest that counsel for the opinion recipient, early in the negotiation of the transaction documents, should specify the opinions the opinion recipient wishes to receive. The opinion giver should respond promptly with any concerns or proposed exceptions. The Guidelines seem to contemplate an interaction amongst counsel to produce adjustments to documents and structure, if necessary. See Guidelines, *supra* note 7 at 877. See also Yeowart, *supra* note 15 at 168-9.

34. See Yeowart, *supra*, note 15 at 168.

35. *Ibid.* at 167-8.

creation of security and opposability (perfection). In certain circumstances in the US, lender's counsel may provide an opinion to its client that the conditions precedent requirements under the credit documentation in respect of a third-party legal opinion by borrower's counsel have been satisfied.³⁶ In accordance with Yeoward, this is contrary to English practice where normally it is lender's counsel (who will have prepared the documentation) that opines upon enforceability, creation and perfection while borrower's counsel commonly restricts its opinion to capacity and authority. It is the author's experience that the US practice seems to be more and more prevalent in the Quebec legal market.

2.4 Avoid Misleading Opinions

The TriBar Report indicates that opinion preparers must ask themselves whether they believe that the opinions they intend to render will, under the circumstances, be misleading to the recipient.³⁷ If counsel believes that an opinion may be misleading, disclosure should be made to the opinion recipient either as part of, a schedule to or outside the opinion. To avoid misleading opinions, the TriBar Report posits that the opinion giver must think not only about the opinion itself but also about areas excluded from the opinion. Non-standard assumptions or qualifications may indicate an area of concern and are likely to be informative rather than misleading. The TriBar Report states that common assumptions or qualifications may mask problems that are different and more serious than the matters they are commonly understood to exclude.³⁸ The standard advocated by the TriBar Report is that the opinion giver only consider what the opinion states and omits to state that is relevant to what is stated and that the question the opinion giver must consider is whether under the circumstances the opinion will cause the opinion recipient to misevaluate the specific opinion given.

36. For a discussion concerning expressing a view on the opinion of another counsel, see *infra*, note 59.

37. TriBar Report, *supra* note 6 at 602. See also Guidelines, *supra*, note 7 at 876.

38. The example given in the TriBar Report has to do with a no litigation opinion that is limited to claims asserted in writing where the opinion givers have knowledge of a substantial and apparently serious claim made prior to the giving of the opinion in a formal manner but not in writing. In this case, the TriBar Report states that the risk of misleading the opinion recipient could be avoided by an appropriate disclosure. See *ibid*.

It is submitted that the standard adopted by the TriBar Report is a very difficult standard to apply or to meet. Its formulation appears to adopt a subjective test whereby the opinion giver must divine whether or not a recipient would misevaluate a specific opinion. It is hoped that a more objective approach would become the acceptable standard. One important element that should be considered in determining if an opinion giver is liable for a misleading opinion should be the involvement of counsel for the opinion recipient. If such counsel is in the same jurisdiction as the opinion giver, it is submitted that it is such counsel's role to communicate clearly to the opinion giver the expectations as to the content of the opinion required of the opinion giver. Once such expectations have been conveyed, then, arguably, an objective test should be applied to determine if such an opinion is misleading.

2.5 Due Diligence

Lawyers often remind each other and attempt to impress upon clients and third-party opinion recipients that opinions contained in an opinion letter are expressions of professional judgment and are not guarantees or insurance that a court will reach any particular result.³⁹ They are, in fact, as Estey has written, "... an expression of the lawyer's professional judgment as to the conclusion that a court, properly instructed, *should* reach if the matter were in issue before it. It is not therefore necessarily an expression of the conclusion such a court *would* reach." (emphasis in text)⁴⁰ In Quebec, we would probably characterize this obligation as an obligation of means.

Lawyers clearly have the obligation to undertake due diligence in reviewing the relevant documentation, obtaining appropriate certificates from applicable governmental authorities, clients and sometimes third parties in order to support assumptions. They must also research legal questions and consider legal matters that are relevant to their opinions. Some legal

39. See Legal Opinion Principles, *supra* note 7 at I D and TriBar Report, *supra*, note 6 at 596.

40. Estey, *supra*, note 14 at 2 and more generally Chapter 11 of his text. See also L. Payette, "Avis juridique dans le contexte de financements bancaires commerciaux" Insight Conference, *Documents de financements bancaires commerciaux*, March 1, 1988, Montreal, at 6 and Yeowart, *supra*, note 15 at 166.

opinions contain a general statement that the investigation also includes having considered such questions of law as were deemed appropriate or relevant. This is probably implicit in every legal opinion.⁴¹

The Legal Opinion Accord and Legal Opinion Principles suggest that in certain circumstances the laws to be considered by the opinion giver are only those laws that a lawyer in the jurisdiction whose law is being covered by the opinion letter exercising customary professional diligence would reasonably be expected to recognize as being applicable to the entity, transaction or agreement to which the opinion letter relates.⁴² The Ontario Supplement to and Commentary on the Legal Opinion Accord of the Section of Business Law of the American Bar Association (1991)⁴³ suggests that this customary professional diligence standard is a lower standard of care than that which would apply in Ontario. In such jurisdiction, it is not sufficient for a lawyer to follow customary professional practice if it falls short of the professional diligence that a reasonable prudent and competent lawyer would have exercised in comparable circumstances.⁴⁴

In the decision *Roberge v. Bolduc*, [1991] 1 S.C.R. 374, the Supreme Court of Canada clearly indicated that adherence to prevailing practice is not sufficient where the practice is not demonstrably reasonable.⁴⁵ In the facts of the case, the Supreme Court held that failure to consider the authority of *res judicata* was unreasonable, whether or not it was common notarial practice in Quebec at that time. It is therefore submitted that the standard in Quebec is also that of the professional diligence that a reasonably prudent and competent lawyer would have exercised in comparable circumstances. A Quebec practitioner should therefore be wary of adopting a customary professional diligence standard unless in doing so the content of that standard is exactly the same or higher than the standard of a reasonably prudent and competent lawyer in comparable circumstances.

41. TriBar Report, *supra*, note 6 at 601-2.

42. See, for example, Legal Opinion Principles, *supra*, note 7 at II B.

43. (1994), 11 B.L.R. (2d) 156 at 196-197.

44. *Ibid.* See also Disney, *supra*, note 19 at 342-343.

45. For a discussion of this, see Estey, *supra*, note 14 at 511.

2.6 Date of Opinion

An opinion letter speaks as of its date and the opinion giver has no obligation to update an opinion letter for subsequent events or legal developments.⁴⁶ Opinions are based upon the facts and the law in existence at its date.

A question may arise as to how to treat legislative changes of which the opinion giver is aware or, upon reasonable diligence, should be aware. It appears that in respect of legislation that has been enacted but which has not yet come into force, the opinion giver clearly has a duty to bring the matter to the attention of the opinion recipient while in respect of legislative changes which are in the legislative process and not yet enacted, although they likely will be in the foreseeable future, it is probable, but not certain, that the opinion giver has a duty to bring these to the attention of the opinion recipient.⁴⁷

Although the opinion speaks as of its date, this does not necessarily mean that it is not forward-looking or prospective. Certain opinions, for example those often rendered concerning execution and delivery of documents and performance of obligations thereunder, state that such will not contravene, breach or constitute a default under constating documents, applicable laws and sometimes even certain agreements. Some commentators also regard the enforceability opinion as being forward-looking in nature.⁴⁸ In all of these situations, however, the opinion giver is expressing opinions on the facts and laws in effect at the date of the opinion in respect of future performance under the agreements. In rendering such a legal opinion, the Legal Opinion Accord suggests that the opinion giver may rely, without investigation, upon certain assumptions,⁴⁹ these assumptions would include that the client will not in the future take any discretionary action (including a decision not to act) permitted under the rele-

46. Legal Opinion Principles, *supra*, note 7 at I V, Yeowart, *supra*, note 15 at 169 and TriBar Report, *supra*, note 6 at 597.

47. Estey, *supra*, note 14 at 52-3 and TriBar Report, *supra*, note 6 at 596 n. 11.

48. Estey, *Ibid.*

49. Legal Opinion Accord, *supra*, note 4 at section 4. This section of the Legal Opinion Accord sets out a number of implicit assumptions in addition to those identified in the text.

vant documents that would result in a violation of law or constitute a breach or default under any other agreement or court order to which it is a party or by which it is bound and the client will obtain all permits and approvals required in the future and will take all actions similarly required to enable it to consummate the transaction or perform its obligations under the transaction documents. Estey has suggested that these are appropriate and probably implicit assumptions.⁵⁰

Another issue concerning due diligence is the extent to which an opinion giver may rely on the representations and warranties in the documentation. This practice seems to be accepted in the US ; however, this is not common practice in Canada.⁵¹ To the extent that counsel must rely upon assertions as to facts, Canadian practice usually provides for reliance on an officer's certificate which specifically sets out the facts germane to the opinion giver's reliance instead of giving a general statement that all of the representations and warranties in the credit documentation are true and accurate.

2.7 Jurisdictional Scope

The legal opinion generally states that the opinion is limited to the laws of a particular jurisdiction and to federal laws applicable therein. The Legal Opinion Accord suggests that the designation of the law of a particular state does not include the federal law of the United States of America.⁵² It goes on to indicate that, if the coverage of federal laws is intended, the opinion giver must specifically so designate in its opinion letter. The US Real Estate Opinion Guidelines reiterate this position.⁵³ Quebec practitioners reviewing US legal opinions should be conscious of this limiting position.

Additionally, in situations where local counsel acts in a limited capacity concerning certain documentation, the US Real

50. Estey, *supra*, note 14 at 54-55, 146-147.

51. *Ibid.*, at 67. The TriBar Report suggests that an officer's certificate is more effective to elicit information from a client than representations in the documentation. See *supra*, note 6 at 613.

52. Legal Opinion Accord, *supra*, note 4 at 182. See also TriBar Report, *supra*, note 6 at 631.

53. *Supra*, note 8 at 245.

Estate Opinion Guidelines indicate that there is an expectation that such local counsel would limit its opinion to the laws of the applicable state only and not be expected or requested to evaluate or address matters of federal law.⁵⁴ It is the author's experience that, in Canadian transactions, most opinions are stated to include the federal laws applicable in a particular jurisdiction even if local counsel is only tangentially involved in a transaction.

With the increased complexity and cross-border nature of financing transactions and in light of the fact that there are more and more national law firms in Canada, it is not uncommon to request or to give a combined opinion concerning the laws of various Canadian jurisdictions. In light of the differences between provincial laws, particularly in the area of secured transactions, it will be interesting to see how the effort to find "uniform" language, particularly concerning qualifications, evolves.

III- ASSUMPTIONS

3.1 General

Legal opinions are conclusions and concern circumstances or documentation based upon particular facts. One of the methods to identify the facts is by way of assumptions. As a general rule, assumptions should be limited to factual matters that are not readily ascertainable by the opining lawyer or that the addressee has agreed may be assumed. Assumptions should not be made in respect of factual matters that go to the heart of the opinion given. The Legal Opinion Principles state that an opinion should not be based on a factual representation that is tantamount to the legal conclusion being expressed.⁵⁵ Assumptions as to legal matters or matters of mixed fact and law should only be made in exceptional circumstances with the consent of the addressee.⁵⁶

It is common practice to include certain types of assumptions concerning the genuineness of signatures, authenticity of documentation, legal capacity of natural persons, power and capacity

54. *Ibid.*

55. Legal Opinion Principles, *supra*, note 7 at III C.

56. Estey, *supra*, note 14 at 81-82. In certain circumstances, it may be determined that assumptions as to mixed fact and law or even law are warranted in order to reduce the cost of due diligence in verifying the same. See TriBar Report, *supra*, note 6 at 615 et seq. and 639-640.

and existence of parties, other than those upon which the opinion giver is opining, and the legal, valid and binding nature of agreements against such entities. The general practice seems to be to include these assumptions even if there is some basis for suggesting that these are implicit assumptions in all opinions.⁵⁷

3.2 Reliance on Officer's Certificates

Lawyers necessarily rely, in large measure, on factual information obtained, particularly from officers of the corporate client. The CBCA section 257 provides that in any judicial or administrative action or proceeding, certain facts stated in such a certificate and any certified copy of minutes (or an extract therefrom) of a meeting of the directors or shareholders of the corporation is *prima facie* evidence of the facts so certified without the necessity of having to prove the signature or office of the certifier. Relying on an officer's certificate for other factual matters is usually appropriate provided that this is in respect of facts and not law. Such reliance does not absolve the opinion giver from all due diligence. In addition, it is not appropriate for a practitioner to rely on an officer's certificate where counsel knows or has reason to believe that the facts set out in the certificate are incorrect.⁵⁸

3.3 Reliance on Other Counsel

It is sometimes the case that an opinion giver will be requested to rely upon the opinion of another counsel. This may be counsel of a foreign jurisdiction or counsel of the same jurisdiction but concerning matters other than those upon which the opinion giver has been specifically requested to opine (for example, corporate matters). The extent to which an opinion giver relies on other counsel is generally a matter of discussion between the opinion recipient's counsel and the opinion giver.⁵⁹ The Guidelines sug-

57. Legal Opinion Principles, *supra*, note 7 at III D, Estey, *supra* note 14 at 83-85 and TriBar Report, *ibid*.

58. See the decision of the United States Court of Appeals for the Third Circuit in *Kline v. Firstwestern Government Securities, Inc.* (1994), 24 F. 3d 480 (petition for *certiorari* to the Supreme Court denied 115 S. Ct 613 (November 28, 1994)). See also Legal Opinion Principles, *supra* note 7 at III A which states that "... practice permits such reliance unless the factual information on which the lawyers preparing the opinion letter are relying appears to be irregular on its face or has been provided by an inappropriate source." See further the discussion in TriBar Report, *supra*, note 6 at 608 et seq.

59. For a discussion concerning the various methods of incorporation and the various levels of responsibility of the opinion giver arising from such

gest that it is normally inappropriate to request that the primary opinion giver express its concurrence in the substance of an opinion of other counsel.⁶⁰

IV- OPINIONS

4.1 General Corporate Opinion

If the opinion giver is representing the borrower, a guarantor or even an issuer of securities that may be subject to a pledge, the third-party opinion will generally cover corporate matters concerning incorporation and existence, qualification to carry on business, corporate power and capacity, due authorization by all necessary corporate action and due execution and delivery. For a discussion concerning these particular opinions, we refer to the excellent treatment in Estey.⁶¹

4.2 No Conflict Opinion

It is not uncommon for a third-party opinion to address the issue as to whether or not the execution and delivery by the corporation of the transaction documents and the performance by it of its obligations thereunder as well as the consummation of the transactions contemplated therein contravene, conflict with, violate or breach or result in a default under (i) the charter or by-laws of the corporation, (ii) any law, or (iii) certain specific contracts or instruments to which the corporation is subject. The actual breadth of this particular opinion depends upon discussion between the opinion giver and opinion recipient's counsel.⁶²

incorporation, see Payette, *supra*, note 40 at 11 et seq. See also TriBar Report, *supra*, note 6 at 636-638.

60. *Supra*, note 7 at 877.

61. Estey, *supra*, note 14 at 99 et seq. See also Payette, *supra*, note 40 at 33 et seq., R.P. Metcalfe, "Drafting Legal Opinions in Commercial Transactions", Montreal, June 17-18, 2003, Atlas Information (Canada) Conference, *Négociation des transactions et rédaction des contrats commerciaux d'importance* at 6 et seq. and TriBar Report, *supra*, note 6 at 641 et seq.

62. For a further discussion, see Estey, *supra*, note 14 at 151 et seq. Consummation of the transaction probably does not cover performance. See TriBar Report, *supra*, note 6 at 599 n. 18. The TriBar Report suggests that the phrase "no conflict" not be used in the opinion and that if it is used, it should be understood to mean "no violation" and "no breach or default", *supra*, note 6 at 656.

Both the Guidelines and the Legal Opinion Principles would seem to limit the scope of the laws that need to be addressed by the opinion giver to the laws that a lawyer exercising customary professional diligence would reasonably be expected to recognize as being applicable.⁶³ Estey states that the opinion is clearly not intended to address each and every law in the relevant jurisdiction. He states :

[t]he opinion giver may undertake a review of relevant statutes and regulations, or conduct research regarding the current state of the case law. Some lawyers express the view that in order to give this type of opinion, they must review or examine *all* the statutes and regulations enacted or passed in their particular jurisdiction. This is not correct. What is required in these circumstances, and what the opinion recipient wants, is an exercise of judgment by the opining lawyer regarding what laws and legal issues are relevant in the particular context. Only those laws and issues, therefore, need be examined before the opinion can be rendered. (emphasis in text)⁶⁴

It is probable that the applicable level of due diligence in Quebec is not that of a lawyer exercising customary professional diligence but rather the professional diligence that a reasonable prudent and competent lawyer would have exercised in comparable circumstances.

It is sometimes advanced that a no-conflict opinion in respect of laws is not necessary if an enforceability opinion is being rendered. It should be noted however that even if there is a certain amount of overlap, an unqualified opinion as to non-contravention of applicable law does not necessarily mean that an unqualified enforceability opinion may or may not be rendered. An agreement may violate an applicable statutory provision and yet be valid and not all violations of law will render an obligation invalid.⁶⁵ Estey states therefore that a no conflict opinion may be useful to expose actual or potential breaches of the law that the enforceability opinion, by itself, would not.⁶⁶

63. Concerning the appropriateness of this standard, see the discussion, *supra* at 82. See also TriBar Report, *supra*, note 6 at 627 and 662.

64. Estey, *supra*, note 14 at 154.

65. See, for example, *Bank Act* (Canada) s. 16 and 988. See also TriBar Report, *supra*, note 6 at 661.

66. Estey, *supra*, note 14 at 155.

In respect of no conflict with agreements, Estey provides certain suggestions as to the scope of such opinion.⁶⁷ Generally, it is more appropriate to refer to specific agreements when rendering this opinion and not to all agreements or material agreements in general.⁶⁸ With some financing transactions, particularly if certain agreements are key to the collateral charged under the security documentation, the covenant pattern or corporate governance of an entity, it is not uncommon to request such an opinion. If certain of the documents are governed by the laws of another jurisdiction in which the opinion giver is not qualified, it may be appropriate to assume that the particular agreement will be enforceable as written and that the interpretation will be the same as under the law stated in the practice limitation portion of the opinion.⁶⁹

4.3 Non Registration or No Regulatory Approval Opinion

It is often requested that the third-party opinion cover regulatory approvals that are necessary for execution and delivery of the relevant agreements, performance of obligations and consummation of transactions. The language in such a no regulatory approval opinion generally states that there is no authorization, consent, permit, approval, filing, notice or registration necessary with any governmental authority in connection with the execution, delivery and performance of the relevant documents or consummation of the transactions thereunder other than as specifically set out in the opinion. It is common that this opinion be requested of the borrower's or guarantor's counsel. The general argument is that borrower's or guarantor's counsel is in a much better position to obtain the required information from the client in order to render this opinion. Although there is a certain amount of overlap, this opinion does not supplant but is complimentary to the contractual enforceability, no conflict with laws and opposability opinions.

4.4 Contractual Enforceability

This part of the third-party opinion is key in fulfilling the expectations of the financing party addressee who is anticipating

67. *Ibid.*, at 159 et seq.

68. Yeowart, *supra*, note 15 at 166.

69. Estey, *supra*, note 14 at 93 and 162-163. The TriBar Report, *supra*, note 6 at 660-661, suggests that this is an implicit assumption.

that the opinion will confirm that, in respect of contractual matters, agreements are legal, valid and binding and enforceable in accordance with their respective terms. Although this particular phraseology is employed frequently, it is interesting to note that there is no consensus on the meaning of each individual term or the necessity of using each particular word. Estey suggests that the enforceability opinion means "... that a valid contract has been formed in accordance with the requirements of the applicable law governing the contract and that a court would recognize the obligations under the contract as lawful (that is, not contrary to law), and as not being void or voidable, and would accordingly grant *some* remedy in the event of a breach of the terms of the contract." (Emphasis in text)⁷⁰ Although the debate may seem interesting, it is of little practical relevance since most opinions use the complete phrase and there is likely not much significant difference between enforceable and legal, valid and binding.⁷¹

The enforceability opinion is sometimes called a remedies opinion in the literature.⁷² There has been some debate as to whether enforceability means that each and every obligation contained in the agreement is enforceable or whether only material or essential terms are enforceable. The general practice seems to be to assume that the opinion giver is rendering the enforceability opinion in respect of each and every obligation.⁷³

It should be remembered that an enforceability opinion is, to a large degree, future or forward-looking in nature. When a third-party opinion is delivered in a financing transaction, the opinion normally constitutes a condition precedent to the consummation of a first transaction pursuant to the documentation. To this extent, it is possible that there will have been no performance whatsoever and hence the practitioner, based upon the law, facts and circumstances existing as of the date of the opinion, must determine if the obligations are legal, valid and binding if the debtor were to perform the same as of the date of the opinion.

70. Estey, *supra*, note 14 at 137, see also his discussion concerning the meaning of such terms at 140 et seq. In addition, see the discussion in TriBar Report, *supra*, note 6 at 619 et seq. The TriBar Report states that representations are not covered by the enforceability opinion although remedies specified for a false representation would be covered.

71. See TriBar Report, *supra*, note 6 at 601 and 619 et seq.

72. See TriBar Report, *supra* note 6 at 620 n. 61. The two terms are synonymous.

73. Estey, *supra* note 14 at 143-144 and TriBar Report, *supra*, note 6 at 621.

In order to avoid a long “laundry list” of qualifications or specific exceptions to the enforceability opinion and to reduce the time and cost of analyzing each provision of an agreement, some practitioners include a generic qualification or exception to the enforceability opinion. The TriBar Report includes the following as an example of such qualification :

Certain of the ... provisions in the Agreement may be further limited or rendered unenforceable by applicable law, but in our opinion such law does not make the remedies afforded by the Agreement inadequate for the practical realization of the principal benefits intended to be provided.”⁷⁴

In Quebec, such qualification could read as follows :

Notre avis relatif à la validité et au caractère exécutoire des dispositions de la convention de crédit porte sur les principales obligations qui y sont contenues et ne signifie pas que toutes et chacune des autres clauses de cette convention recevraient effet en toutes circonstances.⁷⁵

As a variation or a further assurance concerning this particular qualification, certain opinion givers include what has become known as the practical realization assurance.⁷⁶ The opinion giver will state that in spite of the general generic qualification or exception, such exception will not impair the practical realization of the principal benefits included in the documentation. Estey noted in 1997 that the practical realization assurance in respect of credit agreements was not of common use in Canada.⁷⁷ The US Real Estate Opinion Guidelines indicate that the practical realization assurance is increasingly disfavored in as much as parties may have significantly different understandings of the meaning of practical realization or principal benefits.⁷⁸ Arguably, a similar position may be adopted in respect of the principal documentation in a financing such as the credit agreement and guarantee under Quebec law. It is difficult to determine what may be the “principal obligations” or the “practical realization” of

74. TriBar Report, *supra*, note 6 at 626.

75. M. Deschamps, *Avis juridique en matière de financement bancaire*, Négociation et Rédaction d'importantes Conventions Commerciales, November 6-7, 2000 Montreal at 3 of the Annex.

76. See Estey, *supra*, note 14 at 216 et seq., US Real Estate Opinion Guidelines, *supra*, note 8 at 250-251 and TriBar Report, *supra*, note 6 at 626 et seq.

77. Estey, *supra*, note 14 at 219.

78. US Real Estate Opinion Guidelines, *supra*, note 8 at 250 et seq.

the principal benefits.⁷⁹ As an example, the notification to one party being valid as against another party may not seem to be a principal obligation *ex ante*, however it may be of extreme importance at the moment of realization. Estey suggests that the enforceability qualification and practical realization assurance may be of benefit in a cross-border transaction where an enforceability qualification without any practical realization assurance may cause the opinion recipient to wonder if it can enforce the bargain.⁸⁰

In secured transactions, a variation of the practical realization qualification as it pertains to security seems to be more and more prevalent. One variation under personal property security legislation in common law Canada is as follows :

The PPSA imposes certain obligations on secured creditors which cannot be varied by contract. The PPSA may also affect the enforcement of certain rights and remedies contained in the Security Agreement to the extent that those rights and remedies are inconsistent with or contrary to the PPSA... However, the PPSA does not render the Security Agreement invalid as a whole, and there exist, in the Security Agreement or pursuant to applicable law, legally adequate remedies for realization of the principal benefits of the Collateral (as defined in the Security Agreement) purported to be provided by the Security Agreement.⁸¹

A variation of this qualification for purposes of Quebec security may also be useful in eliminating a long litany of additional specific exceptions to enforceability in respect of provisions relating to enforcement and realization proceedings under a hypothec which would be subject to the provisions of the *Civil Code of Quebec* (the “Civil Code” or “CCQ”) or the *Code of Civil Procedure* which are of public order. The scope of this qualification and the

79. The TriBar Report anticipates this difficulty. See *supra*, note 6 at 621 n. 69 and 627. The recommendation of the TriBar Report is to limit application of the practical realization qualification to lease and secured financing transactions. By analogy, see the discussion in the TriBar Report, *supra* note 6 at 621-622 n. 69 as to the opinion only relating to the enforceability of “material” provisions. See also Opinions Committee of the California State Bar Business Law Section, *Toward a National Legal Opinion Practice : The California Remedies Opinion Report* (2005), 60 Bus. Law. 907 at 937 et seq. (the “California Remedies Report Summary”).

80. Estey, *supra*, note 14 at 219.

81. See PPS Opinion Report, *supra*, note 6 at 29 and Estey, *supra*, note 14 at 422-423.

practical realization assurance only addresses enforcement and realization. The purpose of both the qualification and the assurance is to give the opinion recipient comfort that it will be able to enforce its rights as a hypothecary creditor in such a manner as to be able to realize on the charged property.⁸² If limited in this fashion, this qualification would seem to be acceptable.

4.5 Creation of Security

Not only will the opinion recipient want to know that the contractual provisions of the transaction documents are legal, valid and binding and enforceable in accordance with their terms but, in respect of any security, will want to know that such security has been validly created. If a hypothec is involved, the secured party will probably want to know that a valid hypothec has been created to the extent of the sum specifically set out in the documentation with interest thereon at the declared rate and charging the property stated to be subject thereto as security for the secured obligations.

Although it is arguable that the contractual enforceability opinion also covers the issue of creation of security, the generally accepted view is that the contractual enforceability opinion only assures the opinion recipient that, as a matter of contract law, a legal, valid and binding agreement has been entered into between the debtor and secured party. It does not address the creation (validity), opposability (perfection) or priority (rank) of any security purportedly created by any security documentation.⁸³

One noted Quebec commentator has suggested not to provide a full contractual enforceability opinion with respect to Quebec governed security documents.⁸⁴ It must be remembered that certain security documentation may contain particular representations, warranties and covenants that are contractual in nature and are not necessarily part of the security *stricto sensu* or the enforcement provisions relating to the security. Not all covenants are contained in principal documentation such as the credit agreement or guarantee. In particular circumstances, the opinion

82. TriBar Report, *supra*, note 6 at 626.

83. See TriBar Opinion Committee, Special Report of The TriBar Opinion Committee : *U.C.C. Security Interest Opinions – Revised Article 9* (2003), 58 Bus. Law. 1451 (the “UCC Security Interest Opinion”) at 1460-1461 ; the PPS Opinion Report, *supra*, note 6 at 77 et seq. and Estey, *supra*, note 14 at 420-421.

84. See Metcalfe, *supra*, note 61 at 10-11.

recipient will want to know that these contractual obligations constitute legal, valid and binding obligations and are enforceable in accordance with their terms. It is possible that this restricted approach may be adopted in certain circumstances where the security documents only contain covenants that are directly associated with the validity or opposability of the security. In any event, it does not seem to be the wide-spread practice to exclude the security documents from the enforceability opinion. Additionally, the creation or validity opinion should also be specifically required.⁸⁵

4.6 Opposability

Stating that the security documents constitute legal, valid and binding obligations enforceable in accordance with their terms and stating that the security document creates a valid security does not mean that the security has been rendered opposable to third parties.⁸⁶ The Civil Code provides registration or possession as the means to publish hypothecs.⁸⁷ Since, under the Civil Code, it is not possible to register the vast majority of consensual security prior to the date of creation, the opposability opinion in respect of consensual non-possessory security will not be able to be rendered until there has been appropriate registration after the execution of the particular security document.⁸⁸ Certain opinions may need to be rendered upon closing in order to facilitate a particular transaction with a subsequent post-closing opinion being rendered in respect of opposability. The opinion that may be reasonably requested is that, once a registration has been made of the applicable form at the *Register of personal and movable real*

85. This seems to reflect the general principle that there is no such thing as an implicit or implied opinion unless it is absolutely necessary to the conclusion reached in an express opinion. See Estey, *supra* note 14 at 43-45, Legal Opinion Principles, *supra*, note 7 at II D and US Real Estate Opinion Guidelines, *supra*, note 8 at 246.

86. Under the *Personal Property Security Act* (Ontario), a “perfection” opinion subsumes the opinion respecting creation of a security interest. Estey, *supra* note 14 at 429. See also UCC Security Interest Opinion, *supra*, note 83 at 1463 n. 53. It is probable that under Quebec law, in order for security to be opposable to third parties, one would first need to conclude that a valid security has been granted.

87. Arts. 2703 and 2934 CCQ. Registration is also required to render the rights of other secured creditors opposable as against third parties. Arts. 1263, 1745, 1847 and 1852 CCQ.

88. For certain instalment sale contracts, leases and leasing, see the possibility of a single registration under Art. 2961.1 CCQ.

rights (the “Register”) and of the applicable deed at the relevant land register, the security will have been rendered opposable to all third parties.

In certain transactions, this manner of proceeding is acceptable to a secured party. This is particularly true if the Quebec security is not of material importance taking into account the value of collateral in the Province of Quebec supporting the secured obligations.

4.7 Priority Versus Search Result Opinion

Boudreault and Brunelle have discussed the apparent “customary” requirement by certain secured parties that notaries certify in their legal opinions that a movable hypothec constitutes either a first-ranking security or a first-ranking hypothec.⁸⁹ They seem to prefer the expression “first-ranking hypothec” since, according to them, a literal interpretation of this phrase is that, for a first-ranking security, the opinion means that the secured party’s hypothec ranks ahead of all other security not just hypothecs,

[a]u contraire, l’expression « hypothèque de premier rang » signifierait implicitement que l’opinion du notaire est donnée seulement en rapport avec l’existence d’autres hypothèques pouvant affecter les mêmes biens, excluant ainsi l’existence possible de priorités ou de toutes autres garanties pouvant primer les droits du créancier. Il va sans dire que cette seconde formulation nous apparaît beaucoup plus appropriée compte tenu de ce que le notaire peut vérifier.⁹⁰

Boudreault and Brunelle continue to discuss in their article why it is almost impossible to confirm any type of rank or priority in respect of a hypothec. It should be remembered that there is no general requirement that title to movable property be registered in order to be opposable to third parties. In fact, in the absence of a specific legislative requirement, all movable real rights exist and are opposable to third-parties without publication.⁹¹

89. See M. Boudreault and S. Brunelle, “L’opinion en matière de financement mobilier” (2001), *C.P. du N.* 143 at 172 et seq.

90. *Ibid.*, at 173.

91. Art. 2938 CCQ and *ibid.*, at 167. See also *Lefebvre (Syndic de)*; *Tremblay (Syndic de)* (2004), [2004] 3 S.C.R. 326 (hereinafter *LeBel*) and discussion of this principle by the Quebec Court of Appeal in *136227 Canada Inc. v. Masse* (2005), [2005] R.J.Q. 994 (C.A.).

The general position elsewhere in North America seems to be that no comprehensive priority opinion is given or requested in respect of security on personal property.⁹²

It is submitted that there is a particular danger in making the fine distinction that Boudreault and Brunelle make between a first-ranking security and a first-ranking hypothec. First, it should be remembered that opinion recipients are not necessarily versed in Quebec law. Even if an opinion recipient may have counsel, such counsel may not be qualified in the Province of Quebec and may not appreciate the distinction between a security and a hypothec. It will be remembered that the definition of a security interest under the PPSA and UCC is, to a certain degree in respect of consensual security, much broader than that of a hypothec but is also more limited since it does not necessarily deal with certain non-consensual security as does the notion of a legal hypothec under Quebec law. For these reasons, an opinion recipient and perhaps even counsel to an opinion recipient may not make a distinction between a first ranking hypothec and a first ranking security. Knowing this, a Quebec practitioner should be wary of making this fine distinction.⁹³

Additionally, if we are dealing with specific types of secured transactions, it is highly likely that the opinion recipient will want to know if there are any other security or rights in particular collateral. For example, a secured party taking a hypothec over equipment will want to know if there is not only just any hypothec in respect thereof, but other types of security or quasi-security including instalment sale, lease, leasing (*crédit-bail*) and any security trust. A secured party taking a hypothec over receivables will want to know if a bank has taken a charge over inventory and receivables generated therefrom pursuant to the *Bank Act* (Canada). It is submitted that, in order to render the opinion useful to the opinion recipient, counsel needs to find a way to indicate searches that would disclose the existence of some of these other types of registered rights to the opinion recipient since the

92. See PPS Opinion Report, *supra*, note 6 at 77 et seq. ; UCC Security Interest Opinion, *supra*, note 83 at 1477 et seq. and Uniform Commercial Code Committee of the Business Law Section of the State Bar of California, *Report Regarding Legal Opinions in Personal Property Secured Transactions* (1989), 44 Bus. Law. 791 at 818 et seq. In Quebec, see Metcalfe, *supra*, note 61 at 12 and Deschamps, *supra*, note 75 at 6.

93. This may be an example of avoiding misleading opinions.

other secured creditors may have superior rights to those of the hypothecary creditor opinion recipient.

Boudreault and Brunelle identify certain types of security that may exist but which will not be disclosed by searches at the Register. Other types of security may be disclosed by a search and, provided that appropriate searches are done, it is not clear why these in and of themselves would constitute an obstacle in order for counsel to be able to render a priority opinion. It seems more likely that the difficulty is that the secured party and in fact the debtor may not be willing to wait the extra number of days after registration of the hypothec in order to determine if there are other conflicting registrations. As an additional argument, perhaps the increased cost of additional searches outweighs the benefit derived from undertaking and reporting on such searches.

Security that may turn up if subsequent or additional searches are done will include a vendor's hypothec registered within 15 days of the deed of sale (art. 2954 CCQ), a movable hypothec without delivery on claims, bills of lading or other negotiable instruments provided registration is within 10 days from the time the creditor gives value (art. 2699 CCQ), security under section 427 of the *Bank Act* (Canada)⁹⁴ and reservations of ownership under instalment sales to an enterprise (art. 1745 CCQ).⁹⁵

Another obstacle to rendering a comprehensive priority opinion raised by Boudreault and Brunelle is that of prior names of the grantor. Insofar as a corporation is concerned, it is the general practice to do a complete corporate history and to search in all relevant jurisdictions under all relevant present and past French and English versions of the corporate name.⁹⁶ The necessity to do searches, under all past and present corporate names should not

94. Technically speaking it will be the notice of intention that will appear. Any security pursuant to such provision will bear a date after the time of registration of the notice of intention.

95. See also the recent decisions of the Supreme Court of Canada in *LeBel and Ouellet (Syndic de)* (2004), [2004] 3 S.C.R. 348 (hereinafter *Ouellet*) and the discussion in L. Payette, "La location à long terme de matériels d'équipement et de véhicules routiers" (2002), 62 R. du B. 1 at 30-1.

96. Under the PPSA, there is a requirement to modify the registration within a certain time frame once the secured party has knowledge of the change in name in order to maintain perfection. See, for example, Ontario PPSA, s. 48(3). This does not apply in Quebec. See Art. 3015 CCQ and the discussion in S.H. Dietze, "Some Applications of the Implementation Act to Movable Security" (1997), 57 R. du B. 3 at 36-38.

be construed, in and of itself, as creating an obstacle for a practitioner to render a rank or priority opinion. This may involve a cost-benefit analysis.

Boudreault and Brunelle rightly point out that there are other secured creditors that may, in certain circumstances, outrank a registered hypothec. These include certain prior claims, certain pledges, a hypothec created by a prior owner which has not yet been registered (art. 2700 CCQ), a hypothec created in property that is subsequently transformed, united or mixed or, in the case of specifically charged property, is replaced (art. 2673, 2674, 2677 and 2953 CCQ), certain security existing in favour of the Crown and security in a foreign jurisdiction that is subsequently registered in Quebec (art. 3102 et s. CCQ). The authors also point out the possibility of security pursuant to the *Canada Shipping Act*.⁹⁷

It is submitted that there are various other security or rights the existence of which would have an influence upon the rank or priority opinion. We first set out examples of certain rights in respect of which searches may be made :

- 4.7.1.1 The collateral charged under the security documentation may include rolling stock, accessories and appurtenances that are subject to the *Canada Transportation Act*. Such Act provides for registrations with the Registrar General of Canada and states that thereafter no other registration or filing under any other law or statute respecting real or personal property is required. Searches may be made under the *Canada Transportation Act*.
- 4.7.1.2 The federal government has enacted legislation in respect of intellectual property under the *Patent Act* (Canada), the *Copyright Act* (Canada), the *Trade-marks Act* (Canada), the *Industrial Designs Act* (Canada), the *Integrated Circuit Topography Act* (Canada) and the *Plant Breeders' Rights Act* (Canada). There continues to be a debate as to the necessity of registering certain security documents under these particular statutes and their effect upon priority or even validity or opposability. Searches may be made at the Canadian Intellectual Property Office.

97. Searches may also be undertaken pursuant to such federal legislation.

- 4.7.1.3 Prior to 1994, a particular grantor or debtor may have entered into an absolute assignment of receivables as a financing mechanism. This could have been done pursuant to a securitization or a factoring program. Under the prior regime, it would have been necessary to render such assignment opposable by registration in various registration divisions where the assignor had a place of business in the Province of Quebec. Since these were absolute assignments, it was not necessary to register the same at the Register during the transitional period for security on movable property immediately after the coming into force of the Civil Code.⁹⁸ Technically therefore, it is possible that a grantor may have entered into absolute assignments of receivables that may only be discovered by searching the index of names in the relevant registration divisions in Quebec. Although this is possible, it may be a daunting and costly task if various registration divisions need to be searched.
- 4.7.1.4 Certain security and rights may be registered at the Register against some vehicles under their vehicle identification number. Searches may be undertaken against such vehicle identification number. Depending upon the number of vehicles to be searched, this may be a costly undertaking.
- 4.7.1.5 Section 426 of the *Bank Act* (Canada) provides a bank the means of taking security on certain movable and possibly immovable property such as hydrocarbons and minerals, certain rights, licenses or permits relating thereto and certain equipment and casing. Such section seems to require that the registration be in the proper land registry or land titles office and not, as required for Section 427 security, at the relevant agency of the Bank of Canada nor at the Register. Conceivably searches at the appropriate land registry would indicate if this specific type of security had been granted. This may also involve a considerable burden depending on where searches need to be undertaken.

There are numerous other circumstances that may arise which have an impact upon the rank or priority opinion. Some

98. For a discussion, see Dietze, *supra*, note 96 at 11 et seq.

examples, in addition to those outlined by Boudreault and Brunelle and in respect of which searches may not be undertaken, are as follows⁹⁹ :

- 4.7.2.1 Sellers of property have particular rights under the Civil Code. These rights include a right of resolution and a right of stoppage *in transitu* (art. 1740 and 1741 CCQ). Suppliers also have rights under the *Bankruptcy and Insolvency Act* (Canada).
- 4.7.2.2 It is possible that there could be a general right of resolution stipulated by a particular creditor (art. 1605 CCQ). In addition, there may be specific conditions associated with property in the hands of the grantor. The hypothecary creditor will take such property subject to such conditions (art. 2682 CCQ).
- 4.7.2.3 There are certain types of title manipulation devices that may be used as quasi-security but in respect of which no registration is necessary in order to render the rights opposable to third parties. These might include deposit, loan for use, usufruct, consignment, sale with a right of redemption¹⁰⁰ and certain types of trust.
- 4.7.2.4 Bankruptcy and insolvency provisions may have an impact upon priority.¹⁰¹ It is possible that the general qualification included in most third-party opinions in respect of bankruptcy and insolvency would resolve this particular matter. From the opinion recipient's standpoint, however, the changes that may occur pursuant to such legislation in the priority ranking could have a significant impact.

99. For discussion of some of the examples identified in the text and on other challenges, see the PPS Opinion Report, *supra*, note 6 at 92 et seq.

100. It appears to be the right of redemption that must be registered in certain cases in order to be opposable to third-parties and not the sale itself. For a commentary on this, see L. Payette, *Les sûretés réelles dans le Code civil du Québec*, 3rd ed. (Cowansville : Yvon Blais, 2006) at 1055 et seq.

101. For example, a proposal under the *Bankruptcy and Insolvency Act* (Canada) or a plan of arrangement under the *Companies' Creditors Arrangement Act* (Canada), if approved by the required number of votes of secured creditors, may impose a restructuring plan on dissenting secured creditors. See PPS Opinion Report, *supra*, note 6 at 106 et seq.

- 4.7.2.5 Although the doctrine of equitable subordination¹⁰² is probably not part of current Canadian law, it is possible that it may be adopted or adapted in the future.
- 4.7.2.6 The doctrine of substantive consolidation¹⁰³ has been applied in bankruptcy and other insolvency situations and could have an impact upon priority.
- 4.7.2.7 Security in certain types of instruments such as an instrument subject to the *Bills of Exchange Act* (Canada), the *Depository Bills and Notes Act* (Canada) (the “DBNA”) and, subject to our comments below, certain securities issued by a federal corporation pursuant to the CBCA could have an impact upon priority. Usually this legislation grants a super-priority to holders in due course or good faith purchasers for value without notice of an adverse claim. The DBNA has specific conflict of laws rules concerning priority.
- 4.7.2.8 In order for a hypothec on claims to be able to be set up against account debtors, such much receive notice of the hypothec (art. 1641 and 2710 CCQ). Even if such a hypothec ranks generally from the moment of registration, one needs to consider further if a creditor has given the grantor authorization to collect the claims in the hypothec, whether the notice of withdrawal has been registered and if and when the hypothecs and the notice of withdrawal have been notified to the account debtors (art. 2743, 2744 and 2745 CCQ).¹⁰⁴
- 4.7.2.9 Account debtors may have rights of set-off or compensation which would have an influence upon the amount of any claims that a hypothecary creditor would be able to recover (art. 1680 CCQ).

102. Under the doctrine of equitable subordination, a court may find that, in light of certain inequitable conduct by a creditor which has secured for itself an unfair advantage or has resulted in injury to either creditors or debtor and in spite of the priority that might otherwise apply by operation of law, the rights of such creditor should be subordinated to rights of other creditors. See the general discussion in the cases and doctrine cited by Estey, *supra*, note 14 at 203-204.

103. Under the doctrine of substantive consolidation, provided that certain criteria are met, the assets of related parties are held to be available to the creditors of all such related parties in an insolvency proceeding of such related parties. See the general discussion in the cases and doctrine cited by Estey, *supra*, note 14 at 204.

104. See also the discussion in Payette, *supra*, note 100 at 498 et seq.

- 4.7.2.10 It is still an open issue as to the scope of Article 2701 of the Civil Code concerning the assumption of a hypothec by a debtor and its impact upon priority.
- 4.7.2.11 Article 2712 of the Civil Code refers to the necessity to make a registration in respect of claims secured by hypothec. The precise impact as to priority and in fact creation and opposability is an open issue.¹⁰⁵
- 4.7.2.12 There continues to be a controversy concerning rights resulting from certain leases and rights of ownership of the lessor related to a leasing (*crédit-bail*) and the consequence of registration outside of the 15 day delay.¹⁰⁶
- 4.7.2.13 One must also consider the effect of accession. It is possible that the movable property could subsequently form part of an immovable in which event a registration would be required and it is not possible to preserve the rank or priority from the Register (art. 2796 CCQ). One may also need to take into account in this regard Articles 903 and 2672 of the Civil Code and Article 48 of *An Act respecting the implementation of the reform of the Civil Code* (Quebec). Accession is in almost all cases factually determined and generally not part of the due diligence of the opinion giver.
- 4.7.2.14 There is no equivalent of Articles 2700 and 2701 of the Civil Code for the rights of secured creditors associated with certain instalment sale contracts, leases and leasing. It is an open question as to the necessity to keep the Register up to date in respect of these rights.
- 4.7.2.15 In respect of insurance proceeds, one must also notify the insurer in accordance with Articles 2461 and 2497 of the Civil Code.
- 4.7.2.16 Even though a cession of rank, in order to be opposable to third parties, must be registered, as between the hypothecary creditors themselves this should be enforceable (art. 2941 and 2956 CCQ). A cession of rank may even be implicit.¹⁰⁷

105. See Payette, *ibid.*, at 515 et seq. and *Caisse populaire Desjardins de la Ouareau v. Dandurand* (2003), [2003] R.J.Q. 412 (C.A.).

106. The Supreme Court of Canada decisions in *LeBel* and *Ouellet* do not address all issues associated with this debate.

107. See Payette, *supra*, note 100 at 236.

- 4.7.2.17 An amalgamation subsequent to the registration of a hypothec may also have an impact upon priority.¹⁰⁸
- 4.7.2.18 The Supreme Court of Canada rendered an important decision in *Caisse populaire Desjardins de Val-Brillant v. Blouin* (2003), [2003] 1 S.C.R. 666 [hereinafter “*Blouin*”] concerning the possibility of granting a movable hypothec with delivery on claims that are not represented by a negotiable instrument. Speaking for the majority, Mr. Justice Gonthier indicates that it is possible to give a pledge on incorporeal movable property that is represented by a title which is not negotiable or which is not represented by a title at all. It is submitted that this type of security may be granted by an individual, a corporation or even a partnership. In these circumstances, the only way to be able to determine if any security has been given is to request a representation and warranty from the account debtor. The existence of this type of security would have an impact upon priority.

For the reasons stated by Boudreault and Brunelle as well as for the other reasons enumerated above, it is submitted that a priority opinion stating that a hypothec is a first-ranking security or even that a hypothec is a first-ranking hypothec would be subject to such a long list of qualifications as to render such opinion of no real practical value to the opinion recipient.

The PPS Opinion Report suggests that, instead of a comprehensive priority opinion or even a PPSA priority opinion, a search review or search result opinion may be rendered.¹⁰⁹ In substance and adapting for Quebec, after indicating searches undertaken at the Register and possibly under the *Bank Act* (Canada) and indicating the names under which searches were undertaken, the search result opinion seeks to confirm that such searches disclose no registered right of any third party other than the relevant opinion recipient in respect of any movable property that is purported to be charged under or subject to the relevant security documents other than as specifically set out in the opinion. The PPS Opinion Report also suggests language concerning the relative priority between the opinion recipient’s security and the

108. See Payette, *Ibid.*, at 200-201.

109. PPS Opinion Report, *supra*, note 6 at 80 et seq. In the US, this appears to be called a Filing Priority Opinion, see UCC Security Interest Opinion, *supra*, note 83 at 1479 et seq.

registered security outlined in the searches, the impact of subordination agreements and acknowledgements and if certain security constitutes permitted encumbrances under the relevant documentation.¹¹⁰ A Quebec practitioner may be requested to opine in respect of some of these matters also. In analyzing paragraph 2.1 of the model opinion suggested by Boudreault and Brunelle, such opinion resembles much more a search result opinion than a priority opinion.

It is submitted that the search result opinion is of much more use to an opinion recipient than a highly qualified comprehensive priority opinion. It should be remembered that for Quebec purposes it is necessary to set out a description in the registration form of the particular collateral that is the object of the identified right (art. 2980, 2981 and 2986 CCQ).¹¹¹ Under the Ontario PPSA, only certain general descriptions of collateral need to be indicated. Hence, conceptionally, even though, if there are numerous registrations, this may be a rather arduous task, it is possible under Quebec law to give a search review or search result opinion very similar to the search result opinion suggested in Ontario. In light of the important differences concerning registrations pursuant to the PPSA and under Quebec law, a Quebec search result opinion will probably be of more use to the opinion recipient. This arises since the PPSA regime concerning registration is a notification regime with an associated obligation on the secured party to provide particulars to third parties in certain circumstances while the Civil Code is a rights based registration regime where identification on the Register of the property subject to the right is required. It will be interesting to monitor practice in Ontario in order to determine if the search review or search result opinion or any variation thereof is routinely requested of Ontario opinion givers. It is the author's experience that a search result opinion is

110. *Ibid.*

111. The *Commentaires du ministre de la Justice* (Quebec : Ministère de la Justice, Les Publications du Québec, 1993) at 1882 suggests : “[a]insi, il suffit de consulter le registre approprié, de s’en tenir au contenu des inscriptions qu’on trouve, de ne consulter la réquisition d’inscription que si le registre y renvoie pour préciser l’assiette ou l’étendue du droit. L’inscription sur le registre approprié fait présumer le droit et le rend opposable aux tiers ; il suffit de s’en tenir à ce qu’on y trouve pour être protégé.” It will be interesting to see how Quebec practitioners react to the analysis suggested by the Quebec Court of Appeal in *Exode Automobile Inc. (Syndic d’)* (2005), [2005] R.J.Q. 159 (C.A.) concerning the necessity to consider the finality of the registration regime in determining if a registration is valid.

requested in particular transactions in the Province of Quebec although this is not the general rule.

The Ontario PPS Opinion Report also suggests that it is possible to render an opinion concerning priority in respect of security over certain securities.¹¹² This is known as the good faith purchaser opinion and is sometimes rendered in respect of pledged shares. One of the questions that a Quebec practitioner may ask is the appropriateness of rendering such opinion when the shares are those of a corporation subject to the CBCA. It should be noted that it is the combination of the provisions of the *Business Corporations Act* (Ontario) (the "OBCA") and the Ontario PPSA which allow an Ontario practitioner to render such an opinion. The OBCA purports to extend to securities of all corporations, even those not incorporated under the OBCA, provided that Ontario law would apply to the question under consideration.

It is submitted that there may be a constitutional issue involved with a Quebec practitioner rendering a good faith purchaser opinion in respect of a pledge on shares of a CBCA issuer.¹¹³ Essentially, the issue may be that the creation, opposability and priority of the pledge are in fact matters for provincial jurisdiction and that the Civil Code states that for a pledge it is generally the moment of taking of possession that establishes priority. It is important to note that, under the Legal Opinion Accord, one of the assumptions upon which an opinion giver may rely without investigation and without setting forth in an opinion is the constitutionality or validity of a relevant statute, rule, regulation or agency action unless a reported decision in the opining jurisdiction has specifically addressed but not resolved, or has established, its unconstitutionality or invalidity.¹¹⁴ It therefore may be open for Quebec counsel to render such an opinion although it is submitted that a particular qualification concerning constitutionality may be appropriate. In any event, it is the author's experience that a

112. PPS Opinion Report, *supra* note 6 at 110 *et seq.* For a discussion of a similar opinion under Revised Articles 8 and 9 of the Uniform Commercial Code, see UCC Security Interest Opinion, *supra* note 83 at 1493 *et seq.* It will be interesting to see how Ontario opinions will be modified upon the coming into force of the *Securities Transfer Act, 2006* (Ontario) which is modeled on Revised Articles 8 and 9 of the UCC. Perhaps Ontario practitioners will look to the UCC Security Interest Opinion as a model. There is some indication that legislation, similar in nature, is contemplated in Quebec.

113. See B. Geva, "Legislative Power in Relation to Transfers of Securities : The Case for Provincial Jurisdiction in Canada" (2004), 19 B.F.L.R. 393 at 403 *et seq.*

114. Legal Opinion Accord, *supra* note 4 section 4(l).

priority opinion concerning shares issued by a federal corporation is not generally requested in the Province of Quebec.

4.8 Private International Law (Contractual)

It is very common in cross-border transactions that certain key agreements will be governed by the laws of a jurisdiction other than those of the opinion giver. The private international law or conflict of law opinion concerning contractual matters generally involves rendering an opinion concerning the recognition by a Quebec court of the choice of law by the parties, the enforcement in Quebec of a foreign judgment from such jurisdiction and the valid submission to such jurisdiction.

The general practice seems to be that the opinion giver generally resists giving the opinion that the document is enforceable in accordance with the laws of her jurisdiction when the document is stated to be governed by the laws of another jurisdiction. Estey suggests a new approach in respect of the enforceability opinion on foreign law governed documents.¹¹⁵ For purely contractual matters, if there is some connection to the opinion giver's jurisdiction, foreign counsel may raise the possibility of enforcement in such jurisdiction and the possibility that the laws of the foreign jurisdiction will not be proven. If the laws of such foreign jurisdiction are not proven, it will be the laws of the forum that will be applied. Even though there are differences between Quebec and foreign law, it is submitted that, as a general matter as far as credit agreements and guarantees are concerned, a Quebec practitioner may be able to give such an opinion. As suggested by Estey, this opinion may need to include appropriate qualifications concerning references to statutes of the foreign jurisdiction and particular concepts which may be foreign to Quebec law.

4.9 Private International Law (Security)

Contrary to the position concerning conflict of laws rules in respect of contractual matters, the general civil law principle is that one may not choose contractually the law governing validity, creation and opposability of security in property.¹¹⁶ The PPS Opi-

115. Estey, *supra*, note 14 at 393 et s. See also Metcalfe, *supra*, note 61 at 13, Guidelines, *supra*, note 7 at 881 and TriBar Report, *supra*, note 6 at 635.

116. For the position in the US, see UCC Security Interest Opinion, *supra*, note 83 at 1464 and 1469 et s.

nion Report suggests an addition to the jurisdictional scope provision to set out clearly that the opinion is not intended to deal with conflict of laws issues.¹¹⁷ This does not seem to be the currently accepted practice for Quebec opinions. Either in the text of the opinion itself or through qualifications, most Quebec opinions limit the scope based upon the conflict of law rules, particularly Article 3102 and following of the Civil Code.

There is no strict unity between Quebec and the common law jurisdictions in Canada or the UCC jurisdictions in the United States concerning conflict of law rules for validity, creation and opposability of security. This sometimes means that the private international law analysis leads to the possibility that the law of a number of jurisdictions may apply to these particular issues. For example, if the issue is before a Quebec court, the conflict of law rule for opposability or perfection of a security on receivables may point to a different jurisdiction than the conflict of law rule under the PPSA. It is also not always certain whether *renvoi* is or is not part of the analysis that the laws of another jurisdiction would apply if referring to Quebec law.¹¹⁸

In light of these difficulties, a Quebec practitioner is sometimes requested not only to give the opinion taking into account the Quebec conflict of laws rules but also to render an opinion concerning the validity and opposability of security documents charging certain collateral on the hypothesis that Quebec law would apply to such matter. From an opinion recipient's perspective, this may be useful since the secured party will therefore know that, whether it is the laws of one jurisdiction or another that apply, the security documentation will be valid and opposable. In certain opinions, the opinion recipient may wish to know, in accordance with Quebec law, the laws of which jurisdiction apply to the issues of validity, creation and opposability and then require, as an alternative, if another jurisdiction points to Quebec, an opinion from Quebec counsel that, to the extent that the laws of the Province of Quebec apply to such matters, there is valid security created on the relevant collateral and it is opposable to third parties. A

117. PPS Opinion Report, *supra*, note 6 at 170 et s. For a similar position in the US, see UCC Security Interest Opinion, *supra*, note 83 at 1457-1460.

118. Under Quebec law, *renvoi* does not apply. See Art. 3080 CCQ.

Quebec practitioner may be reticent to opine in this manner. Provided that the formulation of the opinion is appropriate, it would not seem to be objectionable as a matter of principle to opine, employing the alternative method, concerning validity and opposability of the security.

In light of the extensive cross-border financing transactions, it is anticipated that a conflict of laws opinion concerning security will continue to be important. Quebec practitioners render important service to opinion recipients and to such practitioner's client with a conflict of laws analysis. In this manner, current Quebec opinion practice differs from Ontario opinion practice. It will be interesting to monitor the evolution of this practice.

4.10 In-House Counsel Opinion

There are currently no specific guidelines in Canada for in-house counsel third-party opinions. In conjunction with the presentation of the Guidelines and the Legal Opinion Principles to a continuing legal education conference of the ABA in May 2002, certain draft guidelines concerning closing opinions of inside counsel were presented by the Committee on Legal Opinions. A revised version of these guidelines was later published.¹¹⁹ It is often the case that, in light of inside counsel's greater familiarity with the client and its legal affairs, such counsel is in a better position to render some of the opinions required in a third-party opinion. This may reduce cost and avoid delay. Opinion recipients are more and more inclined to accept the opinion of inside counsel as to certain matters particularly the general corporate opinion, the non-conflict opinion as it relates to the charter or by-laws of the corporation and, to a certain degree, certain specific contracts, as well as the non-registration or no regulatory approval opinion.

The Inside Counsel Guidelines suggest that in-house counsel signing an opinion has personal responsibility to the opinion recipient. Other members of the law department do not owe a duty of care to the opinion recipient, although, in-house counsel may be able to rely upon another member of the legal department, this must, however, be specifically expressed in the opinion.¹²⁰

119. See Committee on Legal Opinions, "Closing Opinions of Inside Counsel" (2003), 58 Bus. Law. 1127 (the "Inside Counsel Guidelines"). For a European perspective on in-house counsel opinions, see M. Gruson, "Liability of Inside Counsel for Legal Opinions" (2004), [2004] J.I.B.L.R. 143.

120. Inside Counsel Guidelines, *ibid.*, at 1129.

The Inside Counsel Guidelines also suggest that the duty to investigate facts supporting an opinion is the same for in-house as well as outside counsel. Hence, in-house counsel may be able to rely on certificates from officers although, because of certain factual information to which the in-house counsel is privy, such counsel will need to determine if it is appropriate to rely without further investigation upon such certificates. The Inside Counsel Guidelines further suggest that use of company letterhead or an indication of the signer's position with the company does not change the signer's personal responsibility for an opinion even if there is specialized letterhead for use by law departments. Neither the company nor the law department act as a lawyer or a law firm and thus, in accordance with such guidelines, lack the professional standing required to deliver opinions.

It is generally believed that the principles applicable in the Guidelines and the Legal Opinion Principles apply to inside counsel third-party opinions. In particular, it is probably not appropriate for inside counsel to evaluate the possible outcome of litigation¹²¹ or to deliver opinions that the company is qualified to carry on business in each jurisdiction in which qualification is required, is not in default of any contract or is in compliance with all laws.

V- QUALIFICATIONS

5.1 Relevance

Estey has noted that there appears to be a current trend in commercial transaction opinions to include an increasingly extensive list of qualifications. The author's experience in respect of

121. This does not rule out the possibility that counsel will render an evaluation to auditors in respect of litigation to be reported in financial statements. See Joint Policy Statement concerning communications with law firms regarding claims and possible claims in connection with the preparation and audit of Financial Statements January 1978. Paragraph 17 states "When a law firm confirms the reasonableness of evaluations made by the client, it is not expressing a conclusion as to the ultimate outcome, but is providing the benefit of its professional insight based on considerations which in its experience are generally relevant to the litigation and settlement of claims and which may be helpful to the client in arriving at a decision on the appropriate financial statement treatment and to the auditor in his consideration of that decision."

Quebec opinions is similar. Estey points out that there are certain undesirable side effects to this practice :

- (1) it makes the opinion unduly long, cumbersome to read and potentially confusing to the addressee ;
- (2) it may result in lengthy deliberations between counsel (at a significant cost to their respective clients) concerning the form of, and the substantive basis for, each such qualification and its relevance in a particular circumstance ; and
- (3) it may imply that any qualifications that are not specifically referred to in the opinion were not intended to be included.¹²²

Estey advocates limiting qualifications to those only relating to matters that are specific to the particular transactions and are sufficiently significant to the addressees that they should be brought to their attention. The Guidelines indicate that the opinion should not include assumptions, exceptions and limitations that do not relate to the transactions and the opinions given. This is the general test of relevance.¹²³ It is submitted that this general principle should apply to Quebec opinions also.¹²⁴

5.2 Current Quebec Practice

Since the adoption of the Civil Code in 1994, there seems to be a general trend for Quebec opinions to have an increasingly extensive list of qualifications and, in many circumstances, such qualifications simply set out the rules in the Civil Code without any further explanation. Perhaps practitioners feel that it is necessary because of the forward looking nature of the opinion. Given the relative absence of case law in respect of the new provisions on security and private international law, some practitioners include many provisions of the Civil Code. Some have even defended the long list of qualifications as a means of assisting an opinion recipient in understanding the Quebec regime.

122. *Supra*, note 14 at 193.

123. Guidelines, *supra*, note 7 at 876. See also TriBar Opinion Committee, "Special Report of the TriBar Opinion Committee : The Remedies Opinion-Deciding When to Include Exceptions and Assumptions" (2004), 59 Bus. Law. 1483 at 1486 (the "Exceptions Report").

124. Deschamps, *supra*, note 75 at 7.

5.3 Plea for Sanity

The author believes that the lengthy list of assumptions and qualifications actually does a disservice to the opinion recipient and perhaps even the opinion giver. As noted by Payette in 1988 :

À ce sujet, le banquier ne peut s'attendre et ne s'attend pas à ce que l'avis juridique lui souligne l'existence de toutes les dispositions législatives ou de toutes les interprétations jurisprudentielles qui pourraient avoir pour effet de limiter la portée de certains droits que les conventions signées à l'occasion du financement lui donnent ou qui pourraient assujettir leur exercice à certaines modalités. Un avis juridique n'est pas un cours de droit... [L]e but de l'avis n'est pas d'instruire le prêteur sur tout ce qui dans les lois et dans la jurisprudence impose des obligations ou des règles de comportement à un créancier.¹²⁵

Estey suggests that the lengthy qualifications may in fact raise the presumption that what is not listed was not intended to be included and hence the addition of qualifications will actually broaden the opinion giver's potential liability.¹²⁶

It should also be remembered that many opinion recipients are not versed in Quebec law and hence a long litany of qualifications which simply parrot the provisions of the Civil Code will be of limited use to the opinion recipient. The purpose of the legal opinion is not to be didactic and even if it were, the repetition of codal provisions does not accomplish this for those not versed in Quebec law.

As an additional comment, Quebec practitioners should be guided by the principles of relevance and applicability of qualifications and assumptions to the particular facts and documentation on hand.¹²⁷ Certain facts may be more appropriately covered in the certificate of corporate officers if this is useful in limiting long lists of qualifications or assumptions.

We should remember that a legal opinion is not a guarantee and is the expression of the practitioner's professional judgment. A general qualification concerning the relative newness of the provisions of the Civil Code and dearth of jurisprudence is therefore probably not necessary.

125. Payette, *supra*, note 40 at 3-4.

126. Estey, *supra*, note 14 at 193 and Metcalfe, *supra*, note 61 at 10.

127. See Metcalfe, *ibid.*, at 13-14.

It is hoped that Quebec practitioners will be influenced by current North American trends in respect of third-party opinions as set out in the Guidelines, the Legal Opinion Principles, the Restatement, the PPS Opinion Report and Estey. Perhaps a project undertaken by the Quebec Bar similar to the PPS Opinion Report would provide practitioners in the field of financing transactions with a basis and understanding of the meaning of opinion language and the recognition of guidelines for negotiation of third-party opinions in their practice area. Such a project could assist in establishing guidelines as to which assumptions, qualifications and limitations are understood as applicable to all legal opinions even if not stated and which other exceptions are applicable only if stated.¹²⁸

VI- CONCLUSION

There is an ever expanding practice in financing transactions to require an opinion from debtor's counsel addressed to the financing party or parties and their counsel. Over the past number of years, there has been an effort by the ABA and other bar associations to establish general principles concerning these third-party opinions. One of the key principles is the golden rule whereby an opinion giver should not be asked to render an opinion that counsel for the opinion recipient would not render if it were the opinion giver. This rule is gaining greater acceptance.

Legal opinions involve an exercise of professional judgment of a practitioner and they are not a guarantee or insurance that a court will reach any particular result. In rendering opinions, a Quebec practitioner must exercise the standard of a reasonably prudent and competent lawyer in comparable circumstances.

Assumptions as well as officer's certificates and the opinions of other counsel are important in laying a basis for the facts upon which opinions rely. The actual scope of the opinion depends upon

128. This appears to be the role of customary practice in the US. See TriBar Report, *supra*, note 6 at 597 and UCC Security Interest Opinion, *supra* note 83 at 1455-1456. See also Boston Bar Association, "Streamlined Form of Opinion" (2006), 50 B.B.J. 14. The Exceptions Report, *supra*, note 123 and the California Remedies Report Summary, *supra*, note 79 suggest interesting approaches to the determination of the necessity of including qualifications and assumptions. These reports constitute important initiatives to a principled approach to inclusion or exclusion of exceptions.

negotiation between the opinion giver and the opinion recipient's counsel. These opinions could include general corporate opinions, no conflict opinions, no regulatory approval opinions, contractual enforceability opinions, creation of security opinion, opposability opinion and private international law opinions. It is submitted that a comprehensive priority opinion stating that a movable hypothec constitutes a first ranking security or a first ranking hypothec is inappropriate. As an alternative, a search result opinion may be rendered by Quebec counsel. Opinions by in-house counsel are governed by the same principles as outside counsel. These opinions are finding greater acceptance in the financing community.

In light of the increasing importance of cross-border financing transactions, opinions both on the contractual and security aspects of private international law will continue to be important.

Quebec practitioners should be guided by the principle of relevance. It is the author's plea that Quebec practitioners make a concerted effort in order to limit assumptions and qualifications in a manner consistent with the principles espoused in other jurisdictions.

Guidance from the Quebec Bar in establishing criteria for standard assumptions, qualifications and limitations similar to the PPS Opinion Report would serve to render third-party legal opinions in Quebec more uniform as to content and meaning.

Le *Code civil du Québec*, les personnes morales, l'article 317 C.c.Q. et la levée de l'immunité des administrateurs, des dirigeants et des actionnaires

Jean Turgeon

Résumé

Ce texte cherche à démontrer que l'application du *Code civil du Québec* par les tribunaux permet de constater que le droit civil a finalement rapatrié dans son giron le droit des sociétés par actions. Nous examinerons tout d'abord les nécessaires rattachements entre le droit civil et celui des sociétés par actions. Puis nous verrons que l'absence d'une disposition spécifique de répression des abus sociaux dans la *Loi sur les compagnies*¹, comme celle de l'article 241 de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*², ne signifie pas que les règles générales du droit civil québécois ne peuvent suppléer efficacement à l'absence d'une telle disposition. Nous verrons que l'article 317 C.c.Q., contrairement à une opinion bien établie, ne constitue pas une importation codifiée du « voile corporatif » de la common law, mais bien une solution originale du *Code civil du Québec* au problème de l'utilisation frauduleuse ou abusive de personnes morales. En effet, même si, en apparence, il y a « levée du voile corporatif », on constatera que ce principe de common law a été transformé par le droit civil pour rejeter la défense d'exonération de responsabilité d'utilisateurs de personnes morales à des fins frauduleuses ou abusives.

1. L.R.Q., c. C-38.

2. L.R.C. 1985, c. C-44.

Le *Code civil du Québec*, les personnes morales, l'article 317 C.c.Q. et la levée de l'immunité des administrateurs, des dirigeants et des actionnaires

Jean Turgeon*

INTRODUCTION	119
1. Le <i>Code civil du Québec</i> et le droit des personnes morales.	120
2. De certaines considérations préliminaires sur l'existence des recours.	124
2.1 Les pouvoirs des tribunaux sur les personnes morales	124
2.2 Le mécanisme de répression de l'oppression et le droit civil	127
3. La finalité de l'article 317 C.c.Q.	133
3.1 Le contexte d'application	133
3.1.1 Le principe de la personnalité juridique distincte et son abstraction	133
3.1.2 L'imprécision de la notion de « levée du voile corporatif »	138
3.1.3 L'approche du <i>Code civil du Québec</i>	139
3.2 Les principes d'interprétation	143

* LL.L., LL.M., LL.D., Avocat, Professeur agrégé, Faculté de droit, Université Laval.

3.2.1	Les règles générales	144
3.2.2	L'influence de facteurs externes au texte de loi	146
3.2.2.1	Les commentaires du ministre de la justice lors de l'adoption	146
3.2.2.2	L'abus de droit et l'erreur de codification	149
3.2.2.3	L'abus de droit et le droit nouveau	152
3.2.2.4	Les versions antérieures non adoptées	152
3.3	L'application des règles d'interprétation	154
3.3.1	L'interaction de l'article 317 C.c.Q. avec les autres dispositions du <i>Code civil</i> <i>du Québec</i>	156
3.3.2	L'équité et l'article 317 C.c.Q.	162
3.3.3	Le caractère passe-partout de l'article 317 C.c.Q.	163
3.3.4	Le sens du mot « masquer » à l'article 317 C.c.Q.	165
3.3.5	L'article 317 C.c.Q., les administrateurs, les dirigeants et les actionnaires	170
CONCLUSION		177

INTRODUCTION

Pendant longtemps, le droit civil et le droit des sociétés par actions n'ont pas fait bon ménage : en fait, ils se sont ignorés comme un couple aux humeurs incompatibles. Cela peut s'expliquer, mais non se justifier, par les origines de ces deux droits, l'un étant de source française (le droit civil), l'autre étant de source anglaise (droit des sociétés par actions). Il en est résulté un développement distinct, tels deux univers parallèles, si bien que le droit des sociétés par actions a tout d'abord évolué dans un environnement peuplé de principes anglo-saxons ne tenant pas véritablement compte de la culture civiliste dans lequel il vivait. Même si, dès 1866, le *Code civil du Bas Canada* contenait des dispositions relatives aux « corporations » et que celles-ci permettaient l'intégration et le développement du droit des sociétés par actions dans une approche civiliste, il reste que ce n'est que vers les années 1970 seulement que ce mouvement a véritablement débuté.

Pour sa part, le *Code civil du Québec*, beaucoup plus explicite à ce sujet que le *Code civil du Bas Canada*, contient tous les éléments requis pour intégrer totalement les sociétés par actions au système civiliste. Mais la partie est-elle réellement gagnée pour le droit civil ? Malheureusement, il faut répondre « pas encore ». Même si des gains substantiels ont été réalisés et que le droit des sociétés par actions s'interprète généralement en conformité avec les principes civilistes, des bastions traditionnels demeurent encore et ce, dans un secteur crucial, celui de la protection des actionnaires et des personnes contractant avec une société par actions.

Ce texte vise à démontrer que l'application du *Code civil du Québec* par les tribunaux permet de constater que le droit civil a finalement rapatrié dans son giron le droit des sociétés par actions et que la répression judiciaire des fautes commises par l'entremise de personnes morales est de plus en plus efficace malgré quelques égarements. Pour ce faire, nous examinerons tout d'abord les nécessaires rattachements entre le droit civil et celui des sociétés par actions. Puis nous verrons que l'absence d'une disposition spécifique de répression des abus sociaux dans la *Loi sur les compa-*

gnies³, comme celle de l'article 241 de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*⁴, ne signifie pas que les règles générales du droit civil québécois ne peuvent suppléer efficacement à l'absence d'une disposition semblable. Antérieurement, nous aurons vu que l'article 317 C.c.Q., contrairement à une opinion bien établie, ne constitue pas une simple importation codifiée du « voile corporatif » de la common law, mais bien une solution originale du *Code civil du Québec* au problème de l'utilisation frauduleuse ou abusive de personnes morales. En effet, même si, en apparence, il y a « levée du voile corporatif », on constatera en réalité que ce principe de common law a été transformé par le droit civil pour rejeter la défense d'exonération de responsabilité d'utilisateurs de personnes morales à des fins frauduleuses ou abusives : ce principe est devenu une simple image car il n'y a plus à proprement parler de « levée du voile corporatif », mais rejet d'un moyen de défense pour tenter de se soustraire à une responsabilité personnelle.

1. Le Code civil du Québec et le droit des personnes morales

Le *Code civil du Québec* est le régime de droit commun applicable aux personnes et aux biens. À cet égard, il ne fait pas une distinction entre les personnes morales et les personnes physiques pour l'application du droit commun. Les personnes morales ont la pleine jouissance des droits civils et toute la capacité requise pour exercer leurs droits (articles 301 et 303 C.c.Q.). Seule la nature des personnes morales peut justifier certaines règles particulières pour l'exercice des droits civils, mais le code s'applique alors en faisant les adaptations nécessaires (article 303 C.c.Q.). La disposition préliminaire édictée lors de l'adoption du Code⁵ indique que ce code régit les personnes et les rapports entre les personnes et que l'ensemble de ses règles constitue le droit commun et le fondement des autres lois qui peuvent ajouter au Code ou y déroger. Il n'y a donc pas de distinctions fondamentales pour les règles de base du droit commun entre les personnes physiques et morales. Cette disposition préliminaire, jointe à celle de l'article 300 C.c.Q.⁶, précisant que le Code complète les lois particulières régis-

3. L.R.Q., c. C-38.

4. L.R.C. 1985, c. C-44.

5. L.Q. 1991, c. 64.

6. R. CRÉTE, « Les concepts flexibles et le contrôle des abus en droit québécois des sociétés par actions » dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec 2005, *Développements récents sur les abus de droit*, vol. 231, Cowansville,

sant les personnes morales notamment quant au statut de personne morale et les rapports avec les autres personnes, ne laisse aucun doute sur l'application des règles fondamentales du *Code civil du Québec* quand celles-ci ne sont pas formellement contredites par des lois particulières. Dans cette perspective, l'article 317 C.c.Q., lorsqu'il établit que la personnalité juridique d'une personne morale ne peut être invoquée dans un cas de fraude ou d'abus de droit, est une manifestation concrète de l'intention du législateur de ne pas reconnaître l'existence d'un régime de fonctionnement distinct ou parallèle des personnes morales par rapport aux personnes physiques.

Ainsi, dans le domaine du mandat, quand un individu est le mandataire d'un autre et qu'il agit selon les limites de son mandat, ses actes sont réputés posés au nom du mandant et le mandataire n'assume aucune responsabilité à cet égard (articles 2157 et 2160 C.c.Q.). Si le mandant commet une faute, son mandataire ne sera pas responsable à moins qu'il ne soit lui-même participant à cette faute. Par exemple, le mandataire qui a négocié un contrat au nom de son mandant ne sera pas responsable de la mauvaise exécution du contrat par son mandant. Il ne doit pas y avoir de distinction entre une personne morale et une personne physique dans l'application des règles du mandat. Si une particularité, et non une distinction, existe dans le cas des personnes morales, c'est en raison des liens étroits pouvant exister parfois entre le mandant et le mandataire quand ce dernier est administrateur, dirigeant, ou encore principal ou unique actionnaire de la personne morale mandante. Mais cette particularité découlant des liens étroits des parties ne doit pas modifier les règles du jeu, pas plus que les liens étroits entre deux individus ne peuvent le faire. Le mandant ne doit pas être plus ou moins responsable envers les tiers du fait que le mandataire se trouve étroitement lié à lui, et il en va de même pour le mandataire. La personnalité juridique distincte de la personne morale doit être respectée tout comme la personnalité juridique distincte de deux individus, pas plus, pas moins.

Fondamentalement, le *Code civil du Québec* s'applique aux rapports contractuels des compagnies et sociétés par actions avec les administrateurs, les dirigeants, les actionnaires et les tiers.

Éditions Yvon Blais, 2005, p. 131, 146 ; *Équipement Ovila Poulin inc. c. Carrier*, REJB 2002-35966 (C.S.).

L'article 300 C.c.Q. est très clair à ce sujet. Après avoir indiqué que les personnes morales de droit privé sont régies par les lois applicables à leur espèce, cet article 300 C.c.Q. édicte que celles-ci « sont aussi régies par le présent code lorsqu'il y a lieu de compléter les dispositions de ces lois, notamment quant à leur statut de personne morale, leurs biens ou leurs rapports avec les autres personnes ». Ceci n'est nullement du droit nouveau puisque cet article 300 C.c.Q. reprend l'article 356 du *Code civil du Bas Canada* qui indiquait déjà que les « corporations civiles sont [...] régies par les lois affectant les individus ». Le droit commun applicable aux personnes morales est donc le droit civil, ce qui comprend notamment les règles du droit des biens et des obligations⁷ et cela est d'ailleurs conforme au tout Premier Rapport des Commissaires pour la codification des lois du Bas Canada⁸. D'ailleurs, les Commissaires, après avoir indiqué qu'ils devaient se contenter de « traiter uniquement des corporations qui tombent sous le contrôle du droit civil »⁹, ont ajouté ce qui suit :

C'est à ces fins que l'on proclame d'abord en principe que chaque corporation est avant tout tenue de se conformer aux conditions qui lui ont été imposées par son titre de création, et aussi aux lois générales faites pour réglementer les corporations de toutes espèces, et cet autre principe, que, comme personnes morales, les corporations sont, dans leurs rapports avec les autres membres de la société, revêtues des mêmes pouvoirs et tenues aux mêmes obligations que les personnes naturelles, en autant qu'elles n'en sont pas empêchées ou exemptées, soit par la nature même de leur constitution, soit par une loi particulière ou générale.¹⁰

Pour sa part, l'article 313 C.c.Q. précise que « Les règlements de la personne morale établissent des rapports de nature contractuelle entre elle et ses membres. », ce qui ne laisse nullement place à l'inapplication du *Code civil du Québec* quant au droit des obligations en général et à la responsabilité civile en particulier. Si, en pratique, comme l'indiquaient des auteurs en 1974, les tribunaux n'ont pas toujours appliqué le droit civil à titre supplétif¹¹, il pouvait être donné comme excuse que l'article 356

7. Voir Commentaires du ministre de la Justice, *Le Code civil du Québec*, T.I., Les publications du Québec, 1993, p.204-205 au sujet de l'article 300 C.c.Q.

8. *Code Civil du Bas Canada*, Premier, Second et Troisième rapports. Québec, Desbarats, 1865, p. 228.

9. *Ibid.*, p. 230.

10. *Ibid.*

11. J. SMITH et Y. RENAUD, *Droit québécois des corporations commerciales*, Judico, Montréal, 1974, vol. 1, p. 116.

C.C.B.C. était moins expressif à cet égard que l'article 300 C.c.Q. et ce, même si, comme on vient de le voir, les commentaires des commissaires de 1865 ne prêtaient pourtant nullement à équivoque sur leurs intentions.

C'est dans ce contexte qu'il convient d'examiner le principe de la responsabilité limitée des membres d'une personne morale. L'article 363 du *Code civil du Bas Canada* indiquait à cet égard :

Le principal privilège de cette espèce est celui qui consiste à limiter la responsabilité des membres de la corporation à l'intérêt que chacun d'eux y possède, et à les exempter de tout recours personnel pour l'acquiescement des obligations qu'elle a contractées dans les limites de ses pouvoirs et avec les formalités requises.

Cet article a été repris de façon plus succincte par l'article 309 C.c.Q. qui énonce que « Les personnes morales sont distinctes de leurs membres. Leurs actes n'engagent qu'elles-mêmes, sauf les exceptions prévues par la loi ».

Les lois relatives aux personnes morales contiennent également des dispositions quant à la responsabilité des actionnaires. L'article 25(2) L.C.S.A. énonce que « L'émission d'une action est libératoire quant à l'apport exigible de son détenteur », tandis que l'article 41 L.C.Q. prévoit que :

Les actionnaires ne sont pas responsables, en leur seule qualité d'actionnaires, des actes, omissions ou obligations, ni des engagements, réclamations, paiements, pertes, dommages-intérêts, transactions ou autres actes quelconques de la compagnie, se rattachant à son entreprise, au-delà du montant non payé sur leurs actions respectives dans le capital-actions.

L'article 45 (1) L.C.S.A. reprend le même principe que l'article 41 L.C.Q.¹².

De l'ensemble de ces dispositions, on doit tirer les constats suivants. Le principe général qui se dégage est que la responsabilité personnelle d'un actionnaire se limite à la mise de fonds investie. Toutefois, tous les textes de loi donnent ouverture à d'importantes exceptions. Ainsi, l'article 356 C.C.B.C. limitait la responsabilité aux situations où la « corporation » avait agi dans les limites de ses pouvoirs et selon les formalités requises. L'ar-

12. Article 45 (1) L.C.S.A. : « Les actionnaires de la société ne sont pas, à ce titre, responsables de ses obligations, actes ou fautes, sauf dans les cas prévus aux paragraphes 38(4), 146(5), 118(4) ou (5) ou 226(4) ou (5). »

ticle 309 C.c.Q., même s'il est moins explicite que l'était autrefois l'article 356 C.C.B.C., ouvre expressément la porte aux exceptions prévues par la loi. L'article 41 L.C.Q. traite de la responsabilité limitée « en la seule qualité d'actionnaire » tout comme les articles 25(2) L.C.S.A. et 45(1) L.C.S.A. puisqu'il la relie au paiement de l'apport exigible. Il est donc manifeste que ces dispositions limitent la portée du principe de la responsabilité limitée à des situations bien précises. C'est donc une erreur majeure en droit de prétendre que la création et l'utilisation d'une personne morale rend inexistante, sauf exceptions limitées, toute forme de responsabilité des administrateurs et des actionnaires. Tout ce que les textes législatifs reconnaissent, c'est qu'un actionnaire qui se limite simplement à investir dans une compagnie ou une société par actions ne peut être tenu de leurs dettes au-delà de sa mise de fonds¹³.

2. La procédure civile et l'existence des recours

Puisque le droit québécois ne contient pas de dispositions aussi claires que l'article 241 L.C.S.A. octroyant des recours aux victimes de fautes commises par l'intermédiaire de personnes morales, et avant d'examiner quels sont les recours généraux que le *Code civil du Québec* prévoit dans de telles situations, il convient de se pencher sur deux points préalables. Tout d'abord, on doit examiner sur quelles bases procédurales le droit québécois s'appuie pour donner une compétence d'intervention aux tribunaux dans ces situations, puis déterminer comment le droit québécois peut reconnaître l'existence d'un recours semblable au recours en oppression de l'article 241 L.C.S.A.

2.1 Les pouvoirs des tribunaux sur les personnes morales

Il existe plusieurs commentaires récents¹⁴ ou plus anciens¹⁵ sur l'impact de l'article 33 du *Code de procédure civile* relative-

13. C'est d'ailleurs la même situation pour un associé commanditaire d'une société en commandite en vertu de l'article 2246 C.c.Q.

14. Voir R. CRÊTE, *loc. cit.*, *supra*, note 6, p. 157-160 et 164 ; C. PERRAULT, K. BOURGEOIS et J. BOUTHILLIER, « L'accès à l'information des administrateurs et des actionnaires du Québec », dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec 2005, *Développements récents sur les abus de droit*, vol. 231, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, 199, p. 237-242 ; Laurent c. Buanderie Villeray ltée, REJB 2001-28096, J.E. 2002-3 (C.S.) ; Équipement Ovilva Poulin inc. c. Carrier, REJB 2002-35966 (C.S.).

15. Voir particulièrement l'ouvrage du professeur R. DEMERS, *Corporate Litigation in Québec*, Montréal, C.E.J., 1979.

ment au pouvoir de surveillance et de réforme de la Cour supérieure sur les personnes morales et la réussite des recours des actionnaires d'une personne morale. La Cour d'appel du Québec a déjà statué qu'une demande d'intervention est possible en vertu de l'article 33 C.p.c. dans le cas d'une injustice ou d'un abus de droit malgré l'absence d'une disposition équivalente à l'article 241 L.C.S.A. en droit québécois¹⁶. Il nous semble toutefois que l'impact de cet article 33 C.p.c. devrait être moindre depuis l'entrée en vigueur du *Code civil du Québec*. En effet, l'article 300 C.c.Q. indique clairement que les dispositions du droit commun s'appliquent aux personnes morales et cette disposition de droit substantif attribue en elle-même l'autorité requise aux tribunaux pour sanctionner les écarts commis aux règles générales du droit civil. Les tribunaux de droit commun ont la même autorité et les mêmes pouvoirs sur les personnes morales que sur les personnes physiques pour faire appliquer le *Code civil du Québec*. Il n'est plus besoin de se demander si les pouvoirs conférés aux tribunaux anglais de common law ou d'*equity* permettent aux tribunaux de sanctionner les fraudes et abus de droits commis envers des actionnaires¹⁷ car ils possèdent la juridiction pour sanctionner la fraude et les abus de droit, peu importe que cela soit commis par des personnes morales ou physiques. L'article 317 C.c.Q. est une précision de l'article 300 C.c.Q. quand il traite de la fraude et de l'abus de droit dans le contexte des personnes morales. L'importance de la discussion sur l'équité en common law est aussi atténuée en ce sens que le droit civil reconnaît lui aussi ce concept notamment à l'article 1434 C.c.Q., tout comme le faisait antérieurement d'ailleurs l'article 1024 C.c. B.C.

Il existe un certain questionnement sur la portée des ordonnances que peuvent rendre les tribunaux suite au constat d'une fraude ou d'un abus de droit à l'égard d'actionnaires de compagnies régies par la *Loi sur les compagnies* québécoise puisqu'on ne retrouve pas une liste énumérative d'ordonnances comme à l'article 241 (3) L.C.S.A. Ce questionnement se comprend du fait

16. 9022-8818 *Québec inc. (re)*, C.A. du Québec, jugement rendu le 10 mars 2005. Dans le même esprit, voir aussi *Développements urbains Candiac inc. c. Combest Corp.*, [1993] R.J.Q. 1321 (C.A.) ; *Martineau, Provencher & Associés ltée c. Grace*, REJB 2001-26513, [2001] R.J.Q. 2414 (C.A.) ; *Laurent c. Buanderie Villaray ltée*, REJB 2001-28096, J.E. 2002-3 (C.S.) ; *Club de Golf Belmoral c. Développements Golfmont inc.*, J.E. 2004-1940 (C.S.) conf. le 18-01-2005 (C.A.) ; *Désautels c. Désautels*, [2005] J.Q. 10009 (C.S.).

17. Voir R. CRÊTE, *loc. cit.*, *supra*, note 6, p. 158.

que l'article 241(3) L.C.S.A. prévoit des ordonnances de nature assez large comme la modification des statuts ou des règlements de la société ou encore d'une convention des actionnaires, unanime ou non. Mais nous croyons que le tribunal à la recherche d'une solution pour un litige en vertu de la *Loi sur les compagnies* possède tous les pouvoirs requis pour le faire¹⁸. Prises *in abstracto*, des ordonnances telle la modification des règlements d'une compagnie ou d'une convention d'actionnaires semblent hors de la portée du tribunal. Mais tout dépend du contexte. Il faut garder à l'esprit que l'article 33 C.p.c. est une disposition large puisqu'elle donne un pouvoir de surveillance et de réforme à la Cour supérieure et que ce pouvoir doit inclure la possibilité pour la Cour de prendre les moyens requis pour l'exercer adéquatement. Par conséquent, si le tribunal estime que, pour mettre fin au comportement contesté, il faut modifier les statuts, les règlements de la compagnie ou une convention d'actionnaires, il devrait pouvoir le faire car alors il agirait à titre de réformateur. Il est d'ailleurs possible que la partie demanderesse l'ait demandé dans ses conclusions et dans ce cas le tribunal ne statuerait pas *ultra petita*. De plus, dans une petite société fermée, il arrive fréquemment que tous les actionnaires soient parties au litige et comme une convention d'actionnaires ou la modification des règlements nécessite leur participation en tant qu'actionnaire, la Cour supérieure peut donc fort bien leur ordonner de procéder à la modification qu'elle impose.

Outre cet article 33 C.p.c., il faut également tenir compte des dispositions générales que sont les articles 2, 20 et 46 C.p.c., lesquels doivent être considérés avec cet article 33 C.p.c.¹⁹. Rappelons que l'article 2 C.p.c. énonce que la procédure est au service du droit et doit servir à le faire apparaître et en assurer la sanction. L'article 20 C.p.c. prévoit que si une règle procédurale n'est pas prévue par le *Code de procédure civile*, on peut y suppléer avec toute procédure non incompatible tandis que l'article 46 C.p.c., le plus important peut-être, établit que « Les tribunaux et les juges

18. G. PAQUETTE, « Développements récents du droit des actionnaires soumis à la *Loi sur les compagnies* du Québec 2000-2004 », dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, *Congrès annuel du Barreau du Québec* (2004), p. 362-363.

19. Voir C. PERRAULT, K. BOURGEOIS et J. BOUTHILLIER, *loc. cit.*, *supra*, note 14, p. 229 ; R. CRÊTE et S. ROUSSEAU, *Droit des sociétés par actions – Principes fondamentaux*, Montréal, Les Éditions Thémis, 2002, p. 824 ; Laurent c. Buanderie Villeray ltée, REJB 2001-28096, J.E. 2002-3 (C.S.), par. 20.

ont tous les pouvoirs nécessaires à l'exercice de leur compétence ». Rien n'empêche donc en principe la Cour supérieure d'exercer son pouvoir de surveillance et de réforme en vertu de l'article 33 C.p.c.²⁰ en conjonction avec ces articles 2, 20 et 46 C.p.c. pour l'émission d'ordonnances remédiatrices. La libéralisation de l'application de l'article 33 C.p.c. est souhaitée par de nombreux auteurs²¹. Par ailleurs, en ce qui concerne les tribunaux autres que la Cour supérieure, telle la Cour du Québec, puisque l'article 33 C.p.c. ne leur est pas applicable, ces articles 2, 20 et 46 C.p.c. peuvent être utilisés pour leur permettre de sanctionner de manière efficace des abus. Même si ces tribunaux ne disposent pas du pouvoir de surveillance et de réforme de la Cour supérieure, ils possèdent la juridiction requise pour appliquer le *Code civil du Québec*, notamment sanctionner l'abus de droit, et l'article 46 C.p.c. permet certes une grande variété d'ordonnances pour le faire. Autrement ce serait rendre inopérants ou réduire de manière indue leurs pouvoirs.

2.2 *Le mécanisme de répression de l'oppression et le droit civil*

La *Loi sur les compagnies* ne comporte pas une disposition semblable à celle de l'article 241 L.C.S.A. généralement connue sous le nom de recours en oppression ou en redressement d'abus des droits. Mais il ne faut pas en conclure que les actionnaires d'une compagnie québécoise n'ont pas de recours équivalents ou qui puisse y ressembler dans le droit commun québécois. Le *Code civil du Québec*, dans le titre cinquième du livre premier, aux articles 298 à 364 C.c.Q., traite des personnes morales. Cependant, on n'y retrouve pas dans ce titre un régime complet de sanctions, ce qui nous force à appliquer les règles générales que l'on retrouve ailleurs dans le *Code civil* et le *Code de procédure civile*²².

20. C. PERRAULT, K. BOURGEOIS et J. BOUTHILLIER, *loc. cit.*, *supra*, note 14 ; p. 230 ; G. PAQUETTE, *loc. cit.*, *supra*, note 18, p. 347-349 ; M. MARTEL et P. MARTEL, *La compagnie au Québec – les aspects juridiques*, Montréal, Wilson & Lafleur Martel Ltée, 2006, p. 31-4 ; *Laurent c. Buanderie Villeray Ltée*, REJB 2001-28096, J.E. 2002-3 (C.S.) ; *Équipement Ovila Poulin inc. c. Carrier*, REJB 2002-35966 (C.S.) ; *Martineau, Provencher & Associés Ltée c. Grace*, REJB 2001-26513, [2001] R.J.Q. 2414 (C.A.).

21. C. PERRAULT, K. BOURGEOIS et J. BOUTHILLIER, *loc. cit.*, *supra*, note 14, p. 242 ; P. MARTEL, « Le recours pour oppression en vertu de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions* » dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, *Développements récents en droit des affaires (2003)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, p. 33-34.

22. R. CRÊTE, *loc. cit.*, *supra*, note 6, p. 131.

L'approche légistique du *Code civil du Québec* et du droit civiliste en général est différente de celle de la common law, ce qui peut expliquer en partie la formulation détaillée et extensive de l'article 241 L.C.S.A. De plus, à l'époque de l'adoption de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*, il y avait une volonté législative manifeste de renverser le courant judiciaire fort peu enclin à reconnaître les droits des actionnaires minoritaires²³. Cela s'est traduit par l'adoption de dispositions détaillées visant à forcer l'intervention du tribunal dans trois catégories de situations²⁴ bien déterminées avec une description détaillée et non limitative des ordonnances pouvant être rendues²⁵. Et comme si ce n'était pas suffisant et évident, pour forcer davantage les tribunaux à intervenir, l'article 242 L.C.S.A. précise clairement que la seule preuve que les actionnaires ont approuvé ou pourraient approuver le comportement proscrit par l'article 241(2) L.C.S.A. ne peut permettre de suspendre ou de rejeter le recours.

Certains estiment que l'évolution du droit québécois consacre l'existence du recours en oppression²⁶, tandis que d'autres ont certaines réserves²⁷. Selon nous, il ne faut pas se demander si un recours équivalent à celui du recours en oppression ou en redressement d'abus des droits tel que prévu par l'article 241 L.C.S.A. existe pour les actionnaires d'une compagnie régie par la *Loi sur les compagnies*²⁸, mais bien si le droit commun québécois permet de réprimer des actes semblables à ceux visés par l'article 241 L.C.S.A. C'est là, et là seulement, que l'on pourra conclure à une similitude des recours de manière concrète. Il faut aussi constater qu'il n'est pas facile, sinon impossible, pour un législateur de prévoir tous les abus et errements susceptibles de se produire

23. Voir R. W. V. DICKERSON, L. GETZ et J. L. HOWARD, *Propositions pour un nouveau droit des corporations commerciales canadiennes*, Information Canada, Ottawa, 1971, vol. 1, p. 187, n° 485 ; R. DEMERS, *Corporate Litigation in Québec*, Montréal, C.E.J., 1979, p. 154 ; R. CRÊTE et S. ROUSSEAU, *op.cit.*, note 19, p. 737.

24. L'article 241 (2) L.C.S.A. vise l'abus des droits, le préjudice injuste et la déconsidération injuste des intérêts.

25. Voir l'article 241 (3) L.C.S.A. qui prévoit pas moins de 14 formules d'ordonnances pouvant être rendues.

26. G. PAQUETTE, *loc. cit.*, *supra*, note 18, p. 344.

27. Voir R. CRÊTE, *loc. cit.*, *supra*, note 6, p. 135.

28. Nous traitons de la question sous l'angle des actionnaires seulement et non sous l'angle du plaignant au sens de l'article 238 L.C.S.A., cette notion ne se limitant pas aux seuls actionnaires de la société par actions.

dans la gouvernance des entreprises et il peut plutôt procéder par l'établissement de principes généraux fondamentaux²⁹.

En droit civil québécois, puisqu'il faut s'appuyer sur le régime du droit commun, cela a les conséquences suivantes comme l'explique la professeure Raymonde Crête :

[...] les tribunaux sont ainsi appelés à appliquer plusieurs concepts flexibles qui permettent une application souple et circonstanciée du droit. Que l'on pense aux notions de fraude, d'abus de droit, de bonne foi, d'équité, de loyauté, de finalité des pouvoirs et d'intérêt de la personne morale qui sont reconnues dans le *Code civil du Québec*. À ces principes et règles de nature substantielle s'ajoutent des règles procédurales d'une portée également indéfinie qui reconnaissent aux cours supérieures des pouvoirs généraux de surveillance à l'égard des personnes morales, de même qu'elles confèrent aux tribunaux le pouvoir de rendre toute ordonnance appropriée dans les cas où la loi n'a pas prévu de remède spécifique.³⁰

La perception des notions de fraude et d'abus de droit est au cœur de la question. Comme le droit civil prévoit des mesures générales permettant la répression de la fraude et de l'abus de droit, il faut voir comment celles-ci devraient être appliquées en droit des personnes morales. On trouve un point commun entre le recours de l'article 241 L.C.S.A. et le droit civil, celui de la répression de l'abus de droit. Dès lors, on peut convenir que le principe du recours de l'article 241 L.C.S.A. relatif à l'abus de droit se trouve reconnu en droit commun québécois et que l'absence d'une disposition spécifique dans la *Loi sur les compagnies* ne peut être un argument permettant de conclure en l'absence de recours équivalent sur ce point en droit québécois. Il ne faut pas déduire que le recours en oppression n'existe pas en droit québécois parce que le terme « oppression » n'est pas utilisé dans les textes législatifs français. Si la version anglaise de l'article 241 L.C.S.A. vise le comportement « *oppressive* » à l'égard d'un plaignant, la version française emploie l'expression « abuse des droits ». Le concept d'oppression se fonde sur le fait qu'une personne puisse abuser de ses droits en tant qu'actionnaire ou administrateur³¹. Selon le

29. R. CRÊTE, *loc. cit.*, *supra*, note 6, p. 139.

30. *Ibid.*, p. 134.

31. C. PERRAULT et F. BEAUDRY, « Récents développements en matière d'abus de droit : où en sommes-nous ? » dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec 2005, *Développements récents sur les abus de droit*, vol. 231, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, 289, p. 403.

sens courant, l'oppression est une conduite dénotant un abus d'autorité ou la soumission à une autorité excessive et injuste³². L'oppression et la norme des attentes raisonnables font appel aux concepts d'abus de droit et de bonne foi des articles 6 et 7 C.c.Q.³³. L'obligation de ne pas abuser de ses droits envers autrui est clairement reconnue par le *Code civil du Québec*. Dès lors, en droit québécois, la réussite ne dépend pas de l'existence du recours, mais bien de savoir si les faits en cause constituent ou non un abus de droit.

Le législateur fédéral, par le biais de l'article 241 L.C.S.A. impose une obligation implicite « d'agir de manière équitable »³⁴. En droit civil, la théorie de l'abus de droit s'applique au contrôle du droit de vote des actionnaires car il s'agit de l'exercice d'un droit de propriété qui ne peut être absolu au point de permettre à un actionnaire de nuire à la personne morale ou d'en favoriser une autre à son détriment³⁵. Il ne faut donc plus suivre les autorités traditionnelles et on doit reconnaître la volonté du législateur de s'écarter de la liberté contractuelle totale et du caractère absolu du droit de propriété³⁶.

Quand la jurisprudence canadienne interprétant l'article 241 L.C.S.A. juge qu'il y a un abus de droit dans un contexte donné, rien ne devrait empêcher un tribunal québécois de s'en inspirer pour conclure à un abus de droit dans un contexte similaire, pourvu que les principes civilistes relatifs à l'abus de droit soient applicables. On constate de plus en plus que les jugements québécois sont influencés par la jurisprudence canadienne et que leur motivation fait appel à une terminologie et à des concepts similaires à ceux des jugements canadiens traitant de l'article 241 L.C.S.A.³⁷. Le tribunal québécois, lorsqu'un abus de droit est allégué, doit obligatoirement procéder à un examen des faits pour déterminer si la demande est fondée ou non. Ce postulat signifie que le tribunal se doit nécessairement d'écarter les approches restrictives qui prévalaient antérieurement à l'adoption du *Code civil*

32. Voir les mots « oppression » et « opprimer » dans le Dictionnaire *Le nouveau Petit Robert*, 2000, p. 1728.

33. C. PERRAULT et F. BEAUDRY, *loc. cit.*, *supra*, note 31, p. 403.

34. R. CRÊTE, *loc. cit.*, *supra*, note 6, p. 152.

35. C. PERRAULT et F. BEAUDRY, *loc. cit.*, *supra*, note 31, p. 406-407, citant D. LAFORTUNE, « Les conventions d'actionnaires » (2002) 36 R.J.T. 197-272, par. 108-110.

36. *Ibid.*, par. 110.

37. R. CRÊTE, *loc. cit.*, *supra*, note 6, p. 154-155.

du Québec et d'oublier les précédents qui, soit ne se penchent pas spécifiquement sur la question de l'abus de droit, soit qui refusent de le faire sous prétexte que la retenue judiciaire empêche l'intervention dans les affaires internes d'une personne morale. Ce principe de la retenue judiciaire nous semble désormais inapproprié et erroné en droit quand il rend légitime ou refuse de réprimer un comportement autrement manifestement abusif s'il se produisait dans des rapports entre deux individus. En d'autres termes, la retenue judiciaire ne peut se fonder simplement sur la nature physique ou morale des personnes impliquées. Si c'est le cas, il y a discrimination et création d'un régime de droit des sociétés parallèle ou distinct de celui du droit commun, sans aucun fondement juridique pour le justifier. Une auteure souligne qu'il y a « peu à craindre d'une ingérence induite des tribunaux »³⁸. La question n'est plus de se demander si la retenue judiciaire doit ou non s'appliquer, mais comment les tribunaux doivent appliquer le droit. Le législateur fédéral, en matière de sociétés par actions, en a eu assez de cette retenue judiciaire et a adopté l'article 242 L.C.S.A. pour tenter d'y mettre fin. Le législateur québécois, dans le *Code civil du Québec*, adopte des valeurs fondamentales comme la loyauté, l'équité, la bonne foi et l'exercice raisonnable des droits et ces valeurs forcent le tribunal à s'immiscer dans les affaires des personnes physiques et morales pour voir si elles sont respectées³⁹. Le refus judiciaire de procéder à un tel examen dans le cas des personnes morales en invoquant le respect de leur régie interne constitue une double erreur de droit : la première vient du défaut de vérifier si des valeurs fondamentales du *Code civil du Québec* ont été violées et la seconde provient du défaut de la sanctionner lorsqu'il y a eu violation de ces valeurs. La régie interne d'une personne morale ne doit pas permettre à la direction ou aux administrateurs d'établir une zone secrète permettant la dissimulation d'éléments empêchant un actionnaire ou une personne lésée de faire reconnaître ses droits faute de pouvoir en faire la preuve⁴⁰.

Quant aux deux autres volets d'application de l'article 241 L.C.S.A., le préjudice injuste et la déconsidération injuste des

38. R. CRÊTE, *loc. cit.*, *supra*, note 6, p. 168.

39. Voir *Équipement Ovila Poulin inc. c. Carrier*, REJB 2002-35966 (C.S.); *Laurent c. Buanderie Villeray ltée*, REJB 2001-28096, J.E. 2002-3 (C.S.).

40. C. PERRAULT, K. BOURGEOIS et J. BOUTHILLIER, *loc. cit.*, *supra*, note 14, p. 202.

intérêts, on ne les retrouve pas explicitement dans l'énumération des cas visés par l'article 317 C.c.Q., ni comme concepts distincts dans le *Code civil du Québec*. Mais il ne faut pas s'arrêter là et conclure que le recours équivalent à l'article 241 L.C.S.A. n'existe pas pour un actionnaire d'une compagnie régie par la *Loi sur les compagnies*. Il faut se demander si le préjudice injuste et la déconsidération injuste des intérêts ne seraient pas des sous-catégories de l'abus de droit ou encore susceptibles de répression selon d'autres règles reconnues par le droit civil. Pour les fins de ce texte, il ne nous apparaît pas nécessaire d'approfondir cette question, même s'il nous semble, à première vue, qu'un comportement injuste puisse être éventuellement aussi abusif. De plus, les articles 1457 et 1458 C.c.Q. reconnaissent la responsabilité civile pour le préjudice causé à autrui et il n'est pas question dans ces textes d'un préjudice injuste, mais simplement d'un préjudice causé à autrui. Par ailleurs, la déconsidération injuste des intérêts peut aussi être source de préjudice donnant ouverture à réparation. Si cette approche est conforme aux principes du droit civil, alors il faudrait conclure que le recours de l'article 241 L.C.S.A. et ceux du droit commun québécois sont substantiellement identiques.

L'article 317 C.c.Q. ne constitue pas l'équivalent québécois de l'article 241 L.C.S.A. Certes, il y est question de fraude, d'abus de droit et de contravention à l'ordre public et un rapprochement évident avec le principe de l'oppression ou de la méconnaissance injuste des droits que l'on retrouve à l'article 241 L.C.S.A. Mais alors que cet article 241 L.C.S.A. constitue le fondement même du recours, tel n'est pas le cas de l'article 317 C.c.Q. Comme nous le verrons plus loin, cet article 317 C.c.Q. est de nature procédurale en ce qu'il nie le moyen de défense que pourrait invoquer une personne poursuivie si elle a posé un acte frauduleux, abusif ou contraire à l'ordre public par l'intermédiaire d'une personne morale. Il s'inscrit dans l'approche globale du *Code civil du Québec* relativement à l'exercice raisonnable et de bonne foi des droits. Si la répression de l'oppression passe par l'article 317 C.c.Q., les fondements du recours sont ailleurs comme on l'a vu plus haut.

Enfin, on peut faire un certain parallèle entre l'article 317 C.c.Q. et l'article 242 L.C.S.A. car l'article 242(1) L.C.S.A. établit une règle voulant que le tribunal ne doive pas se contenter de constater que les actionnaires ont ou pourraient approuver un comportement injuste pour rejeter un recours. L'article 317 C.c.Q., pour sa part, empêche le tribunal de rejeter un recours

quand la personne morale est employée par un individu pour commettre une fraude, un abus de droit ou une contravention à l'ordre public. Dans les deux situations donc, le tribunal doit refuser un moyen de défense quand cela sert à couvrir notamment un acte abusif.

3. La finalité de l'article 317 C.c.Q.

3.1 Le contexte d'application

L'article 317 C.c.Q. s'inscrit dans l'effort du législateur québécois pour intégrer dans le droit civil tous les éléments de fonctionnement du droit des sociétés par actions. La nature humaine étant ce qu'elle est, il arrive que des individus se servent de leur contrôle ou de leur position dominante dans l'organigramme d'une personne morale pour profiter de la situation et s'enrichir (ou éviter de s'appauvrir) d'une manière injuste ou incorrecte au détriment d'autrui. C'est pourquoi la jurisprudence a instauré au siècle dernier le concept de la levée du « voile corporatif »⁴¹, c'est-à-dire qu'elle a fait abstraction de la personnalité juridique distincte d'une personne morale dans des circonstances bien particulières. Nous verrons tout d'abord le principe de la personnalité juridique distincte et son abstraction, pour ensuite constater que l'expression « levée du voile corporatif » réfère à un concept imprécis que l'article 317 C.c.Q. corrige tout en préservant son objectif fondamental.

3.1.1 Le principe de la personnalité juridique distincte et son abstraction

Le concept de personnalité indépendante a été consacré, il y a fort longtemps, par l'arrêt anglais *Salomon v. Salomon Co.*⁴². Dans cet arrêt, on a statué qu'une compagnie était distincte de ses administrateurs et de ses actionnaires et que ses droits et obligations lui étaient propres. Comme la personne morale a une personnalité juridique distincte de celle de ses membres, elle ne les engage pas quand elle agit pour elle-même et le défaut de respec-

41. Voir, entre autres, L.C.B. GOWER, *Gower's Principles of Modern Company Law*, 4th ed., Londres, Stevens, 1979, p. 126 et s. ; B. L. WELLING, *Corporate Law in Canada*, 2nd ed., Toronto, Butterworths, 1991, p. 122-127 ; M. MARTEL et P. MARTEL, *op.cit.*, *supra*, note 20, p. 1-34 et s. ; A. MORISSET et J. TURGEON, *Droit corporatif canadien et québécois*, éd. à feuilles mobiles, Publications CCH Ltée, Brossard, par. 1-1010.

42. [1897] A.C. 22 (H.L.).

ter un de ses contrats ne devient pas de ce seul fait une faute ou un abus de droit de la part de ses membres⁴³.

En effet, ce principe de la personnalité morale distincte, généralement accepté, n'est toutefois pas absolu. La jurisprudence s'est vue dans l'obligation de devoir faire abstraction de la personnalité morale indépendante de la personne morale dans certains cas pour atteindre directement en droit les actionnaires et les personnes qui la composent. Et le motif invoqué était régulièrement, avant l'avènement du *Code civil du Québec* et particulièrement de l'article 317 C.c.Q., celui de la « levée du voile corporatif ». Les quatre séries de cas les plus fréquents sont ceux de la fraude, de l'abus de droit, de la contravention à l'ordre public et des relations des personnes morales dites liées⁴⁴. Avant l'adoption du *Code civil du Québec*, et de l'article 317 C.c.Q. en particulier, la jurisprudence québécoise a suivi le courant de la common law et ne comportait pas de « lignes directrices claires quant aux circonstances donnant ouverture au soulèvement du voile corporatif »⁴⁵.

Les notions de « voile corporatif » et de « levée du voile corporatif » ont donc eu longtemps droit de cité. Mais ces expressions sont des anglicismes, étant des traductions littérales des termes « *corporate veil* » et « *lifting the corporate veil* ». Comme le mot « corporation » ne fait plus partie de la jurilinguistique française courante pour désigner ces formes d'entreprises, il faut une nouvelle terminologie. L'expression « voile corporatif » peut faire place à celle de « personnalité morale distincte » ou encore « personnalité juridique distincte ». Quant à la notion de « levée du voile corporatif », des termes comme « abstraction de la personnalité morale », « négation de la personnalité morale », « déni de la personnalité morale » ou d'autres du même genre devraient adéquatement la remplacer.

43. *Avi Financial Corporation (1985) inc. c. Pyravision Teleconnection Canada inc.*, REJB 1998-10122 (C.S.).

44. R. CRÊTE et S. ROUSSEAU, *op.cit.*, note 19, p. 117-118 ; S. CÔTÉ et J. GIRARD, « La percée du voile corporatif : qu'en est-il 10 ans plus tard ? » dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, *Développements récents sur les abus de droit*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, 77, p. 81-82. En réalité, ce dernier cas des personnes morales liées n'est pas en soi un cas dans la mesure où son utilisation ne permet pas une fraude, un abus de droit ou une contravention à l'ordre public.

45. R. CRÊTE et S. ROUSSEAU, *op.cit.*, note 19, p. 117-118.

En droit civil, il faut bien distinguer les responsabilités respectives des acteurs en présence. Si un administrateur ou un actionnaire pose un geste engageant à la fois sa propre responsabilité et celle de la personne morale, on ne peut strictement envisager la question sous l'angle de l'abstraction de la personnalité morale. En effet, dans ce cas, puisque la personne morale encourt sa propre responsabilité, on ne peut pas faire abstraction de sa personnalité juridique. Il faudrait réserver l'emploi du concept de l'abstraction de la personnalité morale (ou selon l'anglicisme répandu « levée du voile corporatif ») aux seules situations où il n'est pas tenu compte de la personne morale, en d'autres termes, qu'elle est considérée comme « inexistante » aux fins d'un acte déterminé.

Il est fondamental de remarquer que l'article 317 C.c.Q. ne fait aucunement mention d'une quelconque abstraction de la personnalité morale. Plus simplement, il se limite à interdire que la personnalité juridique distincte d'une entreprise serve à masquer certains actes. Régulièrement, on observe que les tribunaux motivent leur décision par une levée du « voile corporatif » lorsqu'ils appliquent l'article 317 C.c.Q.⁴⁶. Mais ceci nous semble une approche inappropriée compte tenu du libellé même de l'article 317 C.c.Q. Les actes visés par cet article, particulièrement la fraude et l'abus de droit, sont plutôt de nature à engager la responsabilité extracontractuelle de l'individu qui se sert de la personnalité morale pour tenter de s'esquiver (article 1457 C.c.Q.). La responsabilité solidaire de la personne morale partie à la faute pourra aussi être engagée par le jeu de l'article 1480 C.c.Q. qui reconnaît la responsabilité solidaire de plusieurs personnes participant à un fait collectif causant un préjudice. Elle pourra aussi l'être, le cas échéant, selon l'article 1526 C.c.Q. qui impose l'obligation solidaire de réparer le préjudice causé à autrui si l'obligation est extracontractuelle. La responsabilité délictuelle ou extracontractuelle d'un administrateur d'une personne morale n'a rien à voir avec l'abstraction de la personnalité morale⁴⁷. Une personne morale peut fort bien commettre une faute engageant sa

46. Voir, par exemple, 2967-6566 *Québec inc. c. 2847-3254 Québec inc.*, [1996] R.J.Q. 1669 (C.S.), appel portant sur un autre point rejeté, J.E. 98-1091 (C.A.) ; *Alescio Plomberie inc. c. Appartements Gleneagles inc.*, J.E. 96-1782 (C.Q.) ; *Bellemare Couvertures Ltée c. Trio Renov inc.*, J.E. 96-1655 (C.Q.), permission d'appel rayée.

47. *Proulx c. Les entreprises de radiodiffusion de la Capitale Inc.*, [1996] R.R.A. 714, J.E. 96-1180 (C.S.).

responsabilité contractuelle alors qu'à la même occasion, l'administrateur engagera sa responsabilité extracontractuelle, si bien qu'ils devront répondre solidairement des dommages⁴⁸. Dans ce cas, deux personnes voient leur responsabilité retenue et puisque celle de la personne morale est en cause, il devient illogique de lever le « voile corporatif ». Ce qui se passe en réalité, c'est qu'un individu ne peut invoquer la présence de la personne morale pour s'exonérer de sa propre responsabilité. La responsabilité est solidaire, ce qui heurte la conception traditionnelle de la levée du « voile corporatif » lorsque celle-ci nie l'existence de la personne morale dans une situation particulière. En effet, la personnalité morale distincte n'est pas niée par l'article 317 C.c.Q. car elle ne peut servir de paravent disculpatoire de responsabilité. Puisque la personne morale sert d'intermédiaire dans la perpétration d'une faute, elle assume sa propre responsabilité et son existence ne doit pas être remise en cause.

L'expression « abstraction de la personnalité morale » peut avoir au moins deux sens principaux. Elle peut signifier la véritable « levée du voile corporatif », c'est-à-dire que l'on nie l'existence juridique même de la personne morale, en d'autres termes, que l'on refuse de reconnaître sa personnalité distincte et autonome pour retenir directement la responsabilité d'autrui. En somme, on fait « disparaître » la personne morale du décor pour se retrouver directement face à une personne dont on veut retenir la responsabilité. L'expression peut aussi être révélatrice d'un concept plus atténué ne remettant pas en cause l'existence même de la personne morale. Dans ce cas, l'abstraction de la personnalité morale distincte se borne simplement à ne pas en tenir compte, même si elle existe, pour la solution du litige. La « levée du voile corporatif » nie la personnalité juridique distincte et si on avait à franciser cette expression, il serait de bon aloi de la remplacer par des expressions telles la négation ou le déni de la personnalité morale, lesquelles sont plus proches de la réalité visée par l'expression « levée du voile corporatif ». L'abstraction de la personnalité morale peut y référer aussi, mais elle est une formule plus neutre et, de toute façon dans le contexte du droit civil, elle devrait se limiter à mettre de côté l'intervention de la personne morale sans remettre en cause son existence juridique.

Si la négation de la personnalité morale doit demeurer, son application doit désormais se limiter à des circonstances excep-

48. *Mutual Life of Omaha Insurance Co. c. Chénard*, J.E. 96-1998 (C.S.).

tionnelles où le droit civil ne peut apporter une solution équitable au problème spécifiquement posé par l'existence d'une personne morale. L'article 317 C.c.Q. n'exclut pas cette hypothèse exceptionnelle, mais il ne peut certes pas être vu comme sa codification en droit civil. Le texte même de l'article 317 C.c.Q. modifie la perception traditionnelle de la personnalité morale, et plus précisément de ce que l'on entendait par « levée du voile corporatif ». Si, à l'origine, la « levée du voile corporatif » était un motif justifiant la mise de côté de la personnalité morale distincte d'une entreprise, les choses sont nettement différentes aujourd'hui. L'expression n'est plus qu'une analogie ou une image. Et encore, cette image est une description inexacte du phénomène. Déjà, dans l'arrêt *Houle c. Banque canadienne nationale*⁴⁹, la Cour suprême du Canada avait carrément refusé de « lever le voile corporatif » pour rendre justice aux actionnaires en invoquant plutôt le motif de l'abus de droit. La personnalité morale n'a pas été touchée, même si, dans les faits, on a un résultat identique à celui de la « levée du voile corporatif ». Cette approche devra prévaloir dans l'application de l'article 317 C.c.Q. car, en principe, l'abstraction de la personnalité morale ne doit plus être un motif de jugement. Le jugement devant se fonder sur le droit civil, notamment la responsabilité contractuelle ou extracontractuelle, l'abstraction de la personnalité morale ne peut qu'être un concept illustratif d'une situation et non un motif. Ce concept de l'abstraction de la personnalité morale distincte en droit civil ne serait utile que dans des cas vraiment exceptionnels lorsque aucune autre règle de droit ne permettrait de solutionner adéquatement l'injustice ou l'iniquité du cas. En effet, le droit des obligations, incluant celui des contrats, les règles du mandat, de l'équité, l'obligation d'agir de bonne foi interdisant l'abus de droit et la fraude, comportent les éléments suffisants pour solutionner la quasi-totalité, sinon la totalité, des problèmes causés par l'utilisation inappropriée d'une personne morale⁵⁰. D'ailleurs, on constate que, déjà avant 1994, date de l'entrée en vigueur de l'article 317 C.c.Q., la question souvent ne portait plus sur l'existence ou la non-existence de la personne morale, mais bien sur la création d'un lien de droit direct entre les tiers et les utilisateurs des structures des personnes morales⁵¹.

49. [1990] 3 R.C.S. 122.

50. Voir dans le même sens, M. MARTEL et P. MARTEL, *op.cit.*, *supra*, note 20, p. 1-54.

51. M. MARTEL et P. MARTEL, *op.cit.*, *supra*, note 20, p. 1-61 et 1-62.

3.1.2 *L'imprécision de la notion de « levée du voile corporatif »*

De ce qui précède, il nous semble que l'expression « levée du voile corporatif » est très sujette à des critiques. Elle est fondamentalement inappropriée en droit civil, du moins en tant qu'argument juridique. Il ne peut être question de soulever le « voile corporatif » tout comme il ne peut être question de soulever le voile humain dans le cas où une personne se sert d'un individu comme mandataire ou prête-nom pour exécuter ou justifier un acte illégal. Ce n'est pas non plus l'effet d'une cause, ni le résultat ou la conséquence juridique d'un comportement illégal. Tout au plus, il s'agit d'une image ou d'une analogie illustrant un résultat. Lorsqu'on soulève le « voile corporatif » ou que l'on fait abstraction du mandataire ou du prête-nom d'ailleurs, on ne remet pas en cause l'existence juridique distincte de la personne morale, du prête-nom ou du mandataire. Tout ce que l'on fait, c'est qu'on ne retient pas l'excuse ou la justification du véritable acteur ou responsable voulant que ce n'est pas lui qui a agi, mais une autre personne. La véritable question à se poser n'est pas « est-ce qu'on soulève le « voile corporatif » ou l'identité du mandataire ou prête-nom ? », mais plutôt « doit-on tenir responsable l'utilisateur de la personne morale ou le mandant, qu'il soit publiquement connu ou caché dans le cas du prête-nom ? ». Le véritable acteur est responsable de son comportement et la source de sa responsabilité civile sera généralement l'un des articles 1457 C.c.Q. ou 1458 C.c.Q. sauf si une autre disposition législative plus spécifique existe et dans ce cas, celle-ci ne fait que reprendre le principe fondamental⁵². Cette responsabilité existe indépendamment de celle de la personne morale, du mandataire ou du prête-nom le cas échéant. Soulever le « voile corporatif » ne peut pas être un motif juridique générateur de responsabilité, car celle-ci existe déjà de la même manière que celle d'une personne usant d'un mandataire ou d'un prête-nom⁵³. On ne soulève donc pas le « voile corporatif », pas plus qu'on soulève le voile humain. En réalité, on écarte la personne morale, on ne tient pas compte de l'écran de la personnalité

52. C'est le cas, par exemple, du fabricant (article 1468 C.c.Q.), du propriétaire d'un bien (articles 1465 et 1467 C.c.Q.), du propriétaire d'un animal (article 1466 C.c.Q.), du mandant (article 2164 C.c.Q.), du locateur (article 1900 C.c.Q.) et du locataire (articles 1860 et 1862 C.c.Q.).

53. On peut tirer aussi le même raisonnement dans le cas du cédant qui se sert d'un cessionnaire, ou encore qui manœuvre dans le contexte d'une simulation, d'une stipulation pour autrui, d'un cautionnement etc.

juridique distincte de la personne morale ou de l'humain qui sert d'instrument pour une personne afin de retenir sa responsabilité.

Un changement plus subtil que celui de la terminologie s'est produit depuis quelques décennies. De nos jours, on ne peut plus valablement invoquer la « levée du voile corporatif » ou l'abstraction de la personnalité morale distincte d'une entreprise pour retenir la responsabilité personnelle d'individus cherchant à se soustraire à leur responsabilité en alléguant la présence de cette entreprise quand leur comportement exige une condamnation. Cette traditionnelle « levée du voile corporatif » n'est plus pertinente, du moins dans son application courante et doit se limiter à des cas vraiment exceptionnels qui semblent quasi-inexistants en pratique⁵⁴. En effet, il est clair que la Cour suprême du Canada, dans les affaires *Houle c. Banque Canadienne nationale*⁵⁵ et *Kosmopoulos c. Constitution Ins.*⁵⁶ notamment, refuse de reconnaître ce motif comme remède à une situation abusive. Elle préfère faire appel au concept de la responsabilité extracontractuelle dans l'affaire *Houle* et à celui de l'intérêt assurable dans l'affaire *Kosmopoulos*. On ne peut invoquer la personnalité morale d'une compagnie ou d'une société par actions pour se soustraire à sa propre responsabilité⁵⁷. L'adoption de l'article 317 C.c.Q. s'inscrit parfaitement dans cette tendance.

3.1.3 L'approche du Code civil du Québec

En vigueur depuis le 1^{er} janvier 1994, l'article 317 C.c.Q. est l'aboutissement de développements jurisprudentiels et doctrinaux relativement à l'étendue de l'immunité des administrateurs, des dirigeants et des actionnaires d'une personne morale. L'écran de la personnalité juridique distincte d'une ou de plusieurs personnes morales a des limites qui ne peuvent être outrepassées. Le *Code civil du Québec* prévoit désormais des dispositions interdisant d'invoquer la personnalité morale contre une personne de bonne foi pour masquer une fraude, un abus de droit ou une contravention à une règle liée à l'ordre public.

54. Voir J. Turgeon, « Les actionnaires, le voile corporatif et les tiers : quelques réflexions sur l'arrêt *Houle c. Banque Canadienne Nationale* et la véritable nature de ces rapports », (1993) 24 R.G.D. 411-431.

55. [1990] 3 R.C.S. 122.

56. [1987] 1 R.C.S. 2.

57. Voir particulièrement les affaires *Houle c. Banque Canadienne Nationale*, [1990] 3 R.C.S. 122, 179 et *Kosmopoulos c. Constitution Ins.*, [1987] 1 R.C.S. 2.

Le libellé de cet article 317 C.c.Q. est plutôt succinct. Il n'y est aucunement fait mention du « voile corporatif » ou de sa levée. On n'y retrouve pas non plus des termes équivalents dans un meilleur français comme l'abstraction de la personnalité morale ou de la personnalité juridique. En somme, l'article 317 C.c.Q. se contente d'établir, comme le soulignent des auteurs, l'inopposabilité de la personnalité juridique quand ses conditions d'application sont remplies⁵⁸. Contrairement à l'opinion de certains auteurs, nous ne croyons pas que l'article 317 C.c.Q. serve à établir un lien de droit qui serait brisé par l'interposition d'une personne morale distincte entre un tiers poursuivant et une personne utilisant cette personne morale⁵⁹. Si la personne poursuivie a engagé sa responsabilité personnelle, que ce soit par une faute contractuelle ou extracontractuelle, le lien de droit est établi, indépendamment de l'existence de l'article 317 C.c.Q. Sa formulation nous incite à croire plutôt qu'il vise à empêcher le bris de ce lien de droit en raison de l'interposition de la personne morale.

Un courant veut que l'article 317 C.c.Q. vise la codification du principe de la « levée du voile corporatif »⁶⁰. Mais l'économie du *Code civil du Québec* et la rédaction même du texte de l'article 317 C.c.Q. font que cela est probablement inexact. Si on doit admettre que l'on parvient à un tel résultat dans les faits, en droit strict, le tribunal ne peut « lever le voile corporatif » pour retenir la responsabilité d'une personne agissant par l'entremise d'une personne morale et qui invoque son existence pour se soustraire à toute responsabilité personnelle. Le tribunal doit d'abord appliquer les règles de la responsabilité civile extracontractuelle prévues à l'article 1457 C.c.Q., puis se demander si d'autres règles du *Code civil du Québec* permettent à la personne d'être exonérée de toute responsabilité, notamment les règles du mandat, particulièrement l'article 2159 C.c.Q. Puis l'article 317 C.c.Q. peut intervenir comme mode exonératoire si le comportement attaqué n'est pas frauduleux, abusif ou contraire à l'ordre public. La « levée du voile corporatif » ne peut plus être appliquée comme motif juridique. Elle n'est que démonstrative d'un résultat. Lorsqu'un tribunal conclut à la responsabilité extracontractuelle d'un individu, responsabilité qui ne peut être écartée par le respect de la personnalité juridique d'une personne morale, on peut dire en langage

58. R. CRÊTE et S. ROUSSEAU, *op.cit.*, note 19, p. 120.

59. M. MARTEL et P. MARTEL, *op.cit.*, *supra*, note 20, p. 1-74 et 1-74.1.

60. *Ibid.*, p. 1-62.

populaire, mais non juridique, que le tribunal a refusé de tenir compte de la personnalité juridique distincte pour tenir l'individu personnellement responsable comme s'il n'y avait pas de personne morale. Ce raccourci ne vaut pas juridiquement parlant. Un jugement sommaire retenant la responsabilité personnelle d'un administrateur, d'un dirigeant, d'un actionnaire, d'une âme dirigeante ou d'un représentant d'une personne morale en invoquant comme simple motif la « levée du voile corporatif » ne serait pas un jugement conforme à l'esprit ou à la lettre du *Code civil du Québec* ou du droit civil québécois en général.

L'extrait suivant, relatif à l'utilisation inappropriée des biens d'une personne morale démontre bien la confusion existant quant à l'application de l'article 317 C.c.Q. :

L'utilisation des biens d'une compagnie à des fins personnelles plutôt qu'à l'avantage de celle-ci, constitue un acte malhonnête. L'article 317 C.c.Q. permet de faire abstraction de la personne morale lorsque cette dernière invoque cette personnalité pour masquer la fraude. L'implication de l'actionnaire comme administrateur unique et président de la compagnie dans les actes de la compagnie constitue un élément clé permettant de lever le voile corporatif. Le fait d'avoir utiliser l'argent de la compagnie à des fins personnelles de bronzage, ou le fait de ne pas avoir dénoncé à la demanderesse sa situation financière précaire constitue un abus au sens de l'article 317 C.c.Q.⁶¹

Ceci illustre bien que l'article 317 C.c.Q. peut être invoqué quand un abus de droit est commis au détriment de la personne morale, par exemple quand ses biens servent aux fins personnelles d'un individu, ou encore si cet abus cause préjudice à un tiers. Même si on se retrouve face à un abus de droit au sens de l'article 317 C.c.Q., cela ne met pas fin au débat. En réalité, le comportement incriminé doit être sanctionné à l'aide de l'article 1457 C.c.Q. L'article 317 C.c.Q. n'est qu'un élément dans un processus permettant de retenir la responsabilité extracontractuelle de l'administrateur fautif. La prétendue « levée du voile corporatif » n'est que le constat de l'abus, lequel donne ouverture à réparation en vertu de l'article 1457 C.c.Q.

61. *Échafaudages Fast Montréal Inc. c. Alfredo Masciotra*, [2001] AZ-01036292, cité dans *Buccaneer Industries Ltd. c. Bresee*, J.E. 2003-439, REJB 2003-36955, C.Q.

L'article 317 du *Code civil du Québec*, loin de codifier aveuglément la règle de la « levée du voile corporatif » ou l'abstraction de la personnalité morale comme principe fondamental, l'a plutôt réduit à un simple moyen de défense une fois le lien de droit ou la responsabilité d'un individu établi et encore, ce moyen de défense est inadmissible en cas de fraude, d'abus de droit ou de contravention à une violation de l'ordre public. Par conséquent, dans ces trois cas, la personnalité morale distincte ne peut pas être remise en cause quand un individu poursuivi allègue qu'il a agi pour ou au nom de la personne morale pour se défendre. Une fois que le demandeur a prouvé que l'individu a agi par l'entremise de la personne morale, celui-ci ne peut pas invoquer cette personnalité morale s'il a eu un comportement frauduleux, abusif ou contraire à une disposition d'ordre public et le tribunal retiendra sa responsabilité. Mais, et c'est là l'évolution, le tribunal retiendra la responsabilité non pas en faisant abstraction de la personnalité juridique distincte de la personne morale, mais en tenant directement l'individu responsable pour des actions ou omissions de sa part causant préjudice à autrui et justifiant une réparation fondée sur l'article 1457 C.c.Q. par exemple.

C'est donc dire que la « levée du voile corporatif » ne doit plus être invoquée comme motif de droit pour retenir la responsabilité personnelle d'un individu quand il participe, par l'intermédiaire d'une personne morale, à une fraude, un abus de droit ou à une contravention à une disposition d'ordre public. Le législateur, à l'article 317 C.c.Q., en indiquant que le moyen de défense ne peut être écarté dans ces cas, ne touche pas à la personnalité juridique distincte de la personne morale puisque la preuve de responsabilité de l'individu est déjà établie sans égard à l'existence de la personne morale : l'argument de l'existence de la personne morale intervient par la suite comme moyen disculpatoire. Cette approche de l'article 317 C.c.Q. ne permet pas de lever le « voile corporatif » pour atteindre l'individu si celui-ci est déjà responsable en vertu d'une règle de droit précise qui sanctionne la fraude, l'abus de droit ou une contravention à une disposition d'ordre public. Il refuse donc la possibilité de se disculper en invoquant l'existence d'une personne morale, si bien que la « levée du voile corporatif » devient simplement une image et n'est plus un concept juridique.

Pour illustrer la différence entre l'approche traditionnelle de l'argument du « voile corporatif » et celle du moyen de défense de l'article 317 C.c.Q., on peut imaginer le scénario suivant. Une per-

sonne est poursuivie directement et pour ce faire on veut, selon l'approche traditionnelle, soulever le « voile corporatif ». Le tribunal, dans ce cas, procède comme une opération militaire et, tel un commando, pénètre à l'intérieur de la personne morale, constate que le comportement est illégal et pour sortir de la personne morale, la fait exploser, la détruit pour se retrouver devant l'individu poursuivi et lui dire que la personne morale n'existe pas, que c'est lui qui est coupable du comportement reproché et qu'il doit être condamné personnellement. La nouvelle approche du refus du moyen de défense est beaucoup plus pacifique. Le tribunal examine le comportement contesté, et s'il constate qu'il y a fraude, abus de droit ou contravention à l'ordre public, ne touche pas à l'existence de la personne morale et refuse le droit de se réfugier derrière le moyen de défense que c'est la personne morale qui aurait agi ou qui devrait assumer le comportement fautif.

3.2 Les principes d'interprétation

L'application de l'article 317 C.c.Q. doit se limiter à voir si le comportement contesté, et susceptible d'entraîner une responsabilité extracontractuelle en vertu de l'article 1457 C.c.Q. par exemple, a été réalisé grâce à l'interposition d'une personne morale permettant ainsi une fraude, un abus de droit ou une contravention à l'ordre public.

Un auteur estime que l'article 317 C.c.Q. est une « disposition révolutionnaire et sans précédent [qui] prétend codifier ce que l'on appelle couramment le « soulèvement du voile corporatif ». »⁶². Il ajoute que cet article est une exception au principe de la personnalité juridique distincte des personnes morales telle que reconnue à l'article 309 C.c.Q.⁶³.

Nous tenterons de démontrer que l'article 317 C.c.Q. n'est que le résultat d'une lente et logique évolution du droit québécois des personnes morales et qu'il est loin d'être une « disposition révolutionnaire et sans précédent ». Aussi, la notion du « soulèvement du voile corporatif » a évolué au point d'être devenue une simple figure de style, car en droit, il n'y a plus de levée du « voile corporatif » mais plutôt une application des concepts relatifs à la

62. P. MARTEL, « Le « voile corporatif » – l'attitude des tribunaux face à l'article 317 du *Code civil du Québec* », (1998) 58 *R. du B.* 95, 97.

63. *Ibid.*

responsabilité civile, du mandat etc. Depuis les années 1970, on constate que le droit civil québécois des personnes morales a pris ses distances par rapport au droit d'origine anglo-saxonne. Les germes de cette évolution se retrouvaient déjà dans le *Code civil du Bas Canada* et la fructification s'est faite lors de l'adoption du *Code civil du Québec*.

Dans un premier temps, nous examinerons les règles générales d'interprétation à suivre pour appliquer l'article 317 C.c.Q. selon l'intention législative. Puis, nous verrons quel doit être l'impact des facteurs externes entourant son adoption.

3.2.1 Les règles générales

Selon les règles fondamentales d'interprétation, les dispositions d'une loi ou du *Code civil du Québec* doivent s'interpréter comme un tout. La disposition préliminaire du *Code civil du Québec* indique que « Le code est constitué d'un ensemble de règles qui, en toutes matières auxquelles se rapportent la lettre, l'esprit ou l'objet de ses dispositions, établit, en termes exprès ou implicites, le droit commun. ». Cette disposition préliminaire est plus qu'un préambule ; elle fait partie de la loi et c'est une mesure que l'on peut qualifier de « constitution sociale » à laquelle il faut accorder une primauté d'application dans la société québécoise⁶⁴. De plus, le droit civil est un système complet par lui-même qui doit s'interpréter selon ses propres règles⁶⁵. Enfin, la théorie de l'abus de droit se retrouve au haut de la pyramide des valeurs sociales québécoises⁶⁶.

D'autre part, l'article 41 de la *Loi d'interprétation*⁶⁷ prévoit que

Toute disposition d'une loi est réputée avoir pour objet de reconnaître des droits, d'imposer des obligations ou de *favoriser l'exercice des droits, ou encore de remédier à quelque abus* ou de procurer quelque avantage.

64. C. PERRAULT et F. BEAUDRY, *loc. cit.*, *supra*, note 31, 319 et 407 ; D. LAFORTUNE, « Les conventions d'actionnaires » (2002) 36 R.J.T. 197-272, par. 112.

65. D. LAFORTUNE, *loc. cit.*, note 64, par. 112.

66. C. PERRAULT et F. BEAUDRY, *loc. cit.*, note 31, p. 319.

67. L.R.Q., c. I-16.

Une telle loi reçoit une interprétation large, libérale, qui assure l'accomplissement de son objet et l'exécution de ses prescriptions suivant leur véritable sens, esprit et fin.⁶⁸

Et l'article 41.1 *Loi d'interprétation*⁶⁹ prévoit que

Les dispositions d'une loi s'interprètent les unes par les autres en donnant à chacune le sens qui résulte de l'ensemble et qui lui donne effet.

De ces articles, il devient clair que le rôle de l'article 317 C.c.Q. doit faciliter la répression des abus découlant de l'utilisation de personnes morales et la détermination de ce qui est un abus ou non doit se faire à la lumière des dispositions du *Code civil du Québec*. Par conséquent, la philosophie jurisprudentielle qui répugne à intervenir dans les litiges impliquant les affaires internes d'une personne morale doit résolument être mise de côté pour respecter l'intention législative. Un refus d'intervention fondé sur le simple motif que le demandeur savait qu'il contractait avec une compagnie ou une société par actions ne doit plus être accepté de nos jours car c'est du laxisme, voire une erreur de droit susceptible de réformation. Malheureusement, des décisions suivant cette avenue émanent de la Cour d'appel renversant des décisions de tribunaux inférieurs qui, pourtant, faisaient une excellente analyse des faits et concluaient à une fraude ou un abus de droit⁷⁰. Pourtant, il est difficile pour le législateur d'envoyer un message plus clair que celui de l'article 317 C.c.Q. dans le contexte du *Code civil du Québec*. La formulation négative de l'article, voulant que la personnalité juridique distincte d'une personne morale *ne doive pas être invoquée* pour couvrir une fraude, un abus de droit ou une contravention à l'ordre public, ne peut être plus évidente quant aux intentions du législateur. En réalité, l'adoption d'un article similaire à l'article 241 L.C.S.A., plus détaillé dans sa formulation que l'article 317 C.c.Q., serait inutile et ne ferait pas plus évoluer la situation tant et aussi longtemps que des jugements continueront à refuser d'accueillir un recours en abus de droit dans le secteur des personnes morales sous prétexte que le tiers savait très

68. Nos italiques.

69. L.R.Q., c. I-16.

70. On songe particulièrement aux décisions *Pro-Sag Mécanique inc. c. Regor international inc.*, REJB 1997-4119, J.E. 98-258 (C.S.), renversée en appel par REJB 2001-23073 (C.A.) et *Lanoue c. Brasserie Labatt ltée*, REJB 1999-11842, J.E. 99-857, (C.A.).

bien qu'il contractait avec une personne morale et non avec les individus l'utilisant⁷¹.

Les notions de fraude et d'abus de droit mentionnées dans l'article 317 C.c.Q. doivent recevoir tout leur effet même si elles se produisent par l'intermédiaire de personnes morales. La détermination de ces concepts de fraude et d'abus de droit doit se faire en fonction du droit civil et s'il y a fraude ou abus de droit commis entre deux personnes physiques, cette fraude ou cet abus de droit ne doit pas disparaître sous prétexte qu'une personne physique est remplacée par une personne morale. En effet, il nous semble incorrect de justifier un refus d'intervention en alléguant qu'une personne a le droit de structurer ses affaires comme elle l'entend si cette structure a comme résultat de légitimer une fraude ou un abus de droit. Si les faits démontrent une fraude ou un abus de droit entre des personnes physiques interposées, on voit mal pourquoi cela cesserait d'être une fraude ou un abus de droit si des personnes morales remplacent des personnes physiques. C'est un postulat élémentaire, mais il semble parfois facilement oublié.

3.2.2 L'influence de facteurs externes au texte de loi

3.2.2.1 Les commentaires du ministre de la Justice lors de l'adoption

Le ministère de la Justice du Québec a publié des commentaires sur l'article 317 C.c.Q. suite à l'adoption du *Code civil du Québec*⁷². Ces commentaires ont été mentionnés dans de nombreuses décisions invoquant les articles 317 et 1457 C.c.Q.⁷³ pour soulever le « voile corporatif », alors qu'il suffisait simplement de retenir la responsabilité pour faute extracontractuelle en vertu de l'article 1457 C.c.Q.⁷⁴. Il n'y a pas lieu de lier les articles 317 C.c.Q. et 1457 C.c.Q. comme fondements de responsabilité

71. C'est le cas des décisions *Pro-Sag Mécanique inc. c. Regor international inc.*, REJB 1997-4119, J.E. 98-258 (C.S.), renversée en appel par REJB 2001-23073 (C.A.) et *Lanoue c. Brasserie Labatt ltée*, REJB 1999-11842, J.E. 99-857 (C.A.). On pourrait être porté à croire, à la lecture de ces deux jugements dont les faits sont complexes, que l'emploi d'une personne morale modifierait la nature d'un acte qui, de frauduleux ou abusif au départ, devient parfaitement licite. La personnalité morale serait-elle la pierre philosophale des fraudeurs ?

72. Commentaires du ministre de la Justice, *Le Code civil du Québec, op.cit., supra*, note 7.

73. Voir la liste dans P. MARTEL, *loc. cit.*, note 62, p. 105-106.

74. P. MARTEL, *loc. cit.*, note 62, p. 106.

puisque l'article 317 C.c.Q. n'est pas, à proprement parler, générateur de responsabilité mais plutôt une précision particulière fermant la porte à une exonération de responsabilité dans les situations impliquant la participation de personnes morales à des fautes. En ce sens, il aurait fort bien pu être un alinéa distinct dans l'un des articles 1457 C.c.Q. ou 2159 C.c.Q. par exemple.

La confusion quant au sens véritable de l'article 317 C.c.Q. provient peut-être du fait qu'il est perçu comme une codification du principe de la « levée du voile corporatif » par de nombreux auteurs⁷⁵ et par les commentaires ministériels entourant son adoption⁷⁶. Pourtant, la source du droit est le texte lui-même et non les commentaires qui le concernent. S'il y a lieu de s'en remettre parfois à des commentaires ministériels pour aider à comprendre le sens d'un texte de loi, ceux-ci ne sont pas le texte de loi et ne doivent pas lui faire dire ce qu'il ne dit manifestement pas. La Cour suprême du Canada nuance la portée de tels commentaires en insistant sur le fait qu'ils ne sont pas une autorité absolue et qu'ils ne lient pas les tribunaux⁷⁷. Un autre tribunal ajoute que ces commentaires ministériels ne peuvent avoir un poids identique à la loi elle-même au point de lui enlever toute signification⁷⁸.

Cette perception de codification de la « levée du voile corporatif » a été entretenue par les commentaires du Ministre de la justice au sujet de l'article 317 C.c.Q.⁷⁹. Pourtant, le commentaire au sujet de cet article 317 C.c.Q. débute de la façon suivante :

Cet article vient édicter la règle que l'immunité de la personne morale ne peut être invoquée à l'encontre d'une personne de bonne

75. P. MARTEL, *loc. cit.*, note 62, p. 97 ; M. MARTEL et P. MARTEL, *op.cit.*, *supra*, note 20, p. 1-62 et s. ; R. CRÊTE et S. ROUSSEAU, *op.cit.*, note 19, p. 121 et s. ; S. CÔTÉ et J. GIRARD, *loc. cit.*, note 44, p. 79-80.

76. Voir Commentaires du ministre de la Justice, *Le Code civil du Québec, op.cit.*, *supra*, note 7, p. 213 au sujet de l'article 317 C.c.Q.

77. *Doré c. Verdun (Ville)*, [1997] 2 R.C.S. 862, 873, REJB 1997-01530 ; *Construction Gilles Paquette ltée c. Entreprises Vego ltée*, [1997] 2 R.C.S. 299, REJB 1997-00861. Voir aussi *Transporteurs en vrac de Sainte-Foy inc. c. Regroupement des camionneurs indépendants inc.*, REJB 2003-47336 (C.A.) ; *Longueuil (Ville) c. Carquest Canada ltée*, REJB 2002-34224, par. 19 (C.A.) ; *Transporteurs en vrac de Sainte-Foy inc. c. Regroupement des camionneurs indépendants inc.*, REJB 2002-32508 (C.S.) ; N.N. ANTAKI et C. BOUCHARD, *Droit et pratique de l'entreprise*, T. 1, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1999, p. 171.

78. *Dionne (Syndic de)*, J.E. 98-24 (C.S.).

79. Voir Commentaires du ministre de la Justice, *Le Code civil du Québec, op.cit.*, *supra*, note 7, p. 213, au sujet de l'article 317 C.c.Q.

foi dans certaines circonstances. Il pose donc une exception au principe de l'irresponsabilité des membres de la personne morale. La théorie de l'immunité repose sur le fait que l'entité morale jouit d'une personnalité juridique distincte de celle de ses membres et ne peut lier ceux-ci lorsqu'elle agit dans son intérêt propre.⁸⁰

Il n'est donc nullement question, jusqu'ici, de « levée du voile corporatif » mais plutôt de refuser de permettre d'invoquer l'immunité de la personne morale dans certaines circonstances⁸¹. Cependant, le commentaire se poursuit de la façon suivante :

Toutefois, à plusieurs reprises, la jurisprudence est venue dire que cette règle de l'immunité n'autorisait nullement la personne morale à dissimuler la gestion de ses affaires internes derrière l'écran de sa personnalité juridique. *Cet article codifie donc la doctrine et la jurisprudence développées autour de la théorie de l'immunité en établissant que la personnalité juridique d'une personne morale ne peut servir à masquer des actes frauduleux, abusifs ou contraires à l'ordre public et que, en ces cas, il est pleinement justifié de soulever le voile de la personnalité juridique distincte.*⁸²

Ce passage illustre bien la source de la confusion, ce qui peut inciter à croire que l'article 317 C.c.Q. se veut un essai de codification de la jurisprudence à ce sujet et on ne doit pas déduire de cet article une restriction ou un élargissement des principes jurisprudentiels à cet égard⁸³. Cependant, plusieurs affirment, avec raison selon nous, que cet article 317 C.c.Q. n'est pas une codification fidèle de la jurisprudence antérieure⁸⁴. On estime qu'il s'en inspire toutefois fortement et qu'il vise à pallier l'absence de dispositions à ce sujet dans le *Code civil du Bas Canada*⁸⁵ en utilisant les concepts d'équité et de bonne foi, même si cela ne peut expliquer en soi l'ajout de l'abus de droit comme cas d'application⁸⁶.

Deux remarques s'imposent. Tout d'abord, il importe de souligner que le texte législatif, contrairement aux commentaires

80. *Ibid.*

81. Il est inexact de traiter de l'immunité de la personne morale car c'est plutôt l'immunité des personnes qui agissent par l'intermédiaire de la personne morale qui doit être visée.

82. Voir Commentaires du ministre de la Justice, *Le Code civil du Québec, op.cit., supra*, note 7, p. 213, au sujet de l'article 317 C.c.Q. Les italiques sont de nous.

83. *Entreprises Canadian Homes et développement Inc.*, J.E. 94-1430 (C.S.).

84. S. CÔTÉ et J. GIRARD, *loc. cit.*, note 44, 81-82 ; P. MARTEL, *loc. cit.*, note 62, 97 ; M. MARTEL et P. MARTEL, *op.cit., supra*, note 20, p. 1-62 et 1-63.

85. S. CÔTÉ et J. GIRARD, *loc. cit.*, note 44, p. 82.

86. *Ibid.*

ministériels, n'emploie pas l'expression « soulèvement du voile corporatif ». Certes, l'esprit du concept est présent, mais on ne peut pas dire que la formulation même de l'article permet de conclure à son intégration pure et simple. Si le législateur avait voulu le faire, il aurait été plus explicite et il aurait édicté un texte employant l'expression « soulèvement du voile corporatif » ou un équivalent en meilleur français tel « la négation de la personnalité juridique »⁸⁷. Or, il a plutôt choisi de ne pas permettre d'invoquer l'existence distincte de la personne morale pour masquer un comportement illicite. Quoique subtile, cette nuance est marquante et très importante, car elle dénote un changement d'approche sans équivoque par rapport au droit antérieur pour se centrer sur un mécanisme de rejet d'un moyen de défense comme cela fut mentionné plus haut.

La seconde remarque vise la question de l'abus de droit. Bien que cela sera développé plus bas dans ce texte, il convient dès à présent de souligner que cette notion d'abus de droit, si elle n'est pas complètement nouvelle, est pleinement reconnue par le *Code civil du Québec* qui juge si fondamentales les obligations d'agir de bonne foi et de ne pas causer préjudice à autrui que celles-ci se retrouvent dans les toutes premières dispositions du Code, aux articles 6 et 7 C.c.Q. Même si la notion d'abus de droit n'était pas toujours employée comme telle en tant que concept autrefois, il reste que, lorsqu'il était question de sanctionner des actes portant injustement atteinte à des droits d'actionnaires, on constatait que le tribunal sanctionnait souvent une forme d'abus de droit qui se manifestait par un acte de nature frauduleuse, ou une volonté de se soustraire à des obligations valablement contractées par exemple. La notion d'abus de droit vise une grande variété de comportements interdits et son intégration à l'article 317 C.c.Q. élargit l'éventail des situations susceptibles d'être sanctionnées. De ce fait, il ne peut s'agir, à strictement parler, d'une simple codification de la situation antérieure.

3.2.2.2 L'abus de droit et l'erreur de codification

C'est avec étonnement que nous constatons que des auteurs estiment que l'ajout de l'abus de droit comme élément interdisant

87. Il aurait pu rédiger un article se lisant comme suit : « Il y a lieu de nier la personnalité juridique de la personne morale quand elle sert à masquer une fraude, un abus de droit ou une contravention à l'ordre public. ». Un tel texte se centre sur l'argument de passer outre la personnalité distincte de la personne morale et de nier son existence pour sanctionner un comportement illicite.

d'invoquer la personnalité juridique distincte d'une personne morale dans le texte de l'article 317 C.c.Q. est une erreur parce qu'il ne reflète pas le droit antérieur⁸⁸. Si on peut concéder que l'abus de droit n'est pas strictement une codification fidèle du droit antérieur, y voir une erreur de codification est un pas que nous ne pouvons franchir.

Pour justifier leur appréciation, ces auteurs s'appuient sur une décision de la Cour suprême du Canada, l'affaire *Houle c. Banque Canadienne Nationale*⁸⁹ qui a reconnu que la personnalité juridique distincte d'une compagnie ne pouvait permettre à un tiers de s'exonérer de sa responsabilité extracontractuelle envers les actionnaires de la compagnie. Selon eux, « l'erreur » du législateur découlerait du fait que la Cour d'appel du Québec, dans cette affaire *Houle*⁹⁰, a lié l'abus de droit au « voile corporatif » et soulevé ce voile pour sanctionner cet abus⁹¹ contrairement à la Cour suprême du Canada qui s'en est tenue à la doctrine de l'abus de droit pour retenir la responsabilité civile de la banque⁹².

Il faut bien réaliser que la Cour suprême du Canada a tout simplement écrit qu'il ne convenait pas de faire abstraction, plus précisément de nier la personnalité distincte de la compagnie, quand les règles de l'abus de droit ou de la responsabilité civile pouvaient parfaitement résoudre le cas. La Cour suprême du Canada a fondamentalement refusé de mettre en cause l'existence de la personne morale pour retenir la responsabilité du tiers. Or, c'est exactement l'effet visé par l'article 317 C.c.Q. quand il y a un abus de droit et qu'une personne cherche à éluder sa responsabilité en raison de la présence d'une personne morale. Vu sous cet angle, on voit mal, contrairement à l'opinion de certains auteurs⁹³, en quoi le droit antérieur à l'article 317 C.c.Q. ne permettait pas de rapprocher et de concilier les questions de l'abus de droit et du « voile corporatif ». L'article 317 C.c.Q. cadre parfaitement bien avec ce jugement de la Cour suprême du Canada. La Cour d'appel du Québec, quant à elle, a fait comme

88. P. MARTEL, *loc. cit.*, note 62, p. 109 ; M. MARTEL et P. MARTEL, *op.cit.*, *supra*, note 20, p. 1-65.

89. [1990] 3 R.C.S. 122.

90. [1987] R.J.Q. 1518 (C.A.).

91. [1987] R.J.Q. 1518, 1523 (C.A.). Voir M. MARTEL et P. MARTEL, *op.cit.*, *supra*, note 20, p. 1-65.

92. M. MARTEL et P. MARTEL, *op.cit.*, *supra*, note 20, p. 1-69. Voir *Houle c. Banque Canadienne Nationale*, [1990] 3 R.C.S. 122, 178.

93. M. MARTEL et P. MARTEL, *op.cit.*, *supra*, note 20, p. 1-70.

beaucoup de jugements en voyant la nécessité de nier la personnalité morale pour sanctionner un abus de droit alors que cela n'était pas nécessaire. Il est possible, voire vraisemblable⁹⁴, que l'article 317 C.c.Q. ait tenu compte de ce jugement de la Cour d'appel pour traiter de l'abus de droit et du « voile corporatif »⁹⁵. Même si la Cour d'appel « traitait dans un même souffle de l'abus de droit et du voile corporatif »⁹⁶ et que ces deux notions se retrouvent dans l'article 317 C.c.Q., il reste que cet article n'est pas une reproduction de ce jugement. En effet, l'article 317 C.c.Q. ne procède pas à la levée du « voile corporatif » pour sanctionner l'abus de droit puisqu'il ne fait qu'établir qu'on ne peut invoquer la personnalité juridique distincte d'une personne morale pour se soustraire à la responsabilité personnelle découlant d'un abus de droit. On n'a pas à lever le « voile corporatif » pour sanctionner l'abus de droit, que ce soit en vertu de l'article 317 C.c.Q. ou d'une autre disposition du *Code civil du Québec*. Si la Cour suprême du Canada, reconnaît dans l'arrêt *Houle* la possibilité, dans certains cas, de faire abstraction de la personnalité morale⁹⁷, il n'y a pas lieu de le faire pour sanctionner un abus de droit.

Si on en revient plus spécifiquement à l'erreur de codification, on se demande bien pourquoi le législateur n'aurait pas le droit d'innover et de prévoir l'interdiction d'invoquer la personnalité juridique distincte d'une personne morale pour échapper à une responsabilité extracontractuelle découlant d'un abus de droit. On ne voit pas non plus pourquoi il faudrait se servir de la nouveauté de la disposition pour en faire une interprétation restrictive pour en limiter la portée. La nouveauté d'une mesure ne justifie pas une interprétation restrictive. Compte tenu des objectifs législatifs, il arrive fréquemment au contraire que l'interprétation large et libérale soit requise pour en favoriser l'objet conformément à l'article 41 de la *Loi d'interprétation* du Québec vu plus haut. Que les légistes gouvernementaux aient commis une erreur en prévoyant l'abus de droit à l'article 317 C.c.Q., et que l'Assemblée Nationale du Québec l'ait répétée en l'adoptant comme texte de loi en 1991, cela ne doit pas être un élément à considérer dans l'interprétation de l'article. La loi doit être interprétée et appliquée à partir du libellé choisi pour son adoption, et

94. M. MARTEL et P. MARTEL, *op.cit.*, *supra*, note 20, p. 1-69.

95. M. MARTEL et P. MARTEL, *op.cit.*, *supra*, note 20, p. 1-69 et 1-70.

96. *Ibid.*

97. M. MARTEL et P. MARTEL, *op.cit.*, *supra*, note 20, p. 1-69.

non à partir de ce qui aurait dû ou pu être écrit. Si, réellement, il s'agissait véritablement d'une erreur flagrante et déplorable, nous estimons que l'Assemblée Nationale a eu amplement l'opportunité depuis 1991 de la corriger et de modifier le texte de l'article 317 C.c.Q. Cela n'a pas été fait et on doit appliquer ce texte tel qu'il est actuellement. Plus le temps passe, plus cela laisse planer un doute sur la possibilité que son adoption ait été une erreur⁹⁸. Il est vrai que les commentaires ministériels ont mentionné que cet article 317 C.c.Q. codifiaient le droit antérieur⁹⁹, mais ces commentaires ne doivent pas primer sur un texte de loi explicite et clair. On voit mal comment l'erreur ou la simple inadvertance à l'époque¹⁰⁰ puisse expliquer cette disposition et même si c'était le cas, cela ne peut pas permettre de l'écarter ou de la rendre inapplicable.

3.2.2.3 L'abus de droit et le droit nouveau

Selon un commentaire de la Cour d'appel du Québec, l'abus de droit prévu à l'article 317 C.c.Q. créerait du droit nouveau¹⁰¹. Or, cela ne tient pas du tout compte de la description de la notion d'abus de droit élaborée par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Houle c. Banque Canadienne Nationale*¹⁰² quelques années auparavant, lequel écarte, sans aucune équivoque, la nécessité de prouver la malice ou la mauvaise foi pour établir un abus de droit puisque la norme doit être celle de l'exercice raisonnable d'un droit. L'arrêt *Houle* reconnaît aussi qu'un tiers ne peut alléguer l'absence d'un lien de droit entre lui et des actionnaires en raison de l'existence d'une société par actions s'il leur cause un préjudice direct.

3.2.2.4 Les versions antérieures non adoptées

Il est plus que discutable de soutenir que l'article 317 C.c.Q. restreint le droit antérieur au motif que les mots « entres autres » ont été retirés de la version finale de l'article¹⁰³ et que son applica-

98. S. CÔTÉ et J. GIRARD, *loc. cit.*, note 44, p. 84.

99. Voir les Commentaires du ministre de la Justice, *Le Code civil du Québec*, T.I., Les publications du Québec, 1993, p. 213, au sujet de l'article 317 C.c.Q.

100. S. CÔTÉ et J. GIRARD, *loc. cit.*, note 44, p. 84.

101. *Coutu c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, REJB 1998-8181, J.E. 98-2088 (C.A.).

102. [1990] 3 R.C.S. 122.

103. M. MARTEL et P. MARTEL, *op.cit.*, *supra*, note 20, p. 1-70 et 1-71 ; P. MARTEL, *loc. cit.*, note 62, p. 119-120.

tion se limiterait donc aux seuls trois contextes mentionnés que sont la fraude, l'abus de droit et la contravention à l'ordre public, excluant ainsi, entre autres situations, la confusion entre des personnes morales liées et l'équité¹⁰⁴.

Il nous semble tout à fait plausible de croire que c'est une erreur que d'interpréter un texte de loi à partir de mots qui ne font pas partie de sa version finale. Le remplacement des mots « entre autres » par « dès lors » ne doit pas conduire à une interprétation restrictive de l'article. Cette interprétation, si elle doit avoir droit de cité, doit provenir du texte lui-même ou des dispositions entourant son application. En effet, même s'il est vrai que la non-insertion des mots « entre autres » limite l'application de l'article aux trois contextes expressément prévus, il n'en reste pas moins que ces contextes renvoient à des concepts flexibles¹⁰⁵ à contenu variable, et non pas à des cas bien spécifiques, comme le défaut de respecter un délai de convocation¹⁰⁶ ou d'obtenir un visa pour l'émission de valeurs mobilières si requis par la loi par exemple¹⁰⁷. La fraude, l'abus de droit et la contravention à des dispositions d'ordre public sont des concepts souples permettant à une jurisprudence évolutive de déterminer si les circonstances d'une affaire peuvent entrer dans l'un de ces trois concepts. Par conséquent, il nous semble que la confusion entre des personnes morales liées¹⁰⁸, la renonciation aux structures sociales et les manquements à l'équité peuvent, selon les faits d'une affaire déterminée, être visés par l'article 317 C.c.Q. quand ils conduisent à une fraude, un abus de droit ou une violation de l'ordre public. Les solutions du droit antérieur à ce sujet ne sont donc pas modifiées par l'adoption de l'article 317 C.c.Q. et les décisions qui « soulevaient le voile corporatif » pour des motifs d'emploi incorrect de personnes morales et les manquements à l'équité peuvent et doivent continuer à servir de précédents. On ne peut les écarter sous prétexte qu'elles furent rendues avant l'entrée en vigueur du *Code civil du Québec*.

104. *Ibid.*

105. R. CRÊTE, *loc. cit.*, *supra*, note 6, p. 131.

106. Articles 97 L.C.Q. et 123 L.C.Q. ; 135 L.C.S.A. et 251 L.C.S.A.

107. Article 11 L.V.M.Q.

108. Voir par exemple *Banque Canadienne Impériale de Commerce c. Importations Tour de France inc.*, J.E. 96-1893 (C.A.) ; *Bellemare Couvertures Ltée c. Trio Renov inc.*, J.E. 96-1655 (C.Q.) ; *Alescio Plomberie inc. c. Appartements Gleneagles inc.*, J.E. 96-1782 (C.Q.) ; *Marfoglia Construction inc. c. 3088-1155 Québec inc.* J.E. 96-2306 (C.S.) ; *Interpoint Corp. c. Zei Électronique inc.*, REJB 1997-01113, J.E. 97-1312 (C.S.).

3.3 L'application des règles d'interprétation

Certains auteurs voient dans l'article 317 C.c.Q. une source autonome de responsabilité pour les actionnaires, ce qui permettrait un recours spécifique distinct du régime de responsabilité civile¹⁰⁹. D'autres auteurs critiquent cette approche, préférant voir dans l'article 317 C.c.Q. non pas une nouvelle source de responsabilité civile, mais plutôt la volonté législative d'imposer les règles du droit civil québécois aux personnes agissant par l'intermédiaire de personnes morales¹¹⁰. L'article 317 C.c.Q. n'est pas un texte créatif de responsabilité, mais une mesure génératrice d'un lien de droit¹¹¹. Il codifie en quelque sorte le principe du lien de droit devant exister quand une personne morale sert à des fins indues.

L'article 317 C.c.Q. requiert deux conditions pour son déclenchement. Il faut tout d'abord démontrer l'existence d'une fraude, d'un abus de droit ou d'une violation de l'ordre public¹¹², tout en se rappelant que cette première condition n'est en fait que la reprise d'autres dispositions prévues dans le *Code civil du Québec*¹¹³. Une fraude doit être un acte accompli de mauvaise foi, avec l'intention de porter atteinte aux droits ou aux intérêts d'autrui¹¹⁴. Elle ne

109. R. CRÊTE et S. ROUSSEAU, *op.cit.*, note 19, p. 118, renvoyant à P. MARTEL, « Le « voile corporatif » et l'article 317 du *Code civil du Québec* » (1995) 55 *R. du B.* 447, 483. Voir aussi M. MARTEL et P. MARTEL, *op.cit.*, *supra*, note 20, p. 1-74 et 1-74.1, où ces auteurs affirment qu'ils « sont erronément interprétés » (note 273b, p. 1-74-1.). Or, tant à la p. 483 du texte publié à 55 *R. du B.* 447 qu'à la page 1-74 de *La compagnie au Québec – les aspects juridiques*, ces auteurs indiquent que cet « article 317 C.c.Q. sert à permettre au tribunal d'accorder des recours contre l'actionnaire alors que c'est sa compagnie qui a commis la fraude... ». Selon nous, comme nous le démontrons dans ce texte, cet article 317 C.c.Q. n'est pas une recours autonome et ne permet pas au tribunal d'accorder des recours, mais vise simplement la réfutation d'un moyen de défense invoqué par des individus poursuivis qui cherchent à invoquer la personnalité juridique distincte de la personne morale pour s'exonérer de la responsabilité découlant de leur conduite.

110. R. CRÊTE et S. ROUSSEAU, *op.cit.*, note 19, p. 119 à 121 ; A. MORISSET et J. TURGEON, *op.cit.*, *supra*, note 41, par.1-1010 ; S. CÔTÉ et J. GIRARD, *loc. cit.*, note 44, p. 93.

111. S. CÔTÉ et J. GIRARD, *loc. cit.*, note 44, p. 93.

112. *Lee c. Groupe Sonam inc.*, REJB 1999-11973 (C.S.) ; *Golden Harvest Fruit Co. c. Conseillers en campagne de financement Parfait International inc.*, REJB 1999-14699, J.E. 99-2092 (C.S.).

113. Voir notamment les articles 6 à 9, 1373, 1375, 1401, 1407, 1411, 1413, 1434 et 1631-1634 C.c.Q.

114. *Lee c. Groupe Sonam inc.*, REJB 1999-11973 (C.S.) ; P. MARTEL, *loc. cit.*, note 62, p. 98-103 ; M. MARTEL et P. MARTEL, *op.cit.*, *supra*, note 20, p. 1-63.

visé donc pas seulement la fraude au sens du *Code criminel*¹¹⁵, mais la fraude civile ou le dol, qui est simplement « le fait de provoquer volontairement une erreur dans l'esprit d'autrui pour le pousser à conclure le contrat ou le conclure à des conditions différentes »¹¹⁶. Il n'est donc pas nécessaire que la fraude soit pénalement sanctionnée pour l'être en droit civil¹¹⁷. Quant à l'abus de droit, c'est l'exercice d'un droit en vue de nuire à autrui, d'une manière excessive et déraisonnable en violation des exigences de la bonne foi (article 7 C.c.Q.)¹¹⁸. Puis, une fois la fraude, l'abus de droit ou la violation de l'ordre public démontré, il faut constater que l'interposition d'une personne morale entre la personne lésée et le responsable ou le bénéficiaire de l'opération permettrait à ce dernier de s'exonérer de toute responsabilité. Une fois ces deux volets prouvés, l'article 317 C.c.Q. s'applique et permet de retenir la responsabilité d'un individu cherchant à se couvrir grâce à l'intervention d'une personne morale. Par conséquent, l'article 317 C.c.Q. n'est pas un raccourci permettant de faire abstraction des règles habituelles du droit. En effet, s'il y a une faute extracontractuelle, ce sont les règles de la responsabilité civile des articles 1457 et 1526 C.c.Q.¹¹⁹ qui s'appliquent dans un premier temps, puis l'article 317 C.c.Q. interviendra éventuellement dans un second temps pour rejeter le moyen de défense de l'interposition d'une personne morale.

Puisque l'article 309 C.c.Q. édicte que les actes d'une personne morale n'engagent qu'elle-même, les personnes agissant pour elle ne devraient pas, en principe, être recherchées personnellement pour des gestes posés au nom de cette personne morale. Un administrateur, un dirigeant, un représentant ou une personne ayant des liens avec une personne morale qui ne se sert pas, ou qui ne profite pas de la personnalité juridique distincte de l'entreprise, ne peut voir sa responsabilité personnelle engagée en l'absence de fraude, d'abus de droit ou de violation de l'ordre public. Les gestes reprochés doivent être posés au nom de la personne morale et non à titre personnel et causer des pertes en raison de la faute extracontractuelle de cette personne¹²⁰. On ne peut

115. Article 380 C. cr.

116. P. G. JOBIN et N. VÉZINA, *Baudouin et Jobin – Les obligations*, 6^e éd., n° 233, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, p. 293.

117. *Ibid.*, n° 240, p. 299.

118. *Lee c. Groupe Sonam inc.*, REJB 1999-11973 (C.S.).

119. *Winstar Global Products inc. c. Distributions Pasadena International inc.*, REJB 1999-14203, J.E. 99-1749 (C.S.).

120. *Chen c. Taibec Investments Inc.*, J.E. 2002-1830 (C.S.).

conclure à la responsabilité extracontractuelle des administrateurs simplement parce qu'une personne morale tente d'éviter le paiement de ses dettes à leur instigation, car cela entraînerait la responsabilité de tout administrateur dès qu'il pose un acte discutable pour soustraire la personne morale à ses obligations¹²¹. Un créancier d'une compagnie en faillite ne peut, en principe, poursuivre personnellement ses dirigeants, même si la responsabilité totale des opérations demeure sur leurs épaules s'il appert clairement qu'ils ont agi à titre de dirigeants¹²² et qu'ils n'ont pas manqué aux devoirs que leur impose la loi¹²³. Il faut donc démontrer l'intention de se réfugier derrière une personne morale dans le but inavoué de commettre une fraude, un abus de droit ou une violation de l'ordre public¹²⁴ ou encore un geste dolosif ou une manœuvre frauduleuse pouvant être personnellement attribué à un individu¹²⁵.

L'article 317 C.c.Q. crée donc une exception lorsqu'une personne, peu importe son statut dans la personne morale, agit d'une façon qui permet de lever cette immunité¹²⁶. Cette exception se justifie pour des motifs d'équité et tient compte de la nature du comportement. Ce comportement doit être notamment sanctionné par une disposition du *Code civil du Québec* établissant un lien avec cet article 317 C.c.Q., ce dernier n'étant que la réfutation d'un moyen de défense dans les cas qui y sont prévus.

3.3.1 *L'interaction de l'article 317 C.c.Q. avec les autres dispositions du Code civil du Québec*

L'objectif législatif visé est la répression de certains actes posés par l'intermédiaire de personnes morales. L'article 317 C.c.Q. fait partie intégrante du *Code civil du Québec* et doit être interprété et appliqué dans ce contexte. Il ne doit pas être vu comme une disposition isolée et sans aucune relation avec les autres règles fondamentales du droit civil. C'est pourquoi il faut le lire en tenant compte d'autres principes du *Code civil du Québec*,

121. *Lanoue c. Brasserie Labatt ltée*, REJB 1999-11842, J.E. 99-857 (C.A.).

122. *Caporicci c. Calzaturificio Sirio S.R.L.*, REJB 1999-14787, J.E. 99-2098 (C.A.).

123. *Magasins à rayons Peoples inc. (Syndic de) c. Wise*, REJB 2004-72160, J.E. 2004-2016, [2004] 3 R.C.S. 461.

124. *Chen c. Taibec Investments Inc.*, J.E. 2002-1830 (C.S.).

125. *Enseignes Impérial Signs inc. c. Bell Canada*, J.E. 2002-84, REJB 2001-27343 (C.S.) ; 9022-8818 *Québec inc. (Faillite de)*, J.E. 2002-318, REJB 2002-28151 (C.S.), 500-11-008847-986.

126. *Avoine c. Gareau*, REJB 1999-13954, J.E. 99-1502 (C.Q.).

tels la responsabilité contractuelle ou extracontractuelle, le mandat, l'intérêt d'assurance, l'obligation d'agir de bonne foi, etc. En d'autres termes, il est une consécration de l'arrimage devant exister entre les principes du droit des personnes morales et ceux du droit civil. Si, à une certaine époque, le droit des compagnies et des sociétés par actions a pu s'élaborer et se développer sans tenir compte des règles du droit civil¹²⁷, cela n'est plus maintenant le cas. Les articles 298 à 333 C.c.Q. intègrent résolument le droit des personnes morales dans le régime du droit commun. Il suffit de souligner ici l'article 300 C.c.Q. qui indique que les personnes morales, même si elles « sont d'abord régies par les lois applicables à leur espèce », « sont aussi régies par le présent code lorsqu'il y a lieu de compléter les dispositions de ces lois, notamment quant à leur statut de personne morale, leurs biens ou leurs rapports avec les autres personnes ». Il y a également l'article 321 C.c.Q. qui applique les règles du mandat aux administrateurs, mettant fin au flottement entre la common law et le droit civil à ce sujet¹²⁸.

Tenter d'interpréter l'article 317 C.c.Q. comme un texte isolé alimente davantage la confusion qu'autre chose. Ainsi, un auteur reproche à certains jugements de ne pas faire la distinction entre le « soulèvement du voile corporatif » pour cause de fraude prévu à l'article 317 C.c.Q. et la responsabilité personnelle de l'administrateur découlant de l'article 1457 C.c.Q. dans le cas des personnes morales à administrateur et actionnaire unique¹²⁹ parce que l'article 317 C.c.Q. ne viserait que l'actionnaire et non l'administrateur dont la responsabilité doit provenir uniquement de l'article 1457 C.c.Q.¹³⁰. Il voit un certain recoupement entre les articles 317 et 1457 C.c.Q. quand la même personne est à la fois actionnaire et administrateur de la personne morale, l'article 317 C.c.Q. pouvant être retenu pour invoquer la responsabilité à titre d'actionnaire et l'article 1457 C.c.Q. pour la responsabilité à titre d'administrateur¹³¹. Plus particulièrement en cas de fraude paulienne, il ne serait pas nécessaire de passer par l'article 317 C.c.Q. car les articles 1457 et 1526 C.c.Q. permettent de retenir la res-

127. Et ce malgré des dispositions du *Code civil du Bas Canada* tel que vues à la partie 1 de ce texte.

128. Voir J. SMITH, *La partie IA de la Loi sur les compagnies, Volume 3, Les Commentaires*, Montréal C.E.J., 1981, p. 284-287 ; *Commentaires du ministre de la Justice, Le Code civil du Québec, op.cit., supra*, note 7, p. 215-216 au sujet de l'article 321 C.c.Q.

129. P. MARTEL, *loc. cit.*, note 62, p. 103-104.

130. *Ibid.*, p. 103. Nous contestons cette approche plus loin dans ce texte.

131. P. MARTEL, *loc. cit.*, note 62, p. 104.

ponsabilité personnelle et solidaire des auteurs de la fraude¹³². Manifestement, ces commentaires donnent à l'article 317 C.c.Q. une portée qu'il n'a pas.

En effet, il faut bien comprendre que l'article 317 C.c.Q. n'est pas créateur de responsabilité civile comme tel, les principes de la responsabilité civile étant édictés dans d'autres articles du *Code civil du Québec*. Il n'est qu'un élément complémentaire dans le cas de recours entrepris contre des personnes qui ont utilisé le couvert de la personne morale pour les empêcher de se disculper personnellement en invoquant qu'elles ont agi au nom de cette personne morale. Que la personne soit actionnaire, administrateur ou représentant de la personne morale n'a aucun effet sur l'existence d'une fraude par exemple. L'article 317 C.c.Q. n'établit pas le principe de la responsabilité pour une fraude et ne recoupe pas l'article 1457 C.c.Q. à ce sujet. En fait, il le complète dans le domaine spécifique des personnes morales pour prévoir, une fois la fraude entraînant une responsabilité établie, que l'auteur de la fraude ne peut se disculper en invoquant la personnalité morale de l'entreprise par laquelle il a agi. Ni plus, ni moins.

On observe aussi une certaine difficulté d'application par des tribunaux de ces principes pourtant simples. Une décision de la Cour d'appel du Québec a énoncé que la faute entraînant la responsabilité extracontractuelle d'un administrateur en vertu de l'article 1457 C.c.Q. ne suffisait pas nécessairement pour « lever le voile corporatif »¹³³. Cette décision ne traite pas de l'article 317 C.c.Q., mais illustre bien quand même les difficultés du maintien du concept de « levée du voile corporatif » en droit civil. La responsabilité d'un administrateur était retenue en vertu de l'article 1457 C.c.Q., ce qui permettait à la cour de ne pas avoir à « lever le voile corporatif » et de ne pas retenir la responsabilité d'autres administrateurs de la personne morale non parties à la faute commise. L'approche plus civiliste de l'affaire aurait été de déterminer s'il y avait faute extracontractuelle ou non de la part d'un ou de plusieurs administrateurs en vertu de l'article 1457 C.c.Q. et une fois cette faute retenue, de faire entrer en jeu le moyen de défense de l'article 317 C.c.Q. s'il était applicable. Dans le cas des administrateurs n'ayant commis aucune faute, on n'a même pas besoin de se questionner sur l'impact que pourrait avoir l'existence de la

132. *Ibid.*, p. 100.

133. 2639-1565 *Québec inc. c. Perras*, REJB 1999-14543, J.E. 99-2033 (C.A.).

personnalité juridique distincte de la société par actions sur le litige et l'article 317 C.c.Q. n'a pas à être considéré.

On a aussi invoqué l'article 317 C.c.Q. pour établir la responsabilité personnelle d'une âme dirigeante commettant une faute extracontractuelle tout en ajoutant que l'article 1457 C.c.Q., pouvait aussi être plaidé¹³⁴. Mais il nous semble, au contraire, que la source de la responsabilité réside dans l'article 1457 C.c.Q. et que l'article 317 C.c.Q. empêche l'individu de plaider qu'il agissait pour la personne morale. Comme déjà évoqué, un administrateur commettant une faute extracontractuelle ne peut se retrancher derrière son mandat d'administrateur pour éluder sa responsabilité puisque les articles 1457, 1480 et 1526 C.c.Q. établissent sa responsabilité personnelle et solidaire à l'égard des tiers. Il a déjà aussi été jugé qu'il n'était pas nécessaire de faire abstraction de la personnalité juridique distincte de la personne morale en vertu de l'article 317 C.c.Q. pour reconnaître la responsabilité personnelle¹³⁵. Cependant, il aurait été plus avisé de statuer que cet article ne permettait pas à un administrateur d'invoquer la personnalité juridique distincte pour se disculper de sa faute. Par ailleurs, on peut parfaitement invoquer l'article 317 C.c.Q. lorsque des administrateurs sont coupables d'un comportement répréhensible¹³⁶ sous forme de fraude, d'abus de droit ou de violation de l'ordre public, mais il faut d'abord une allégation de non-responsabilité au motif que ce comportement était celui de la personne morale. À ce moment, l'article 317 C.c.Q. entre en jeu pour retenir la responsabilité de l'individu et la personnalité juridique distincte ne peut pas être invoquée.

Dans l'affaire *Labatt*¹³⁷, la Cour d'appel cite avec approbation le professeur Martel :

La responsabilité personnelle d'un individu qui est actionnaire majoritaire et administrateur d'une compagnie peut être retenue dans les circonstances suivantes :

- Il s'est porté caution d'une obligation contractuelle de la compagnie ;

134. *Golden Harvest Fruit Co. c. Conseillers en campagne de financement Parfait International inc.*, REJB 1999-14699, J.E. 99-2092 (C.S.).

135. *Caisse populaire de Sorel c. Beaulieu*, REJB 1999-13826, J.E. 99-1608 (C.S.).

136. P. MARTEL, *loc. cit.*, *supra*, note 62, p. 106.

137. *Lanoue c. Brasserie Labatt ltée*, REJB 1999-11842, J.E. 99-857 (C.A.).

- Il a lui-même commis une faute entraînant sa responsabilité extracontractuelle, par exemple en faisant de fausses représentations ou en remettant des documents falsifiés ;
- Il a activement participé à une faute extracontractuelle de la compagnie (ce qui se présume s'il est administrateur unique) ;
- Il a utilisé la compagnie qu'il contrôle comme écran, comme paravent pour tenter de camoufler le fait qu'il a commis une fraude ou un abus de droit ou qu'il a contrevenu à une règle intéressant l'ordre public ; en d'autres termes, l'acte apparemment légitime de la compagnie revêt, parce que c'est lui qui la contrôle et bénéficie de cet acte, un caractère frauduleux, abusif ou contraire à l'ordre public.

L'article 317 ne s'applique que dans le dernier de ces cas. Le premier est régi par les articles 2333 et suivants, le deuxième par l'article 1457, et le troisième par les articles 1457 et 1526. Quant on regarde de près, on constate que sur la cinquantaine de prétendus cas de « levée du voile corporatif » répertoriés depuis le début de 1994, une infime minorité se range dans la dernière catégorie et mérite vraiment cette appellation.¹³⁸

Ce passage suscite quelques commentaires. Tout d'abord, contrairement à ce que semble laisser croire ce jugement, l'article 317 C.c.Q. ne s'applique pas uniquement contre un actionnaire majoritaire et administrateur d'une personne morale. En effet, cette interprétation restrictive et nullement soutenue par le texte même de l'article, nie la possibilité visée par le législateur voulant qu'une personne puisse fort bien ne pas être administrateur ou actionnaire de la personne morale et tirer les ficelles ou profiter des manœuvres douteuses effectuées par l'intermédiaire de cette personne morale. Il suffirait donc d'agir par des prête-noms ou des personnes interposées pour contourner l'article 317 C.c.Q., ce qui est inadmissible et à l'encontre de son objectif fondamental. L'article 317 C.c.Q. est une disposition d'ordre public économique de direction, car il vise une direction sociale ou économique déterminée dans l'intérêt collectif¹³⁹. De ce fait, il ne doit pas être

138. P. MARTEL, *loc. cit.*, *supra*, note 62, p. 135-136.

139. Voir sur cet ordre public économique de direction, P. G. JOBIN et N. VÉZINA, *op.cit.*, *supra*, note 116, n° 146, p. 215 ; N.A. ANTAKI et C. BOUCHARD, *Droit et pratique de l'entreprise*, T. 1, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1999, p. 44 à 47. L'article 317 C.c.Q. protège des valeurs fondamentales de la société dans laquelle nous vivons et qui sont reconnues par le *Code civil du Québec*. Même si

contourné par une interprétation le vidant de son sens ou d'une grande partie de son sens.

La Cour indique de plus que l'administrateur unique d'une personne morale est présumé participer à une faute extracontractuelle de cette personne morale. Il serait plus exact de souligner que l'administrateur commet une faute extracontractuelle en raison de sa participation à une faute contractuelle ou extracontractuelle de la personne morale ou comme l'instigateur.

Des administrateurs et des actionnaires ont réussi, dans leurs moyens de défense, à invoquer la personnalité juridique distincte de la personne morale pour s'exonérer de toute responsabilité, que ce soit dans un contexte de fausses représentations ou de participation active à une faute extracontractuelle¹⁴⁰. Or, il faut bien comprendre que l'article 317 C.c.Q. ne s'oppose pas à l'article 1457 C.c.Q. Au contraire, il en est le complément et le précise dans le contexte particulier des personnes morales. Un défendeur ne peut invoquer en défense dans tous les cas, dans un recours contre lui fondé sur l'article 1457 C.c.Q., qu'il agissait au nom d'une personne morale car l'article 317 C.c.Q. circonscrit le périmètre de défense à des actes ou omissions non visés par cet article. Les fausses représentations ou une participation active à une faute extracontractuelle de la personne morale engendrent la responsabilité personnelle et l'article 317 C.c.Q. a pour objectif de fermer la porte à l'exonération de responsabilité dans de tels cas.

Le libellé même de l'article 317 C.c.Q. nous permet de constater que cet article peut difficilement être invoqué seul dans une poursuite. En effet, sa rédaction axée sur une proposition négative (« La personnalité juridique [...] ne peut être invoquée contre... ») est nécessairement orientée vers le refus de légitimer une fraude, un abus de droit ou une violation de l'ordre public. De cette formu-

l'article 317 C.c.Q. comporte des éléments qui pourraient faire croire qu'il s'agit d'une mesure d'ordre public économique de protection, il reste que des valeurs comme la bonne foi, l'exercice raisonnable des droits et le respect de l'ordre public ont trait au bon fonctionnement de la société toute entière. De plus, l'article ne vise pas essentiellement le redressement d'une inégalité entre des contractants. Une des parties peut fort bien ne pas être en situation d'infériorité économique envers l'autre (trait caractéristique de l'ordre public économique de protection) et dans ce cas, l'intérêt public ou collectif justifie une mesure remédialrice en cas de violation des règles de la bonne foi, de l'exercice raisonnable des droits ou du respect de l'ordre public.

140. *Lanoue c. Brasserie Labatt ltée*, REJB 1999-11842, J.E. 99-857 (C.A.) ; *Pro-Sag Mécanique inc. c. Regor international inc.*, REJB 2001-23073 (C.A.).

lation, il faut déduire que le poursuivant devra invoquer d'autres dispositions du *Code civil du Québec* (qui peut être l'article 1457 C.c.Q.) ou une autre loi pour faire valoir son droit. En effet, le comportement incriminé à l'article 317 C.c.Q. sur la base de la fraude, de l'abus de droit ou de la contravention à l'ordre public tire en effet sa source d'autres dispositions que l'article 317 C.c.Q. lui-même qui ne fait qu'énumérer trois situations déclenchant son application.

3.3.2 L'équité et l'article 317 C.c.Q.

Certains critiquent l'approche voulant que l'article 317 C.c.Q. soit une disposition d'équité pouvant être utilisée pour poursuivre des individus impliqués dans le fonctionnement de personnes morales¹⁴¹.

S'il est vrai que l'article 317 C.c.Q. est parfois utilisé de manière incorrecte en ce sens qu'il ne constitue pas un recours en soi mais bien le rejet d'un moyen de défense dans certaines situations, il n'en reste pas moins que l'équité en est un aspect important. Il nous semble que l'objet même de l'article 317 C.c.Q. se centre sur l'équité en ce qu'il vise à permettre une solution équitable de litiges impliquant des personnes qui se servent de personnes morales pour tenter de couvrir certaines opérations irrégulières. On voit fort mal pourquoi l'article 317 C.c.Q. interdirait d'invoquer le motif de l'équité alors que la Cour suprême du Canada l'a retenu à diverses occasions¹⁴². Si l'usage de personnes morales pour la conduite de ses affaires est un droit, celui-ci n'est pas illimité et ne doit pas permettre d'esquiver en toutes circonstances une responsabilité autrement présente sans l'interposition d'une personne morale. Celle-ci ne doit pas, comme l'indique l'article 317 C.c.Q., servir à masquer une fraude, un abus de droit ou une violation de l'ordre public. L'équité est un concept codifié par l'article 1434 C.c.Q. car il prévoit que le contrat « oblige ceux qui l'ont conclu non seulement pour ce qu'ils y ont exprimé, mais aussi pour tout ce qui en découle d'après sa nature et suivant les usages, l'équité et la loi. »¹⁴³. L'équité et la bonne foi font partie

141. P. MARTEL, *loc. cit.*, *supra*, note 62, p. 135.

142. M. MARTEL et P. MARTEL, *op.cit.*, *supra*, note 20, p. 31-112 et 31-113, citant les affaires *Corporation municipale de St-David de Falardeau c. Munger*, [1983] 1 R.C.S. 243 et *Kosmopoulos c. Constitution Ins.*, [1987] 1 R.C.S. 2.

143. Nos italiques. Voir aussi l'article 975 C.c.Q. qui reconnaît l'équité en matière d'accession mobilière.

intégrante du droit québécois¹⁴⁴ et ces concepts flexibles donnent une grande latitude aux tribunaux. Nier le rôle de l'équité nie, jusqu'à un certain point, la raison d'être de l'article 317 C.c.Q.

Il convient de rappeler que la jurisprudence antérieure à l'article 317 C.c.Q. s'appuyait fondamentalement sur l'équité pour créer des liens de droit absents en raison de l'interposition d'une personne morale¹⁴⁵. Puisque l'équité est un concept reconnu en droit civil, on voit mal pourquoi un tribunal ne pourrait la considérer dans son examen des faits pour conclure qu'un comportement est inéquitable et éventuellement abusif¹⁴⁶.

3.3.3 *Le caractère passe-partout de l'article 317 C.c.Q.*

Le professeur Martel a écrit ce qui suit :

Tant que les procureurs auront l'impression que l'article 317 est une disposition passe-partout d'équité accordant une grande latitude aux tribunaux, et tant qu'ils se croiront obligés de l'invoquer, plutôt que l'article 1457, aussitôt qu'ils seront en présence d'une fraude ou même de la simple mauvaise foi de la part d'une compagnie ou de son administrateur, le corps jurisprudentiel du « voile corporatif » continuera d'engraisser. Espérons que la présente analyse servira à convaincre nos juristes que l'article 317 ne vise que des circonstances qui se produisent rarement en pratique, et qu'il ne doit être invoqué que dans ces circonstances.¹⁴⁷

La Cour d'appel, dans l'affaire *Lanoue*¹⁴⁸, a approuvé ce passage, adoptant ainsi une interprétation extrêmement limitative de l'article 317 C.c.Q. Il nous apparaît extrêmement déplorable que ce banc de la Cour d'appel limite si considérablement la portée de l'article 317 C.c.Q. en rejetant l'idée que « l'article 317 est une

144. C. PERRAULT, K. BOURGEOIS et J. BOUTHILLIER, *loc. cit.*, *supra*, note 14, p. 242.

145. S. CÔTÉ et J. GIRARD, *loc. cit.*, *supra*, note 44, p. 81 ; M. MARTEL et P. MARTEL, *op.cit.*, *supra*, note 20, p. 1-52.

146. R. CRÊTE, *loc. cit.*, *supra*, note 6, 165, doute que l'équité puisse permettre au tribunal d'intervenir pour déroger au droit strict si une décision est prise légalement et de bonne foi mais qui se trouve injuste envers une personne. Il nous semble qu'une décision, même si elle est prise de bonne foi et s'appuie sur la légalité stricte, peut conduire à un résultat injuste, abusif ou inéquitable. Comme le *Code civil du Québec* sanctionne un comportement inéquitable ou abusif, si ce résultat inéquitable ou abusif est injuste, il y a matière à réformation.

147. P. MARTEL, *loc. cit.*, *supra*, note 62, p. 135.

148. *Lanoue c. Brasserie Labatt ltée*, REJB 1999-11842, J.E. 99-857 (C.A.).

disposition passe-partout d'équité accordant une grande latitude aux tribunaux » et que l'article 317 « ne vise que des circonstances qui se produisent rarement en pratique, et qu'il ne doit être invoqué que dans ces circonstances »¹⁴⁹. La Cour d'appel du Québec a la responsabilité d'interpréter les textes de loi en fonction des objectifs législatifs, particulièrement quand la loi est récente et que ces objectifs sont manifestes et actuels. Or, il est difficile de contester que le but visé par le législateur québécois, par l'adoption de l'article 317 C.c.Q., est clairement de mettre fin à la non-ingérence excessive des tribunaux dans les affaires internes des personnes morales sous le seul prétexte qu'ils n'ont pas à le faire. L'interprétation de la loi est une chose, mais l'opinion quant à la pertinence de son adoption ou de sa valeur en est une autre dans laquelle une cour de justice ne doit pas s'aventurer. Le tribunal doit interpréter la loi, et non la nier sauf motifs constitutionnels tels les chartes des droits et libertés ou le partage des compétences. Il doit aussi considérer que le législateur québécois s'est inspiré des articles 241 et 242 L.C.S.A., même s'il est moins explicite que son homologue fédéral.

La jurisprudence et la doctrine relatives à l'article 317 C.c.Q. nous forcent à constater que la portée réelle de ce texte n'est pas toujours bien saisie. En réalité, tout ce que l'article 317 C.c.Q. énonce textuellement, c'est que la personnalité juridique d'une personne morale ne peut être invoquée pour masquer un comportement prohibé comme la fraude, l'abus de droit ou la violation de l'ordre public. On doit ajouter que, par nécessité, le comportement interdit et décrit par ces termes doit faire partie d'une « disposition passe-partout d'équité » et pour donner effet à cette disposition, les tribunaux ont besoin d'un grand pouvoir d'appréciation des faits de chaque cas. Un créancier de la personne morale, un administrateur, un actionnaire, un employé, ou un tiers, s'ils sont de bonne foi peuvent bénéficier de cette mesure. L'article 317 C.c.Q. a une portée très large à cet égard et le législateur a employé délibérément l'expression « personne de bonne foi » pour ne pas limiter les personnes susceptibles de l'invoquer. Compte tenu de ce qui précède, il nous semble que le législateur québécois aurait été mal venu d'adopter l'article 317 C.c.Q. dans son libellé actuel s'il avait voulu qu'il se borne uniquement à viser « des circonstances qui se produisent rarement en pratique, et qu'il ne doit être invoqué que dans ces circonstances ». Bien au contraire, la

149. Voir aussi S. CÔTÉ et J. GIRARD, *loc. cit.*, *supra*, note 44, 102.

prolifération des demandes invoquant avec succès cet article démontre son utilité pratique et sa portée non limitative. Il ne faut pas perdre de vue qu'un très grand nombre d'entreprises n'ont qu'un seul actionnaire ou sont contrôlées dans les faits par un seul ou quelques actionnaires. Comme l'article 241 L.C.S.A., l'article 317 C.c.Q. vise à écarter le mythe ou l'opinion incorrecte voulant qu'un actionnaire unique ou majoritaire puisse faire ce qu'il veut grâce à une personne morale qu'il contrôle. Il faut reconnaître que ces articles 317 C.c.Q. et 241 L.C.S.A. sont des textes dérangeants pour ceux qui comptent sur l'inertie traditionnelle des tribunaux envers la régie interne des entreprises. C'est une réalité dont ils doivent maintenant tenir compte et les tribunaux québécois doivent être sensibles à l'intention législative. On ne devrait plus prendre pour acquis qu'une personne morale puisse être constituée ou utilisée pour camoufler ou masquer des conduites frauduleuses, abusives ou contraires à l'ordre public, autrement prohibées ou sanctionnées si elles étaient commises directement sans l'écran de la personne morale. Dans l'article 317 C.c.Q., la mention de la fraude et surtout de la notion plus large de l'abus de droit ne vise pas à diminuer l'intérêt de la constitution d'une personne morale pour des fins légitimes. En d'autres termes, l'article 317 C.c.Q. exprime la volonté du législateur québécois d'empêcher l'utilisation de personnes morales pour des fins illégitimes.

C'est dans ce sens que l'article 317 C.c.Q. doit être véritablement vu comme une disposition passe-partout nécessaire pour s'adapter au processus de dépistage des divers stratagèmes inventés par des individus retors désireux de se soustraire à une responsabilité personnelle qui serait évidente en l'absence d'emploi d'une ou plusieurs personnes morales.

3.3.4 Le sens du mot « masquer » à l'article 317 C.c.Q.

Lorsqu'une personne morale commet elle-même une fraude, un abus de droit ou une violation de l'ordre public, elle doit être poursuivie directement selon les règles usuelles du droit et l'article 317 C.c.Q. n'est d'aucune utilité à cet égard. La situation change radicalement cependant s'il appert que la personne morale a servi d'intermédiaire et qu'elle a été manipulée par des instigateurs qui sont en réalité les véritables bénéficiaires de cette conduite illégale. C'est là que réside toute l'utilité de l'article 317 C.c.Q. et particulièrement la pertinence du choix du mot « mas-

quer » utilisé dans cet article. En effet, l'instigateur ou le bénéficiaire d'une fraude, d'un abus de droit ou d'une violation de l'ordre public n'a pas de lien de droit direct avec le tiers victime du comportement puisque c'est la personne morale, entité juridique distincte, qui agit. Il y a donc un écran, une sorte de masque entre la victime et l'instigateur de l'infraction et ce, même si ce dernier agit ouvertement et est connu du tiers. Souvent même, l'instigateur et bénéficiaire de cette conduite agit à titre de mandataire ou de représentant de la personne morale. Le mot « masquer » dans l'article 317 C.c.Q. doit donc tenir compte de ce contexte.

L'article 317 C.c.Q. ne requiert donc pas seulement la preuve d'un comportement frauduleux, abusif ou contraire à l'ordre public pour être applicable, car il faut aussi démontrer que l'auteur du comportement tente de se justifier par le biais d'une personne morale. En effet, l'article 317 C.c.Q. n'intervient que si la personnalité juridique est plaidée pour masquer ce comportement. De cette condition, certains tentent de justifier une interprétation restrictive de cet article 317 C.c.Q. Nous croyons que cela est inapproprié. Il nous apparaît plutôt, bien au contraire, que l'article 317 C.c.Q., de par son objectif de prohiber un acte frauduleux, abusif ou contraire à l'ordre public, donne un immense pouvoir d'appréciation aux tribunaux pour déterminer si la personne morale sert à masquer ce genre d'acte. Toute interprétation restrictive empêche la réalisation de la volonté législative car l'accent est alors incorrectement mis sur la légitimation de certains actes ou d'un certain comportement au lieu de leur répression.

Entre autres, la répression efficace de l'abus de droit est fondamentale, car divers articles du *Code civil du Québec* comme les articles 6, 7, 1375 et 1434 C.c.Q. font de la bonne foi et de l'exercice raisonnable et équitable des droits des exigences essentielles dans l'exécution des obligations. Cela doit donc permettre au tribunal d'élargir et non de restreindre son pouvoir d'intervention lorsque des actes visés par l'article 317 C.c.Q. sont effectués par l'intermédiaire d'une ou plusieurs personnes morales.

Une mise en garde s'impose toutefois. L'application de l'article 317 C.c.Q. ne doit pas conduire, surtout dans les entreprises à peu d'actionnaires, à une responsabilité automatique des administrateurs ou des actionnaires puisque cela écarterait les princi-

pes reconnus de la responsabilité limitée et de la personnalité juridique distincte. Le sens qu'il faut donner au mot « masquer » à l'article 317 C.c.Q. doit empêcher la personnalité juridique de couvrir un abus de droit par exemple. Cela ne signifie pas que, dès qu'il y a un abus de droit mettant en cause une personne morale, l'article 317 C.c.Q. doive nécessairement entrer en jeu, car il faut que cet abus de droit existe malgré la présence de la personne morale et favorise notamment la personne se servant de la personnalité morale distincte pour tenter de parvenir à ses fins¹⁵⁰. À titre d'exemple, la violation d'une clause de non-concurrence permet d'illustrer cet énoncé¹⁵¹. Si un individu décide de contourner une clause de non-concurrence en constituant une personne morale ou en y achetant des actions, cette dernière masque un abus de droit puisque l'individu se sert de la personne morale pour camoufler son manquement contractuel et il ne peut alléguer qu'il n'a pas violé son obligation de non-concurrence¹⁵². Mais une personne morale peut commettre un abus de droit sans que sa personnalité juridique serve à masquer cet abus de droit. C'est le cas quand il y a résiliation d'un contrat sans raison valable entre la personne morale et un cocontractant. Toute faute commise par une personne morale ne conduit pas à l'abstraction de la personnalité morale si la faute est directement celle de la personne morale sans qu'il y ait manipulation de celle-ci pour favoriser la perpétration de cette faute dans le but d'avantager un administrateur ou un actionnaire par exemple. L'essence de l'article 317 C.c.Q. est d'éviter qu'un acte abusif, frauduleux ou contraire à l'ordre public commis par l'intermédiaire d'une personne morale dans l'intérêt d'une autre personne soit rendu légitime et non d'atteindre les administrateurs et les dirigeants agissant en cette qualité sans faute de leur part¹⁵³. Les actes abusifs posés par la personne morale elle-même dans son intérêt propre ne font pas l'objet de l'article 317 C.c.Q. car ce sont les actes mêmes de la personne morale qui sont sanctionnés sans qu'il ait lieu de rechercher les personnes qui l'ont fait agir.

150. Ceci n'exclut pas la possibilité que d'autres personnes profitent de cette situation et elles devront dans ce cas restituer les avantages indûment reçus.

151. *Haineault c. Buisson*, REJB 1999-14174 (C.S.) appel accueilli en partie sur un autre point, REJB 2000-17688 (C.A.).

152. Il faut noter que l'abus de droit réside ici dans la constitution ou l'utilisation incorrecte de la personne morale pour tenter de légitimer une concurrence illégale et non dans la concurrence illégale elle-même, laquelle est la violation d'une obligation et non pas un abus de droit.

153. *144758 Canada inc. c. Investissements Pliska inc.*, J.E. 96-1554 (C.S.).

En somme, quand l'article 317 C.c.Q. énonce le principe du masque d'une opération, il vise simplement à réprimer une opération faite par quelqu'un qui, au lieu de procéder directement, agit par l'intermédiaire d'une personne morale pour obtenir le résultat reproché. L'article 317 C.c.Q. recherche le véritable auteur de l'acte fautif et il n'est donc nullement requis d'exiger que les actes fautifs commis par la personne morale soient cachés¹⁵⁴. Cet aspect de la faute se retrouve plutôt dans le premier volet de l'article 317 C.c.Q. et en est la première condition d'ouverture tandis que la preuve que la personne morale est une façade pour tenter de justifier cette faute en est la seconde. Par conséquent, le véritable auteur d'une fraude, d'un abus de droit ou d'une contravention à une disposition d'ordre public peut être tenu responsable s'il est à l'origine de l'action de la personne morale¹⁵⁵. Le principe de la personnalité juridique distincte énoncé à l'article 309 C.c.Q. est tempéré par l'exception de l'article 317 C.c.Q. si une personne, peu importe son statut dans la personne morale, commet une faute personnelle permettant de lever cette immunité¹⁵⁶. La responsabilité extracontractuelle d'un administrateur ou d'un actionnaire dépend de l'examen de sa conduite et non des résultats escomptés par le tiers contractant avec la personne morale¹⁵⁷.

Nous sommes en désaccord complet avec la position prônant que le comportement prohibé doit être « entouré d'« une connotation de cachotterie, de dissimulation, de manigance ou de manipulation » »¹⁵⁸ pour que l'article 317 C.c.Q. devienne applicable. Il est certain que la portée de cet article dépend de la détermination du sens de ce mot « masquer » et pour le faire, il faut prendre en considération l'objectif de l'article 317 C.c.Q.¹⁵⁹. L'abstraction de la personnalité juridique d'une personne morale vise, tant en droit civil qu'anglo-canadien, à réprimer les abus susceptibles de se produire par l'utilisation d'une personne morale en la détournant de sa finalité économique pour protéger une personne contre les risques normaux des affaires¹⁶⁰. En somme, il faut démontrer la création « d'une situation de fiction juridique, c'est-à-dire de non-

154. *Avoine c. Gareau*, REJB 1999-13954, J.E. 99-1502 (C.Q.).

155. *Ibid.*

156. *Ibid.*

157. *Winstar Global Products inc. c. Distributions Pasadena International inc.*, REJB 1999-14203, J.E. 99-1749 (C.S.).

158. M. MARTEL et P. MARTEL, *op.cit.*, *supra*, note 20, p. 1-71 ; P. MARTEL, *loc. cit.*, *supra*, note 62, p. 109.

159. R. CRÊTE et S. ROUSSEAU, *op. cit.*, *supra*, note 19, p. 146.

160. *Ibid.*, p. 146-147.

respect de l'autonomie de la personne morale, où la société n'est plus qu'un écran, un instrument juridique dénué de toute effectivité de fonctionnement »¹⁶¹. Cela vise la tentative de légitimer par exemple une fraude ou un abus de droit en faisant poser un acte légal en apparence par la personne morale, mais illégal s'il était posé directement par cette personne¹⁶². Ce peut aussi être la manipulation de la personne morale comme intermédiaire pour poser des actes frauduleux, abusifs ou contraires à l'ordre public sans que le manipulateur engage sa propre responsabilité tout en en profitant personnellement¹⁶³. L'abstraction de la personnalité morale ne doit pas avoir lieu quand une personne, par l'entremise de la personne morale, même si elle cause préjudice à autrui, ne la manipule pas et ne s'en sert pas pour favoriser ses intérêts propres¹⁶⁴. Généralement, l'identité de celui qui procède à l'emploi inapproprié de la personnalité morale est connue. Cela ne doit pas servir à éviter l'application de l'article 317 C.c.Q. sous prétexte que le geste n'est pas dissimulé ou masqué, car il suffit que l'auteur véritable ne soit pas l'auteur apparent¹⁶⁵. En effet, il faut simplement que la personne morale ait été employée pour éviter d'imputer à l'individu l'un des comportements interdits par l'article 317 C.c.Q.¹⁶⁶. Le degré d'implication de l'individu est important pour déterminer s'il y a lieu d'appliquer l'article 317 C.c.Q. et la preuve qu'il est son âme dirigeante ou la contrôle pourra engager sa responsabilité¹⁶⁷.

Selon nous, c'est une erreur que de restreindre le sens du mot « masquer » à la preuve d'une dissimulation malicieuse ou intentionnelle par une personne morale car l'esprit de l'article 317 C.c.Q. prohibe nettement l'usage d'une personne morale comme écran juridique. Un écran peut ne pas dissimuler l'auteur d'un comportement car il ne faut pas confondre l'auteur, qui peut être connu, et ses véritables intentions qui peuvent ne pas l'être. Si l'intention de nuire n'est pas discernable, ou que l'individu prend les moyens pour éviter que son intention frauduleuse le soit, cela

161. *Ibid.*, p. 147.

162. *Ibid.*, p. 148-149.

163. *Ibid.*, p. 149.

164. *Ibid.*, p. 150 et 159.

165. Voir aussi R. CRÊTE et S. ROUSSEAU, *op.cit.*, *supra*, note 19, p. 159 ; A. MORISSET et J. TURGEON, *op.cit.*, *supra*, note 41, par. 1-1010 ; *Avoine c. Gareau*, REJB 1999-13954, par. 106, 109 à 111, J.E. 99-1502 (C.Q.), [1999] R.J.Q. 2122 (C.Q.).

166. R. CRÊTE et S. ROUSSEAU, *op.cit.*, *supra*, note 19, p. 160.

167. *Ibid.*, p. 160-161.

doit permettre l'accès à l'article 317 C.c.Q., car le véritable but de l'opération se trouve inconnu du tiers. En effet, l'article 317 C.c.Q. n'exige pas que la véritable identité du bénéficiaire soit masquée, mais bien que la personnalité morale distincte ne serve pas à masquer une opération frauduleuse, abusive ou contraire à l'ordre public. D'ailleurs, si le mot « masquer », selon la langue française, signifie déguiser sous une fausse apparence, il vise aussi le fait de cacher à la vue, de dissimuler¹⁶⁸ sans que cela soit forcément fautif, malicieux ou illégal. Certes, le fait de masquer « implique nécessairement une intention délibérée, donc un contrôle de la compagnie à des fins de manipulation ou de manigances »¹⁶⁹. S'il faut démontrer des manigances, dans le sens que la personne morale sert à une magouille, à une opération douteuse ou malhonnête¹⁷⁰, il ne faut pas voir la dissimulation dans un sens trop strict au point de l'assimiler à un secret ou à l'impossibilité ou quasi-impossibilité de connaître la véritable situation¹⁷¹.

Une approche exigeant l'obligation de masquer ou de faire une cachotterie est trop stricte. Elle dénature l'objectif de l'article 317 C.c.Q. en le rendant applicable seulement quand l'individu se sert de prête-noms dans les opérations d'une personne morale pour parvenir à ses fins. La dissimulation doit être celle de « rendre moins apparent, moins évident »¹⁷² et quiconque, utilisant à des fins incorrectes une personne morale, doit être visé par le masque de l'article 317 C.c.Q.

3.3.5 *L'article 317 C.c.Q., les administrateurs, les dirigeants et les actionnaires*

La création ou l'existence d'une entreprise sous la forme d'une société par actions ne doit pas modifier les principes fondamentaux du droit civil comme, par exemple, les règles des obligations en général et celles du mandat et de la responsabilité civile en particulier. Cela est évident, mais parfois occulté.

168. Dictionnaire *Le nouveau Petit Robert*, 2000, p. 1529.

169. P. MARTEL, *loc. cit.*, note 62, p. 134.

170. Dictionnaire *Le nouveau Petit Robert*, 2000, p. 1487.

171. Un masque n'a pas besoin non plus d'être d'une opacité complète. Il suffit que la vue soit partiellement altérée sans être totalement nulle. Il n'est donc pas absolument nécessaire, pour qu'un acte soit masqué, qu'il soit totalement dissimulé ou camouflé, car si c'était effectivement le cas, il pourrait devenir impossible à tout jamais pour le tiers de finir par connaître la véritable situation.

172. Dictionnaire *Le nouveau Petit Robert*, 2000, p. 742.

En ce sens, l'article 317 C.c.Q. permet d'appliquer les principes du droit civil et en tant que disposition générale relative aux personnes morales, il établit un lien avec les autres règles du *Code civil du Québec* pour réfuter toute tentative d'un régime spécial prétendument applicable en raison des origines anglo-saxonnes du droit des personnes morales. Mais l'article 317 C.c.Q. n'est pas une disposition si générale qu'il abolit la distinction entre la personne morale et ceux agissant en son nom : il faut se demander si les administrateurs, ou d'autres individus, poursuivis personnellement, ont utilisé la personne morale qu'ils contrôlent comme paravent pour tenter de camoufler une fraude, un abus de droit ou une violation d'une règle d'ordre public¹⁷³ et, en cas de réponse négative, le recours personnel ne peut réussir¹⁷⁴.

Les articles 317 et 1457 C.c.Q. doivent s'appliquer contre tous ceux qui commettent une faute par l'intermédiaire de la personne morale. Ceci vise particulièrement les administrateurs, les dirigeants et les actionnaires. Malgré une certaine controverse à ce sujet, il faut appuyer la position voulant que l'article 317 C.c.Q. ne vise pas uniquement les actionnaires. Ce n'est pas le statut d'actionnaire qui déclenche la responsabilité civile, mais le fait qu'une personne, peu importe son rôle ou son absence de rôle dans la personne morale, soit l'auteur d'une faute.

C'est l'approche suivie dans l'affaire *Avoine c. Gareau*¹⁷⁵, laquelle illustre bien la portée de l'article 317 C.c.Q. et comment il doit s'intégrer dans un contexte de droit civil. Une personne ni actionnaire, ni administrateur peut être visée par l'article 317 C.c.Q. si elle est le véritable auteur d'une fraude, d'un abus de droit ou d'une violation de l'ordre public. Elle devient alors responsable si elle est à l'origine de l'action de la personne morale car le but visé par l'article 317 C.c.Q., est de mettre le grappin sur l'auteur de la faute, peu importe qui il est¹⁷⁶. D'ailleurs, il convient de bien remarquer que l'article 317 C.c.Q. n'énumère pas les personnes contre qui l'article peut s'appliquer, et l'interprétation littérale ne peut donc le limiter aux seuls actionnaires. Il y a une interrelation entre les articles 317 C.c.Q. et 1457 C.c.Q. et l'article

173. *Golden Harvest Fruit Co. c. Conseillers en campagne de financement Parfait International inc.*, REJB 1999-14699, J.E. 99-2092 (C.S.) ; 2639-1565 *Québec inc. c. Perras*, REJB 1999-14543, J.E. 99-2033 (C.A.).

174. 2639-1565 *Québec inc. c. Perras*, REJB 1999-14543, J.E. 99-2033 (C.A.).

175. *Ibid.*

176. *Ibid.*

317 C.c.Q. ne vise pas uniquement la faute extracontractuelle des actionnaires, mais aussi celle de quiconque tente d'utiliser le rempart de la personnalité morale. L'actionnaire n'est pas poursuivi parce qu'il est actionnaire ou qu'il agit à un titre quelconque dans la personne morale, mais bien parce qu'il a commis une faute extracontractuelle en participant à un comportement prohibé par l'article 317 C.c.Q.¹⁷⁷.

Un courant, qualifié de dominant, voudrait que seuls les actionnaires puissent être visés par l'article 317 C.c.Q.¹⁷⁸. Toutefois, cette appellation de « courant dominant » semble de moins en moins adéquate¹⁷⁹. Au surplus, ce courant nous apparaît inapproprié, contraire à l'esprit législatif à l'origine de l'article 317 C.c.Q. et surtout, une tentative pour limiter son application à défaut de pouvoir l'écarter complètement. Dans ce courant, l'abstraction de la personnalité morale est un recours autonome possible uniquement pour retenir la responsabilité personnelle des actionnaires et on ne pourrait l'employer contre les administrateurs et les dirigeants¹⁸⁰.

Il nous semble que cette approche est déficiente et qu'il faille privilégier une approche libérale pour conclure que l'article 317 C.c.Q. s'applique à quiconque profite de la situation par l'intermédiaire d'une personne morale pour causer préjudice à autrui sous forme de fraude, d'abus de droit ou de violation de l'ordre public. Il serait bizarre, sinon illogique, de n'appliquer l'article 317 C.c.Q. qu'aux seules personnes inscrites comme actionnaires dans les registres sociaux. Limiter la portée de l'article aux seuls cas des actionnaires *alter ego* qui ne prennent pas part à sa gestion, une situation exceptionnelle en pratique¹⁸¹, viderait l'article de sa substance. Certes, on peut retenir la responsabilité par le mécanisme de la responsabilité extracontractuelle¹⁸², mais cela ne résout pas entièrement la question. En effet, l'article 317 C.c.Q. vise à fermer la porte à ceux qui voudraient se libérer en invoquant une absence de responsabilité au motif qu'ils ont agi au nom ou par l'intermédiaire d'une personne morale.

177. *Ibid.*

178. S. CÔTÉ et J. GIRARD, *loc. cit.*, *supra*, note 44, p. 96.

179. *Ibid.*, p. 96 et 99-101.

180. M. MARTEL et P. MARTEL, *op.cit.*, *supra*, note 20, p. 1-73 à 1-74.1 ; P. MARTEL, *loc. cit.*, *supra*, note 62, p. 103-104 ; *Lanoue c. Brasserie Labatt ltée*, REJB 1999-11842, J.E. 99-857 (C.A.) ; *Coca-Cola Bottling Ltd. c. 9041-5694 Québec inc.*, REJB 2000-20494, J.E. 2000-1959 (C.S.).

181. R. CRÉTE et S. ROUSSEAU, *op.cit.*, *supra*, note 19, p. 169.

182. *Ibid.*

L'inapplication de l'article 317 C.c.Q. aux administrateurs et aux personnes non actionnaires sous prétexte que le « soulèvement du voile corporatif » ne s'applique qu'aux actionnaires puisque seuls ceux-ci doivent voir leur patrimoine affecté par ce soulèvement¹⁸³ est incorrecte. Le libellé de l'article 317 C.c.Q. ne se limite pas aux seuls actionnaires¹⁸⁴ et vise plutôt à empêcher toute personne contrôlant une personne morale de commettre, à son avantage, une fraude, un abus de droit ou une violation de l'ordre public¹⁸⁵. Que l'utilisateur de la personne morale à des fins illégales y ait ou non des investissements est sans importance. L'abstraction de la personnalité morale a toujours eu comme objectif d'empêcher le retranchement derrière le « voile corporatif » et la hauteur de l'investissement n'a jamais été un critère. Ainsi, un administrateur non actionnaire pouvait fort bien voir sa responsabilité personnelle retenue, indépendamment du fait qu'il n'avait pas investi dans l'entreprise. Un administrateur non actionnaire qui transférait sans contrepartie des actifs de la personne morale vers des entreprises dont il était actionnaire pouvait être condamné pour fraude selon les règles traditionnelles et on voit mal pourquoi l'article 317 C.c.Q. apporterait une solution différente. Plus même, une telle interprétation limitative de l'article 317 C.c.Q. non seulement le rendrait quasi-inutile, mais encore restreindrait singulièrement la portée des règles traditionnelles de « levée du voile corporatif » en éliminant un important cas d'application. Or, on voit mal que le législateur ait voulu cela, bien au contraire, le nouveau *Code civil du Québec* étant orienté vers la répression d'un comportement de ce genre.

Il est aussi soutenu que l'article 317 C.c.Q. ne cherche qu'à démasquer un actionnaire qui agit aussi comme administrateur, laissant faussement croire que c'est en raison de l'exercice des fonctions d'administrateur qu'il y a responsabilité alors qu'en vertu des règles du mandat, l'administrateur ne bénéficie plus de

183. M. MARTEL et P. MARTEL, *op.cit.*, *supra*, note 20, p. 24-101 et 24-102.

184. R. CRÊTE et S. ROUSSEAU, *op.cit.*, *supra*, note 19, p. 528. S. CÔTÉ et J. GIRARD, *loc. cit.*, *supra*, note 44, 92, indiquent qu'une interprétation littérale de l'article 317 C.c.Q. ne « permet en effet pas de déterminer avec clarté les personnes visées ». On voit mal la « clarté » dans cette affaire. Le texte, littéralement, ne fait pas d'énumération des personnes visées et il faut en déduire qu'il faut se laisser guider par le contexte de la situation et déterminer si la personne morale est employée ou non pour des fins frauduleuses, abusives ou contraires à l'ordre public. La question n'est donc pas de savoir par qui est utilisée la personne morale, mais bien si elle est utilisée ou non à ces fins.

185. R. CRÊTE et S. ROUSSEAU, *op.cit.*, *supra*, note 19, p. 529-530.

son immunité de mandataire s'il commet une faute extracontractuelle¹⁸⁶. Il convient de rappeler que ce sont les règles de la responsabilité extracontractuelle qui s'appliquent pour retenir la responsabilité de l'administrateur se servant de la personne morale à des fins prohibées par l'article 317 C.c.Q. Cet article ne laisse pas faussement croire que c'est en raison de l'exercice des fonctions d'administrateur qu'il y a responsabilité car aucune référence n'est faite au statut d'administrateur, ni à celui d'actionnaire d'ailleurs. De plus, si l'actionnaire agit comme administrateur et commet une faute dans l'exercice de ses fonctions, la source de responsabilité provient de l'exercice des fonctions et non du statut d'actionnaire, qui, il faut le rappeler, n'est plus un prérequis pour agir comme administrateur¹⁸⁷.

Limiter l'application de l'article 317 C.c.Q. aux seuls actionnaires, non seulement est une restriction non établie par cet article, mais viole l'esprit même de cet article qui se voit réduit à peu de choses. C'est rarement comme actionnaire lors d'une assemblée générale qu'une personne se trouve en situation de commettre une fraude, un abus de droit ou un manquement à l'ordre public. Sauf s'il existe une convention unanime des actionnaires quant à l'administration ou la gestion de la personne morale¹⁸⁸, un actionnaire a un rôle passif se limitant à sa participation aux assemblées des actionnaires car ce sont les administrateurs et les dirigeants qui représentent la personne morale, dirigent ou supervisent ses activités. L'actionnaire, individuellement en cette qualité, n'agit pas au nom de la personne morale et sa responsabilité se limite au paiement de ses actions¹⁸⁹. Mais si l'actionnaire devient un administrateur de fait ou un dirigeant et contrôle les activités de la personne morale, sa responsabilité pourra être engagée pour cette raison et non parce qu'il est actionnaire. Il en va de même si l'individu n'est même pas actionnaire de la personne morale, soit parce qu'il la contrôle par l'entremise d'une société de gestion, soit parce qu'un prête-nom est actionnaire à sa place. Il en résulte donc que la responsabilité pour participation à une fraude, à un abus de droit ou à une violation de l'ordre public ne découle normalement pas d'un comportement comme actionnaire mais plutôt en une autre qualité, particulière-

186. M. MARTEL et P. MARTEL, *op.cit.*, *supra*, note 20, p. 1-73 et 1-74 ; P. MARTEL, *loc. cit.*, *supra*, note 62, p. 103-104.

187. Articles 123.74 L.C.Q. et 105(2) L.C.S.A.

188. Articles 123.91 L.C.Q. et 146 L.C.S.A.

189. Articles 41 L.C.Q., 25 et 45 L.C.S.A.

ment celle d'administrateur, de dirigeant ou de représentant de la personne morale.

Quoi qu'il en soit, la responsabilité extracontractuelle ne doit pas découler de la qualification d'administrateur, de dirigeant, de représentant ou d'actionnaire de la personne morale. La responsabilité est personnelle à l'individu causant le préjudice, peu importe son titre ou ses liens avec la personne morale. En effet, l'interprétation du *Code civil du Québec* limitant l'application de l'article 317 C.c.Q. aux seuls actionnaires nous apparaît indûment complexe, ne se justifie pas par le texte même de l'article et surtout, ne tient pas compte des objectifs distincts et spécifiques des articles 317 et 1457 C.c.Q. Une lecture dans une perspective civiliste doit tenir compte du caractère général de ces articles et faire en sorte que la qualité d'actionnaire, d'administrateur ou de dirigeant ne soit pas un facteur dans leur application.

En effet, on a déjà noté que ni l'article 317 C.c.Q., ni l'article 1457 C.c.Q. n'emploient les termes actionnaire, administrateur ou dirigeant. Il n'y a pas lieu de faire des distinctions quand le législateur n'en fait pas, surtout si ces distinctions limitent la portée d'articles devant être considérés comme impératifs. L'article 1457 C.c.Q. établit le principe de la responsabilité extracontractuelle en imposant l'obligation de ne pas causer préjudice à autrui. L'article 317 C.c.Q. indique simplement que la personnalité juridique ne peut être invoquée contre une personne de bonne foi pour masquer une fraude, un abus de droit ou une contravention à l'ordre public. Par conséquent, il est inexact de conclure que l'article 317 C.c.Q. permet de retenir la responsabilité comme actionnaire et l'article 1457 C.c.Q., la responsabilité comme administrateur. La règle de la responsabilité civile extracontractuelle se trouve à l'article 1457 C.c.Q. et non à l'article 317 C.c.Q. Comme le soulignent avec justesse des auteurs, l'article 317 C.c.Q. permet de faciliter, en fin de compte, l'application de l'article 1457 C.c.Q.¹⁹⁰. Le statut d'administrateur, de dirigeant ou d'actionnaire est sans importance, car il suffit que la personne cause préjudice à autrui, peu importe son statut. La personne agissant par l'entremise d'une personne morale, peu importe qu'elle soit actionnaire, représentant, dirigeant ou administrateur et qui cause un préjudice à un tiers doit en répondre sauf si une disposition législative l'en exempte. C'est le cas quand la personne agit à

190. R. CRÊTE et S. ROUSSEAU, *op.cit.*, *supra*, note 19, p. 172-173 et 530.

titre de mandataire et à l'intérieur de ses fonctions car c'est le mandant, donc la personne morale, qui assume la responsabilité civile en vertu de l'article 2157 C.c.Q. L'immunité en matière extracontractuelle n'existe pas et l'administrateur ne peut se retrancher derrière son mandat dans ce cas¹⁹¹. L'administrateur, le dirigeant, le représentant, l'actionnaire ou toute personne participant à une faute extracontractuelle doit répondre de ses actes. La faute délibérée d'une personne manipulant plusieurs personnes morales liées pour créer de la confusion ou encore l'omission volontaire de dissiper la confusion devient une fraude au sens de l'article 317 C.c.Q. Cela justifie la création d'un lien de droit entre l'instigateur de la confusion et le tiers victime, entraînant ainsi une responsabilité personnelle selon l'article 1457 C.c.Q.¹⁹². Ce n'est que si sa responsabilité est établie que l'individu pourra tenter d'invoquer qu'il a agi au nom d'une personne morale. Dans ce cas, il faut voir s'il y avait mandat et alors en principe la responsabilité sera imputée au mandant qu'est la personne morale. L'article 317 C.c.Q. intervient pour écarter cette règle générale si la faute constitue une fraude, un abus de droit ou une violation de l'ordre public et retenir la responsabilité de l'auteur de la faute. Et comme cet article 317 C.c.Q., rédigé en des termes généraux, ne fait aucunement mention des personnes visées, ce peut fort bien être un administrateur, un dirigeant, un représentant, un actionnaire ou toute personne agissant par des prête-noms.

Des auteures mentionnent qu'il serait illogique de restreindre la portée de l'article 317 C.c.Q. aux seuls actionnaires et de l'exclure pour les actes que cette personne actionnaire pose comme administrateur¹⁹³, même si la responsabilité en tant qu'administrateur pourrait être retenue selon les principes généraux du droit civil¹⁹⁴. Comme l'article 317 C.c.Q. n'est pas générateur de responsabilité mais seulement créateur d'un lien de droit, il en découle que la responsabilité de l'actionnaire doit découler d'autres dispositions du droit civil. Comme la source de la responsabilité ne provient pas de l'article 317 C.c.Q., on voit mal pourquoi un lien de droit serait établi pour un actionnaire mais non pour un administrateur, un dirigeant ou un autre représentant.

191. P. MARTEL, *loc. cit.*, *supra*, note 62, p. 104.

192. *Interpoint Corp. c. Zei Électronique inc.*, REJB 1997-01113, J.E. 97-1312 (C.S.); P. MARTEL, « Le « voile corporatif » – l'attitude des tribunaux face à l'article 317 du Code civil du Québec », (1998) 58 *R. du B.* 95, 122.

193. S. CÔTÉ et J. GIRARD, *loc. cit.*, *supra*, note 44, p. 93.

194. *Ibid.*, p. 93-94.

Cette discrimination n'est pas logique et le texte même de l'article ne la justifie pas¹⁹⁵. Et si on tente de justifier l'application de l'article 317 C.c.Q. seulement aux actionnaires en raison de leur statut d'investisseurs dans la personne morale, ce n'est pas rationnel non plus, car ce n'est pas l'actionnariat qui doit être à la source de la responsabilité, mais bien le comportement.

CONCLUSION

L'article 317 C.c.Q. constitue une solution originale dans un contexte d'intégration du droit des sociétés par actions, d'origine étrangère, pour insérer le concept de la « levée du voile corporatif » en droit québécois. L'originalité consiste à ne pas mettre en cause l'existence distincte d'une compagnie ou d'une société par actions lorsqu'il s'agit de rechercher des individus employant à des fins illégitimes le mécanisme de la personnalité morale créé par le législateur pour se soustraire à la responsabilité personnelle qu'ils encourraient, n'eût été l'existence d'une ou plusieurs personnes morales dans leur processus illégitime. Il est en effet inutile d'employer un concept tel la négation de la personnalité morale ou, selon l'anglicisme répandu, la levée du « voile corporatif » pour rendre une personne responsable de ses propres actes. L'abstraction de la personnalité morale ne doit pas, en droit civil, signifier la négation de l'existence juridique d'une personne morale mais plutôt se limiter au refus d'en permettre l'interposition dans des activités d'entreprises. Si un individu se sert d'un autre pour commettre un acte illégal, il ne peut pas se dégager de sa responsabilité en prétextant que c'est l'autre individu, et non lui-même, qui a posé l'acte illégal. Pourquoi la situation devrait-elle être différente quand cette autre personne est une personne morale au lieu d'une personne physique ? Rien ne justifie en droit une telle distinction de régime.

La rédaction de l'article 317 C.c.Q. a de nombreux avantages. Il y a simplification de l'argumentation juridique pour ne pas emmêler indûment la situation du seul fait qu'une personne morale est impliquée au lieu d'une personne physique. Elle réduit la situation à la simple négation d'un moyen de défense quand une personne manipule une personne morale à ses fins personnelles et

195. *Avoine c. Gareau*, REJB 1999-13954, par. 106 et 109 à 111, J.E. 99-1502 (C.Q.), [1999] R.J.Q. 2122 (C.Q.) ; *Plastocap inc. c. Bundock*, J.E. 2000- 219, REJB 2000-21373 (C.S.) ; *Mathieu c. Schneiderman-Kirsch*, REJB 2003-42155 (C.Q.).

illégitimes. Ceci est simple, clair et efficace. Le législateur reconnaît la personnalité juridique distincte à une personne morale pour favoriser le bon essor des activités économiques, mais cette reconnaissance peut être retirée quand elle ne sert pas l'intérêt public.

Il ne faut pas dramatiser et voir dans cet article 317 C.c.Q. un rejet systématique de la personnalité juridique distincte dès qu'un acte illégal est commis par l'entremise d'une personne morale. Toute responsabilité encourue par une personne morale ne devient pas automatiquement celle de ses représentants ou de ses actionnaires. Comme l'indique bien le texte de l'article 317 C.c.Q., la personnalité juridique ne doit pas être employée à des fins frauduleuses, abusives ou contraires à l'ordre public. Il faut donc une participation personnelle à ces fins frauduleuses, abusives ou contraires à l'ordre public pour qu'il y ait responsabilité. Et comme les règles du mandat ne sont pas évacuées par l'article 317 C.c.Q., il en résulte, conformément à l'article 2157 C.c.Q., que tout mandataire non fautif de la personne morale agissant dans les limites de son mandat n'engage pas sa responsabilité personnelle puisque cet acte est celui de la personne morale mandante.

Enfin, il convient de souligner à la fois la précision et la flexibilité des conditions d'application de l'article 317 C.c.Q. En effet, cet article vise à prohiber les fins frauduleuses, abusives ou contraires à l'ordre public. Ces situations sont précises car limitées dans leur portée. Ce n'est pas tout comportement qui déclenche une responsabilité éventuelle. Elles sont également flexibles car elles font appel à des concepts tels la fraude, l'abus de droit et l'ordre public, lesquels permettent l'analyse des circonstances particulières à chaque espèce. Le législateur a laissé aux tribunaux l'appréciation des faits et l'évolution du droit en fonction du développement du monde des affaires. Les tribunaux se doivent d'être vigilants et d'examiner chaque cas à la lumière des principes fondamentaux du droit civil tout en se rappelant qu'une fraude, un abus de droit ou la violation de l'ordre public reste une fraude, un abus de droit ou une violation de l'ordre public malgré l'interposition d'une personne morale.

Bill 136 of 2005 and Trust Company R.R.S.Ps; *Bank of Nova Scotia v. Thibault* Reexamined

John B. Claxton

Résumé

De par une loi adoptée spécialement à cette fin en décembre 2005, l'Assemblée nationale du Québec a annulé les effets pratiques de la décision prise en 2004 par la Cour suprême du Canada dans *Banque de Nouvelle-Écosse c. Thibault*. La décision a nui aux détenteurs de REER québécois autogérés ayant l'objectif de mener à des rentes de retraite. Un million de REER pourraient être touchés par cette décision. La loi est particulière en ce sens qu'elle annule l'impact de la décision par des déclarations de droit visant certaines caractéristiques particulières de ces REER qui ont été identifiées par la Cour pour appuyer ses conclusions. La Cour a conclu que de tels REER n'étaient ni des contrats de rente, ni des fiducies, ayant décidé qu'il n'y avait pas eu de transfert de propriété à la société de fiducie. Elle a conclu que le contrat ne contenait pas de formulation quant au transfert, que l'épargnant se réservait le droit de retirer ses contributions, qu'il se réservait le droit de diriger les investissements, et que le rôle du fiduciaire était différent de celui d'un fiduciaire au sens du Code. Ainsi la nomination d'un bénéficiaire de la classe familiale ne rendait pas les actifs du REER insaisissables, et pourrait être invalide. Cependant, bien que la loi spéciale ait déclaré que les REER du type de ceux qui ont été examinés seraient admissibles en tant que rentes, elle n'a pas modifié le droit de base des rentes, ni celui des fiducies, les deux ayant été examinés dans la décision.

Dans un premier temps, l'auteur examine l'impact de cette loi sur de tels REER avant l'entrée en vigueur de la loi, sur ceux dont les tribunaux ont été saisis et sur les REER futurs. Il passe ensuite en revue les quatre arrêts qui ont fait autorité en fait de rentes, avant de conclure que la Cour suprême n'avait pas fait de

distinction entre les REER émis par les compagnies d'assurance et ceux émis par les sociétés de fiducie. Il examine le cadre législatif particulier qui régit les sociétés de fiducie, tel qu'il est modifié par la loi spéciale, et soutient que, contrairement au cas des compagnies d'assurance, les primes payées aux sociétés de fiducie sont, au sens de la loi, distinctes, et n'entrent donc pas dans le patrimoine de la société de fiducie. Par conséquent, que ce soit en cours d'accumulation ou de versement des rentes, les comptes de rentes d'une société de fiducie constituent des fonds de fiducie. (Ces conclusions ne sont toutefois pas abordées dans *Thibault*).

Par ailleurs, il considère que les arguments qui appuient la décision *Thibault* sont plutôt vagues et non convaincants, notamment les raisons invoquées pour conclure à l'absence de transfert de propriété. De plus, bien que la loi spéciale ait invalidé bon nombre des arguments de la Cour suprême au soutien d'une telle conclusion, elle n'a pas abordé les autres problématiques soulevées par les différences du cadre législatif sous-jacent de la société de fiducie. Par conséquent, une grande incertitude demeure chez les praticiens et juristes par rapport au droit de la fiducie et des contrats de rente. Il formule le souhait que la Cour acceptera d'entendre une autre cause prochainement pour pouvoir reconsidérer et clarifier plusieurs de ces questions.

Bill 136 of 2005 and Trust Company R.R.S.Ps; *Bank of Nova Scotia v. Thibault* Reexamined

John B. Claxton¹

INTRODUCTION	183
Part 1 – Legislative Intervention	184
The 2002 Legislation	184
The 2005 Legislation	185
Federal Legislation	188
Part 2 – Jurisprudence Characterizing Annuities	190
Conflicting Decisions.	190
<i>Thibault</i>	190
<i>Bagnoud</i>	191
<i>Firstcliff</i>	192
<i>Jobin</i>	194
Unseizability	194
Real Cause of the Conflict	195
Part 3 – Trust Company Operations	197

1. Q.C. of Gowling Lafleur Henderson, LLP, of Montreal. Professor Roderick A. Macdonald, of the Faculty of Law of McGill University was kind enough to comment on an earlier draft of this paper. All opinions are those of the author alone.

The Trust Companies Act	198
General Observations	200
A Trust is Presumed	204
Variations from 1260 CCQ Trust	208
Part 4 – Juridical Nature of Trust Company Annuities . . .	209
Paid out of Trust Funds	209
Meaning of “Annuity” under Article 2367.	209
The <i>2005 Legislation</i> and Annuities after March 1, 2006	211
Part 5 – The Path Through the Mine-Field	211
Important Principles.	212
Caution Respecting Limitation of Liability Clauses	215
CONCLUSIONS.	216

INTRODUCTION

1. Two years have passed since the Supreme Court of Canada gave judgment in *Bank of Nova Scotia v. Thibault*.² The judgment concerned a particular Registered Retirement Savings Plan (RRSP).³ Mme Justice Deschamps, for the Court, found that the plan (the “Plan”) subscribed to by Mr. Thibault (“Thibault”) did not qualify as a contract of annuity, nor constitute a trust. The Court ruled that the assets under the Plan remained a part of the patrimony of Thibault, and were seizable at the behest of his creditors. In support of these conclusions, the Court found the Plan contained no words of transfer, that before maturity (Thibault’s retirement date) he could withdraw all capital in whole or in part without terminating the Plan, that the trustee’s duties were restricted to carrying out Thibault’s instructions on investments and maintaining assets, and that this limited role is different from that of a trustee under article 1278 Civil Code of Quebec.⁴

2. In December, 2004 the *Revue du Barreau* published the author’s preliminary report on the findings of the Supreme Court of Canada in *Thibault*.⁵ In it he predicted that the reasons for the decision would give rise to as many questions as they answered. In his then unpublished work, *Studies on the Quebec Law of Trust*,⁶ from which his report was extracted, he also predicted that the introduction of the trust as an autonomous patrimony will cause legal theory to have a bearing on the law in practice never before encountered. Both predictions have proved to be true, as these notes will illustrate.

3. The decision in *Thibault*, also resulted in considerable consternation within Quebec’s investment community. Many thousands of RRSPs that essentially followed the model of the Plan had been

2. *Bank of Nova Scotia v. Thibault*, [2004] 1 S.C.R. 758, (herein called “*Thibault*”).

3. Registered Retirement Savings Plan, as contemplated by the *Income Tax Act* of Canada, R.S.C. (1985), 5th Suppl. c. 1, (herein called an “RRSP”).

4. Herein called the “Code” or “C.C.Q.” References to article numbers without more are to articles of the Code.

5. See John B. CLAXTON, “The Quebec R.R.S.P. and *Bank of Nova Scotia v. Thibault*”, [2003] 63 *R. du B.* 257.

6. *Studies on the Quebec Law of Trust*, Thomson-Carswell, Toronto 2005, at 328 and 566.

sold.⁷ Inevitably they provided for the nomination of a beneficiary to take in the event of the death of the contributor. Moreover, it was usually assumed and sometimes represented that if the beneficiary was his or her spouse or an ascendant or descendant the fund was exempt from seizure. In addition, if the plans were neither contracts of annuity nor trusts, were they within the powers of the trust company that was a party to them? Was the nomination of a beneficiary other than the contributor enforceable?

Part 1 – Legislative Intervention

The 2002 Legislation

4. The degree of alarm registered in consequence of the *Thibault* decision, even by the Court of Appeal decision,⁸ caused the Legislature to intervene. It had to do so twice. In December 2002 it enacted *An Act to Amend the Act Respecting Insurance and Other Legislative Provisions*, whereby (s. 187) it amended⁹ the *Act Respecting Trust Companies and Savings Companies*,¹⁰ declaring that a stipulation in a contract for the constitution of annuity, and permitting the withdrawal of capital, does not prevent the contract from being considered an annuity contract within the meaning of article 2367 CCQ. The 2002 Legislation added that it was declaratory and was not to infringe upon the rights of the parties to cases then pending. In *Thibault* the Supreme Court of Canada noted this and declared it was not to affect the rights of the parties. It then also declared it was useful to examine the provision in the more general context of the law governing life insurance, annuities and pension plans (para. 43 of the judgment).¹¹

5. The Supreme Court then found this enactment did not change the central element of annuity contracts that capital be alienated. As in *Thibault* the Court had found there to be none, the new

7. Statistics Canada, *The Daily*, October 26, 2005, reports that in Quebec in 2004 there were 1,533,610 Quebec contributors to RRSPs, with total contributions in excess of \$6.6 billion. Many of these would be self-directed plans similar to that found in *Thibault*.

8. *Scotia McLeod Inc. v. Thibault*, Court of Appeal decision reported at [2001] R.J.Q. 2099, JE 2001, 1654.

9. *An Act to Amend the Act Respecting Insurance and Other Legislative Provisions*, S.Q. 2002, c. 70 (herein called the “2002 Legislation”).

10. *Act Respecting Trust Companies and Savings Companies*, S.Q. c. S-29.01 (herein called the “Trust Companies Act”).

11. References to paragraph numbers of a judgment without more are references to the corresponding paragraph numbers of the judgment then being cited.

enactment was found to be not available to assist one in Thibault's position (para. 46). Accordingly, the Court concluded that the object of the 2002 Legislation was to place the right to partially withdraw contributions on the same footing as the right to totally withdraw contributions where there was also a stated consequential reduction in benefits or termination of the plan (underlining added).¹² The latter had been upheld in the Court of Appeal in 1994 in *In re Les Coopérants; Firstcliff Development Inc. v. Raymond Chabot, Fafard, Gagnon Inc.*¹³

The 2005 Legislation

6. In view of this ruling, the financial community and the Legislature concluded that further legislation was required. On December 6, 2005 it introduced *An Act to Amend the Act Respecting Insurance, and the Act Respecting Trust Companies and Savings Companies*.¹⁴ Except as noted below, it came into force December 16, 2005. Generally speaking its provisions may be summarized as follows. Some of them will invite further comment in other sections of this study.

7. First, effective March 1, 2006 the *Insurance Act*¹⁵ and the *Trust Companies Act*¹⁶ are amended (ss. 2, 5 of the 2005 Legislation) to reaffirm that: (i) the accumulated capital for fixed term annuities is unseizable if the designated beneficiary is of the class identified in articles 2457 or 2458 CCQ; (ii) a contract that contains an offer of a choice of investments does not preclude the trust company or the insurance company from having control of the accumulated capital; (iii) a contract may provide for the withdrawal by the contributor of all or a part of the accumulated capital, and the exer-

12. The debates in the Legislature (Assemblée nationale, Commission permanente des finances publiques, Étude détaillée du projet de la loi 110 – Loi modifiant la Loi sur les assurances et d'autres dispositions législatives, *Journal des débats*, cahier no. 98, 17, décembre, 2002 (art. 187)) were not pleaded in the Supreme Court, but reveal clearly that the object of the amendments was to legalize the unseizability feature of the *Thibault* type Plan as issued by trust companies even if they allowed for unrestricted rights of withdrawal of capital.

13. *In re Les Coopérants; Firstcliff Development Inc. v. Raymond Chabot, Fafard, Gagnon Inc.*, *infra*, note 29, (C.A. – sometimes called “*Firstcliff*”).

14. *An Act to Amend the Act Respecting Insurance and the Act Respecting Trust Companies and Savings Companies*, S.Q. 2005, c. 51 (herein called the “2005 Legislation”). References to sections (“s.” or “ss.”) are to sections of the 2005 Legislation. The Act is technical, and the reader should read it for himself.

15. *An Act Respecting Insurance*, R.S.Q. c. A-32, (herein called the “Insurance Act”).

16. *Trust Companies Act*, *supra*, note 10.

cise of such right reduces the obligations of the annuity debtor accordingly (this clause would appear to supersede the *2002 Legislation*); and (iv) when the contract is entered into the annuity to be paid periodically must be determinate or determinable according to variables and a computation method specified in the contract.

8. As a general rule, there is a strong presumption against retroactive legislation.¹⁷ To reach into the past and declare a law different to what it was violates the rule of law, which is to permit advance knowledge of what the law is.¹⁸ However, the presumption can be rebutted either by express words or by necessary implication. Points (i), (ii) and (iii) are interpretative, and will apply to RRSPs outstanding when the law came into effect. To this degree it will have retrospective effect. They will apply to contracts that were executed earlier, but are on going. Point (iv), on the other hand, is reformatory or prospective and by express provision is to apply only to contracts of annuity entered into after March 1, 2006.

9. Second, RRSPs entered into before March 1, 2006 “as an annuity contract and not in compliance with article 2367 of the Civil Code” (“à titre de contrat de rente et qui n’est pas conforme à l’article 2367 du Code civil” – s.7) as was found to be the case in *Thibault*, are to carry with them unseizability of the accumulated capital as though it had been accumulated under an annuity contract. Thus to be unseizable the spouse (married or civil union) or an ascendant or descendant must be named beneficiary in the event of the death of the annuitant or the person who contributed the capital (2457). In the alternative, a third party, named irrevocably, makes the capital unseizable (2458). Accordingly such contracts sold as annuities (many of Quebec RRSPs) now can benefit from the unseizability provision of articles 2457 and 2458 CCQ. Note that under this provision of the *2005 Legislation* it matters not whether the contract providing the annuity permitted direction of investments or a withdrawal of capital.

17. Pierre-André CÔTÉ, *Interprétation des lois*, 3^e ed. Les Éditions Thémis, 1999, 150 (cited as “Côté”).

18. Ruth SULLIVAN, *Sullivan and Dreidger, Construction of Statutes*, 4th ed., Butterworths, Toronto, 2002, 553 (cited as “Dreidger”). This recent edition is the most comprehensive work on the subject.

10. Third, outstanding RRSPs entered into before March 1, 2005 and “offered as an annuity contract” (“qui a été offert”) are to carry with them “all the effects of an annuity contract” (“*tous les effets d’un contrat de rente*” – s. 8). However, the need for a sales prospectus under the *Securities Act* is expressly removed.¹⁹ The 2005 *Legislation* (s. 8) grants the necessary capacity to the insurance company or trust company to enter into such contracts, and confirms the validity of the designation of the beneficiaries thereunder. It also declares any such designation may be revoked by will.

11. The provisions described in the last two paragraphs are expressly stated to be declaratory of the law (s.11), declaratory of not only what the law is at the time of the enactment, but of what the law was and has always been. Their purpose is to correct certain invalidities in the form of contract. Thus they will have retrospective effect, but will not interfere with rights adjudicated prior to enactment.²⁰ However, it is also expressly declared (s. 11) that they are not to apply to pending cases or to contracts entered into after March 1, 2006. These particular corrections are withdrawn for future contracts.

12. Fourth, the 2005 *Legislation* is not to affect pending cases (ss. 9-12). However through a most exceptional and unusual measure, it provides that if the property of a plan is seized and paid out to a third party (“à un tiers”) the insurance company or trust company must restore the capital, reinstate the plan and compensate the planholder for judicial and extra judicial costs incurred by the planholder, all upon the condition that the plan is one that would have been rendered unseizable by the 2005 *Legislation*. The phrase “to a third party” includes the bankruptcy trustee.²¹ Such an insurance company or trust company is denied the right to recover any amount paid out in consequence of the seizure or judgment. By this exceptional provision, the Legislature strives not to interfere with pending litigation, but then allows those whose

19. *The Securities Act*, R.S.Q. c. V-1.1.

20. Dreidger, *supra*, note 18, at 564; Côté, *supra*, note 17, at 167; *Craies on Statute Law*, 7th ed., Sweet & Maxwell, 1971, London, 395; *Maxwell on the Interpretation of Statutes*, 12th ed., Sweet & Maxwell, London, 1962, 204, 212. See also the *Journal des débats de l'Assemblée Nationale*, 37^e législature, 1^e session, Projet de loi 136, Commission des finances publiques, 9 décembre, Assemblée 14 décembre.

21. *Bélanger v. Standard Life du Canada*, [2006] QCCQ 5965, AZ50380297 (C.S. Montreal, June 29, 2006, Charles E. Grenier, J.).

rights to capital were or are declared forfeit to recover such capital as if the new correcting legislation had applied to them. The indemnity provision, imposes new obligations on parties to settled or pending cases. It affects established and vested rights. It will be strictly construed, that is, restrictively interpreted.

Federal Legislation

13. The *Bankruptcy and Insolvency Act*²² excludes from the property of the bankrupt available for the satisfaction of the claims of his creditors, “property as against the bankrupt that is exempt from execution or seizure under the law of the province within which the property is situated and within which the bankrupt resides ” (section 67 (1) (b)). On November 25, 2005 this provision was modified to do, among others, two things. First, to delete from the application of the section, property in an RRSP or in an RRIF.²³ Second, to add a new section (67 (1) (b.3)) providing that there should also be excluded from property available for the satisfaction of the claims of creditors, “subject to any conditions ” property of an RRSP or RRIF, “other than property contributed in the 12 months, or such longer period as the court may specify, before the date of bankruptcy. ” The “conditions ” to be enacted might include restrictions to “locked-in ” plans and a ceiling on the exempt amount. The law may be amended. Although the subject of bankruptcy is within federal jurisdiction, federal legislation has for some time recognised provincial law governing exemptions from execution of judgments or seizures by creditors.²⁴ It will extend the exemption to all RRSPs and RRIFs, regardless of whether a beneficiary is named or not, except for the premiums paid during the last twelve months.

14. These amendments are made through the *Wage Earner Protection Program Act*.²⁵ This Act is to provide for the payment, through a new government programme, of wages of individuals whose employment is terminated by reason of their employer’s bankruptcy or receivership. The amendments referred to above are to come into force on the day fixed by order in council. These provisions will then apply to anyone who becomes a bankrupt,

22. *Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C. c. B-3.

23. RRIF means a Registered Retirement Income Fund, a product converted from an RRSP upon retirement, as prescribed by the *Income Tax Act*, *supra*, note 3.

24. See Roger P. SIMARD, “Mise à jour sur l’insaisissabilité du REER,” *Revue de planification fiscale et successorale*, vol. 23, No. 2, at 340.

25. *Wage Earner Protection Program Act*, S.C. (2005), c. 47.

who files a notice of intention, who files a proposal, against whom a proposal is filed, or for whom an interim receiver is appointed (s. 133). The new government, elected in January 2006, would appear to be in no hurry to proceed with these matters. Pending the coming into force of these amendments, Quebec RRSPs and RRIFs will be entitled to protection against seizure by the bankruptcy trustee to the degree that they are protected from seizure under the law of Quebec.

15. This then invites one to conclude that the essential legal issues of many RRSPs have been settled by the intervening legislation, and that no further comment on those given rise to by *Thibault* is warranted. Would that this were true. The 2005 Legislation removes the main causes which the Supreme Court identified as resulting in the failure of the Thibault Plan as a contract of annuity, but it did not address any of the findings of the Court concerning the characteristics of trust company annuities, including the question of the location of title to the Plan capital. Nor does it address any of the comments of the Court on the law of trust.

16. Moreover, both the Bar and the bench have taken many of the Supreme Court's observations in *Thibault* that concern these elements out of context, giving them wider application than intended. Thirteen reported cases, some of which are still in appeal, have been identified.²⁶ Although it is expected that the 2005 Legislation and its retroactive effects will deter further similar suits, there remain many legal issues relating to trust company annuities and trusts that it does not address. The purpose of this

26. See *Lacroix (Syndic de)*, [2001] R.J.Q. 400 (C.S.); *In Re Bélanger* [2002] R.J.Q. 2878 (C.S.) and J.E. 2004-114 (C.A.); *Croft (syndic de)*, [1998] R.J.Q. 1917 (C.S.); *Mario Rivard v. La Procureure Générale du Canada and Fiducie Desjardins Inc.*, March 17, 2005, S.C. Mtl. No. 200-11-005612-084. (settled in appeal); *Michel Plamondon v. Leblond et Associés inc. (Syndic) and Fiducie Desjardins*, S.C. Que., June 29, 2005, No. 200-11-013089-043 (appeal filed – cited as “Plamondon”); *Pascal Gervais v. Appel & Cie Inc (Syndic) and Le Sous-ministre du Revenu du Québec and Great West, Compagnie d'assurance-vie*, (C.S. Longueuil), July 11, 2005, No. 505-11-004415-019 (appeal filed); *Bernard Legault v. Bernard Chabot Inc. and La banque Toronto dominion and Trust banque nationale inc.*, [2004] R.J.Q. 2170 (C.S.); *Bouchard, Tremblay & Cie (syndic de) v. Trust banque nationale*, [2004] J.Q. No. 11232 (C.S.); *Gagné v. Deschênes*, REJB 2004-52612 (C. S.); *Le Sous-ministre du revenu du Québec v. Micheline Tardif et Fiducie Desjardins*, EYB 2006-99571, AZ-50349997 (cited as “Micheline Tardif”); *Le Sous-ministre du revenu du Québec v. Michel Tardif and Services en placement Peak Inc.*, EYB 2006-99570, AZ-50349996; *Roy (Syndic) v. Bagnoud*, (C.A. Mtl.), *infra*, note 28; *Marché Bernard Lemay Inc. v. Beljaars*, [2003] R.J.Q. 1557 (C.S.).

paper is to explore some of these issues. To a degree it is to explore things the Court did not say.

Part 2 – Jurisprudence Characterizing Annuities

Conflicting Decisions

17. One must start with an analysis of the four leading cases of our higher courts characterizing some aspects of Quebec annuities. They all in a measure are concerned with the location of title to the funds to provide the annuity during the accumulation phase. From one point of view they are in conflict. The cases are *Bank of Nova Scotia v. Thibault*²⁷ and *Roy (Syndic) v. Bagnoud*,²⁸ on the one side, and *In re Les Coopérants; Firstcliff Development Inc. v. Raymond Chabot, Fafard, Gagnon Inc.*²⁹ and *In Re Jobin: Blais Fortier, Touche, Ross Ltée v. Monarch Life Assurance Co.*³⁰ on the other. They will be reviewed in this order.

Thibault

18. In *Bank of Nova Scotia v. Thibault*,³¹ the Supreme Court found that any contract of annuity would be constituted only upon the maturity date, that is, upon Thibault's retirement. It found that the constitution of an annuity required a transfer or alienation of property and that "alienation... involves the idea of permanence" (para. 24), "the transfer must have complete legal effect" (para. 34). Rather, with respect to the Thibault Plan, it proceeded to note (i) Thibault's description in his application form for his RRSP as "owner" and thus continuing owner of the funds delivered to the trustee (para. 18), (ii) the absence of words of transfer in the Plan (para. 32), (iii) the fact that in earlier decisions the use of the terms "trustee" and "in trust" did not *per se* constitute a trust (paras 21, 28), (iv) Thibault's right to withdraw funds (paras 32, 41, 50), (v) his right to direct investments (para. 37), and (vi) the trust company's limited responsibility (para. 37).

27. *Bank of Nova Scotia v. Thibault*, *supra*, note 2, [2004] 1 S.C.R. 758, (herein called "Thibault").

28. *Roy (Syndic) v. Bagnoud*, (C.A. Mtl.), May 10, 2005, No. 500-09-012488-029, [2005] QCCA 492 (herein called "Bagnoud")

29. *In re Les Coopérants; Firstcliff Development Inc. v. Raymond Chabot, Fafard, Gagnon Inc.*, [1994] R. L. 268 (C.A. – herein called "Firstcliff").

30. *In Re Jobin: Blais Fortier, Touche, Ross Ltée v. Monarch Life Assurance Co.*, [1986] R.J.Q. 1755 (C.A. – herein called "Jobin")

31. *Thibault*, *supra*, note 2.

19. For an onerous contract of annuity the Court declared in an *obiter dictum* that article 2367 defining an annuity prescribes that there must be (i) a debtor, (ii) an annuitant, (iii) an alienation of capital, (iv) an obligation to pay, and (v) a specification of a periodic amount for a fixed term (para. 16).

Bagnoud

20. In *Roy (Syndic) v. Bagnoud*³² of May, 2005 on another RRSP, the facts and the result were different. On termination of employment Bagnoud transferred her accumulated pension benefit to an RRSP. Clear words of transfer in trust were employed. Under the plan she could make further deposits, and on retirement would receive an annuity or convert to a Registered Retirement Income Fund or RRIF. She had the right to transfer the capital amount to another RRSP, but no right to withdraw the initial capital unless medically certified an invalid or as having reduced life expectancy.³³ Her limited right to direct investments, with corresponding release of the trustee of responsibility, was respected.³⁴ This right has now been expressly sanctioned by the *2005 Legislation* (see para. 7 above) for both past and future cases, if one can conclude that “a choice of investments” includes an unlimited choice of investments. The Court found, unlike *Thibault*, that the requirements for constitution of a trust had been met. There was a transfer of property; to another patrimony; appropriated to a specified purpose, and accepted by a qualified trustee (1260). The property ceased to form part of the patrimony of the settlor (1261).

21. In *Bagnoud* in the Court of Appeal, Mr. Justice Dalphond accepted the five elements identified in *Thibault* as being required for the formation of an annuity (para. 19 above). He ruled that, under the RRSP in issue in *Bagnoud*, the requirements of a contract of annuity were only to be present upon maturity, the retirement date of Bagnoud. Citing an article by M^e Jean-François Michaud,³⁵ Mr. Justice Dalphond said:

32. *Bagnoud*, *supra*, note 28.

33. This restricted right to the capital was discounted as an element of the constituent's control in each of *Bagnoud*, *supra*, note 28, in *Micheline Tardif*, *supra*, note 26 and in *Marché Bernard Lemay v. Beljaars*, *supra*, note 26.

34. The Court of Appeal adopted the earlier decision of *Darling v. Le Sous-ministre du Revenu du Québec*, [1996] R.D.F.Q. 28, J.E. 96-862 (herein called “*Darling*”).

35. Jean-François MICHAUD, “L’insaisissabilité de certains contrats émis par des assureurs: une mise à jour”, dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, *Développements récents en droit des assurances*, vol. 222, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, 135, at 141.

Il demeure cependant que ce n'est qu'à l'échéance du REÉR qu'il y aura liquidation de l'actif en vue de constituer une rente. De plus, le montant pourra plutôt être transféré dans un autre véhicule autorisé. En d'autres mots, on ne trouve pas encore un débirentier, ni une obligation de payer une rente et encore moins une périodicité de paiements.³⁶

22. The plan in question provided that “[à] l’échéance du régime, l’actif ... servira à constituer une rente de retraite qui sera versée au souscripteur sous la forme de versements égaux annuels ou plus fréquents”... It went on to provide for alternative modes of settlement and for transfers to other types of plan. It spoke of conversion to an annuity in the future. These provisions support the findings of the Court of Appeal.

Firstcliff

23. The article by M^e Michaud that was referred to in *Bagnoud* cited *In re Les Coopérants; Firstcliff Development Inc. v. Raymond Chabot, Fafard, Gagnon Inc.*,³⁷ and in particular, the statement of Mme Justice Rousseau-Houle concerning certain life insurance company annuity contracts:

Dans plusieurs contrats, il n'est possible de déterminer, au moment de la signature du contrat, le montant en capital qui sera disponible dans le futur pour servir la rente. La prestation variera en fonction du rendement obtenu par l'assureur pendant la période d'accumulation. L'absence de quotité, par ailleurs déterminable à tout moment par les actuaires de la débitrice, en fonction de calculs ou de tables de mortalité bien établis, n'empêche pas la création d'une obligation valide.³⁸

24. The contracts under consideration in *Firstcliff* were retirement benefit contracts with an insurance company in liquidation (not a trust company) for the accumulation of funds and their investment for the ultimate issue of a life or term retirement annuity. Many qualified as RRSPs.

25. Earlier in this judgment, the Court of Appeal made a careful examination of the definition of the contract of annuity developed by the principal authorities, and concluded those contracts under

36. *Bagnoud*, *supra*, note 28, para. 26.

37. *Firstcliff*, *supra*, note 29.

38. *Firstcliff*, *ibid.*, at 297.

examination qualified.³⁹ *Firstcliff* was tried under the provisions of the CCLC.⁴⁰ It was made quite clear that the contract of annuity embraced both the accumulation period and the payment period,⁴¹ but it also found that in the contracts under study, the right to the annuity arose upon execution of the contract and payment of the first premium. M^{me} Justice Rousseau-Houle also said:

Ils confèrent tous aux participants (crédirentiers) un droit personnel leur permettant d'exiger que le débirentier leur paie durant la vie ou pendant une période déterminée, une certaine somme d'argent. Leur droit à une telle rente naît dès la formation du contrat.⁴²

In making this statement, she relied on *Jobin*.⁴³

26. It is also of importance to note that M^{me} Justice Rousseau-Houle in *Firstcliff* then went on to declare that the alternative modes of settlement provided by options in favour of the annuitant, and to be reflected by supplementary contracts, did not modify the nature of the original contractual relationship between the parties, nor effect novation. It is common in both annuity contracts and life insurance contracts to offer the contributor the right to elect one of several modes of settlement. These may include a deferred annuity, which starts after a future date, a lump sum payment, payments by instalments, an annuity guaranteed for a term of years, an annuity guaranteed for life (for life insurance companies), and various types of spousal survival annuity. They may include the option to apply the accumulated capital to the conversion to, or purchase of, another similar financial product including an RRIF. She said:

Le droit d'acheter une rente au terme de la période d'accumulation découle essentiellement de la relation juridique entre la société débitrice et le détenteur du contrat de rente et n'opère aucun changement de l'objet ou de la cause du contrat.⁴⁴

39. See P.-B. MIGNAULT, *Le droit civil canadien*, t. 1, 442, C. Théoret, 1896, t. 8, 285, Wilson & Lafleur, Montréal, 1909; H. Roch et R. Paré, *Traité de droit civil du Québec*, t. 13, 233, Wilson & Lafleur, Montréal, 1952; A. Montpetit et G. Tailleur, *Traité de droit civil du Québec*, t. 3, 62, Wilson & Lafleur, Montréal, 1945.

40. Civil Code of Lower Canada, (herein called the "CCLC").

41. See also Élyse LEMAY, "Aspects légaux des contrats de RÉER chez les assureurs vie", (2000) 45 APFF Congrès 1, paras 1.2, 1.3

42. *Firstcliff*, *supra*, note 29, at 296.

43. *Jobin*, *supra*, note 30.

44. *Firstcliff*, *supra*, note 29, at 297.

She cites *Lalonde v. Sun Life du Canada, Cie d'assurance-vie*,⁴⁵ which, among other things, rejects the idea of novation of the original insurance obligation through subsequent contracts of modification.

Jobin

27. *In Re Jobin: Blais Fortier, Touche, Ross Ltée v. Monarch Life Assurance Co.*⁴⁶ involved the seizability by the bankruptcy trustee of an RRSP to provide for an annuity, and where a beneficiary of the preferred class had been named. It was heard under the provisions of the CCLC. Mr. Justice LeBel, now of the Supreme Court of Canada, was concerned with an RRSP providing for the issue by the insurance company of a life annuity on retirement. He equated it to a policy of life insurance. He declared:

En contrepartie d'un versement comptant initial et de la possibilité de paiements additionnels, Jobin a acquis un droit à une rente. Celle-ci lui est payable aux dates et suivant les modalités convenues. Les seules obligations de Monarch sont de lui servir cette rente et de payer éventuellement certains bénéfices au bénéficiaire désigné par Jobin, au cas de décès. Ce sont là les obligations de Monarch. Le droit à une rente naissant dès la conclusion du contrat par la remise d'un somme d'argent dont la propriété passait immédiatement entre les mains de Monarch.⁴⁷

28. One must also note that in *Thibault*, the Supreme Court declared that, although the definition of annuity found in article 2367 of the CCQ is worded differently from the previous definition of article 1787 of the CCLC, the mechanism for constituting an annuity has not been changed (para. 24).⁴⁸

Unseizability

29. In passing one may conclude that it is now settled law that this status of unseizability extends to funds and assets held during the

45. *Lalonde v. Sun Life du Canada, Cie d'assurance-vie*, (1992) 3 S.C.R. 261.

46. *Jobin*, *supra*, note 30.

47. *Jobin*, *ibid.*, at 1757.

48. Annuity contracts take many forms. For a description of some of them, see Luc Plamondon, "Qui doit être titulaire et bénéficiaire des assurances sur la vie, des rentes et des REÉR ?" *Revue de planification fiscale et successorale*, vol. 8, No. 1, (1986), 56, at 89; Élyse LEMAY, *supra*, note 41, paras 1.5, 2.1; Louis RABEAU, "L'insaisissabilité des REÉR et autres produits connexes", *Faillite et insolvabilité, Doctrine – document 2*, Chambre des Notaires, Novembre 1995, para. 27 ff.

accumulation phase of the annuity contract, as well as upon the issue of the annuity. It is invoked through the nomination of a beneficiary of the preferred class listed in article 2457, or an irrevocable nomination under article 2458 of the Code and in the circumstances identified in such articles.⁴⁹ Each of *Thibault*⁵⁰ (paras 10 to 14) in the Supreme Court of Canada and *Jobin*,⁵¹ *Firstcliff*⁵² and *Procureur Général du Canada v. Sentilly*,⁵³ all in the Court of Appeal, either confirm this directly or assume it for purposes of the decision. The *Thibault* decision noted that legislative policy had long favoured the sheltering of certain life insurance assets from creditors for the benefit of the family through such a declaration of unseizability, and that this policy had recently been extended to the annuities, which trust companies are now permitted to issue. For future trust company annuity contracts, under the *2005 Legislation*⁵⁴ the provision declaring them to be entitled to the benefit of unseizability when beneficiaries of the preferred class are named, has been clarified and restated (see para. 36). For prior contracts, the legislation expressly declares RRSPs entered into before March 1, 2005 are to carry with them the effects of an annuity contract (see para. 10 above).

Real Cause of the Conflict

30. An attempt must still be made to explain the differences in the findings of Mme Justice Deschamps in *Thibault*⁵⁵ and Mr. Justice Dalphond in *Bagnoud*,⁵⁶ with those of M^{me} Justice Rousseau-

49. For the limitation of the application of these articles see *Poulin v. Serge Morency et Associés*, [1999] 3 S.C.R. 361 and *Perron-Malenfant v. Malenfant (Trustee of)*, [1999] 3 S.C.R. 375 (herein called "*Malenfant*"). In *Malenfant* Mr. Justice Gonthier found the extensive reforms of insurance law of 1976 and their restatement (they are now contained in the CCQ) constitutes a complete and exhaustive code on insurance and supercedes the prior law. He also noted the class of protected beneficiaries was defined in relation to the policyholder, and, unlike the *common law* provinces, not in relation to the life insured. He felt this was a matter to be corrected by the Legislature. In contrast, for Quebec, in the case of group insurance the qualified class is in relation to the life insured. It is still to be hoped that the Legislature will see fit to correct this anomaly.

50. *Thibault*, *supra*, note 2.

51. *Jobin*, *supra*, note 30.

52. *Firstcliff*, *supra*, note 29.

53. *Procureur Général du Canada v. Sentilly*, JE 97-199 (C.A.), January 8, 1997, No. 500-09-001192-871 (herein called "*Sentilly*").

54. *2005 Legislation*, *supra*, note 14.

55. *Thibault*, *supra*, note 2.

56. *Bagnoud*, *supra*, note 28.

Houle in *Firstcliff*⁵⁷ and Mr. Justice LeBel in *Jobin*.⁵⁸ In *Bagnoud*, the trust company's obligation was to convert the fund to a paid up annuity contract, or to provide some other elected mode of settlement on maturity (retirement). The annuity, if the elected mode of settlement, was by its terms to issue in the future. The Plan and decision in *Thibault* was in the same sense. In *Firstcliff* and in *Jobin*, the insurer's obligation to issue the annuity is incurred immediately on execution of the contract, with payment to commence in the future. In all cases, the amount of the future annuity would be determinable as a function of the amount to be accumulated, the rate of investment return, and the number of payments to be made after retirement. The amount was not determined, but determinable. In *Firstcliff* and in *Jobin* the various modes of settlement were expressed as supplementary elective options to be exercised in the future. In default of exercise, the issuer would still have in the future a firm obligation to pay an annuity.

31. Thus there would seem to be a difference between a contract with an immediate obligation for a deferred term annuity to commence on retirement, and a contract with a deferred obligation for a term annuity to commence on retirement.⁵⁹ One could speak of an immediate obligation for a deferred annuity, in contrast to a deferred obligation for an annuity. This literal, and perhaps superficial analysis suggests an untenable absurdity. A contract to provide a trust company retirement annuity could designate the spouse as beneficiary and be unseizable if the future obligation for the annuity is incurred on execution of the contract and expressed in the present tense. It could not if the future obligation is expressed in the future tense. Fortunately the *2005 Legislation*⁶⁰ does not speak of the present or future obligation or the tense of the verb to be employed. However, it declares that outstanding contracts of the type considered in *Thibault* have the effect of annuities contemplated by article 2367 of the Code, even if not in compliance with the article. It does not expressly declare them to be annuity contracts, but to benefit from the corrective legislation they must have been offered as annuity contracts. (It

57. *Firstcliff*, *supra*, note 29.

58. *Jobin*, *supra*, note 30.

59. This brings to mind the phrase coined by Lord Sumner of the Judicial Committee of the Privy Council in *Quebec Railway, Light Heat & Power v. Vandry*, [1920] A.C. 662, at 677, where he said "[t]here is a difference, slight in fact but clear in law, between a rebuttable presumption of *faute* and a liability defeasible by proof of inability to prevent the damage."

60. *2005 Legislation*, *supra*, note 14.

makes no such declaration for contracts entered into after March 1, 2006. These are dealt with in a different manner – see para. 57 and following.)

32. A more careful analysis pivots the difference between the decisions on a different basis. If one reads *Firstcliff* and *Jobin* closely, both of which involved insurance company annuities, one can discern a less technical approach than in *Thibault* and in *Bagnoud*. This would appear to be because insurance company products involve a transfer to the patrimony of the insurer of real rights in the capital required. Indeed, in *Firstcliff*, with respect to insurance company annuities, the Court said:

Dans les contrats sous étude, il y a aliénation du capital par le créancier en faveur de la débitrice. [...] Elles ont été alors confondues avec les actifs de la société.⁶¹

33. However, for trust company annuities, although there generally is a transfer away from the patrimony of the subscriber, it is not to the patrimony of the trust company. In *Thibault* and in *Bagnoud* the courts introduced as pivotal to their decision the time element; the obligation to issue the annuity would arise only in the future, namely upon the retirement date, when, by inference in *Thibault*, a transfer to the patrimony of the trust company might occur. The real reason underlying the differences between trust company annuities and insurance company annuities must lie elsewhere. It is a difference that has heretofore been unnoticed by the bar and the bench. This necessitates an analysis of the judicial nature of trust company annuities, which in turn first requires an understanding of the legal framework under which trust companies are obliged to operate in Quebec.

Part 3 – Trust Company Operations

34. Some read the judgment in *Thibault*⁶² as declaring that the alienation of property to the trust company for purposes of constitution of an annuity must cause the property to enter the patrimony of the trust company. The Supreme Court of Canada did raise the question whether “*Thibault* alienated his capital to the Trust Company” (para. 17 – underlining added). Although alienations of property to an insurance company for purposes of an annuity do enter the patrimony of the company, as in the cases of

61. *Firstcliff*, *supra*, note 29, at 298.

62. *Thibault*, *supra*, note 2.

*Firstcliff*⁶³ and *Jobin*,⁶⁴ the position of trust companies is different. Trust companies operating in Quebec are subject to a special legislative scheme that is at one and the same time more restrictive than that applying to ordinary corporations, and also affording them powers (and imposing obligations) beyond those of ordinary corporations.

The Trust Companies Act

35. Since 1987 trust companies incorporated or doing business in Quebec have been authorized to issue fixed term annuities. The essential provisions of the *Act Respecting Trust Companies and Savings Companies*⁶⁵ provide as follows: “Every Québec trust company ... may, in addition to its activities as ... trustee or fiduciary provided for in its instrument of incorporation, carry on any ... activity related to that of the administration of the property of others ...” (s.170). In particular it may, “offer and administer savings plans registered under the Taxation Act (chapter I-3) or the Income Tax Act (Revised Statutes of Canada, 1985, chapter 1, 5th Supplement) ” (s.170.3). It may also “enter into contracts for the payment of fixed term annuities ” (s. 170.4). Moreover, it “may be the sole trustee of a trust of which it is the settlor ” (s.175).

36. The section of the *Trust Companies Act* concerning the unseizability of fixed term annuities has been replaced by the *2005 Legislation*⁶⁶ with the following:

178. Le capital accumulé pour le service d'une rente non viagère est insaisissable entre les mains de la société de fiducie comme s'il s'agissait d'une rente non viagère pratiquée par un assureur.

178. The capital accumulated for the payment of a fixed-term annuity is unseizable in the hands of the trust company as if it were a fixed-term annuity transacted by an insurer.

63. *Firstcliff*, *supra*, note 29.

64. *Jobin*, *supra*, note 30.

65. *Trust Companies Act*, *supra*, note 10, being the *Act Respecting Trust Companies and Savings Companies*, S.Q. c. S-29.01. In 1987 the *Trust Companies Act* was radically revised. The author, with L. P. de Grandpré, Q.C., acted as counsel to the Quebec Trust Companies Association respecting such revision.

66. *2005 Legislation*, *supra*, note 14.

L'insaisissabilité du capital demeure subordonnée à la désignation, conformément aux articles 2457 ou 2458 du Code civil, d'une personne habilitée à recevoir le capital ou la rente en découlant au décès du crédirentier ou de la personne qui fournit le capital.

178.1 Dans un contrat constitutif de rente, le fait qu'une société de fiducie offre des choix de placement n'empêche pas cette société d'avoir la maîtrise du capital accumulé pour le service de la rente.

Une faculté de retrait partiel ou total du capital accumulé pour le service de la rente peut être stipulée, mais son exercice a pour effet de réduire de façon corrélatrice les obligations de la société de fiducie.

De plus, le montant de la rente qui sera servie périodiquement doit être, au moment de la conclusion du contrat, sinon déterminé, du moins déterminable en fonction de variables et selon un mode de calcul indiqués au contrat.

For the capital to be exempt from seizure, a person must be designated, in accordance with article 2457 or 2458 of the Civil Code, as qualified to receive the capital or the related annuity following the death of the annuitant or the person who furnishes the capital.

178.1 In an annuity contract, the fact that a trust company offers a choice of investments does not preclude the company from having control of the capital accumulated for the payment of the annuity.

The right to withdraw all or part of the capital accumulated for the payment of an annuity may be stipulated, but the exercise of that right reduces the trust company's obligations correlatively.

In addition, the amount of the annuity to be paid periodically must, at the time the contract is entered into, be determinate, or at least determinable according to variables and a computation method specified in the contract.

These provisions became effective December 16, 2005 and apply to all prior and future trust company annuity contracts.

37. The following sections are also of special importance:

177. Toute société de fiducie du Québec et toute autre société de fiducie qui en a la capacité, peut recevoir des dépôts au sens de la Loi sur l'assurance-dépôts (chapitre A-26) et de ses règlements. [...]

177. Every Quebec trust company and any other trust company that has the capacity to do so may receive deposits within the meaning of the Deposit Insurance Act (chapter A-26) and the regulations thereunder. ...

Les fonds reçus sont réputés détenus en fiducie par la société et cette dernière est réputée en garantir remboursement.

The funds so received are deemed to be held in trust by the company and the company is deemed to guarantee their repayment. [...]

180. La société ne doit pas confondre les biens administrés pour autrui avec ses propres biens. Elle doit tenir, dans ses livres, un compte distinct pour chaque administration. [...]

180. In no case may a trust company allow the assets it administers for another person to be mixed with its own assets. It shall keep in its books a separate account for each administration. [...]

Elle peut effectuer des placements sous son nom, sans indiquer sa qualité.

It may make investments in its own name, without indicating its quality.

38. Sections 186 and 187 of the *Trust Companies Act* are also of significance. They provide in effect that, unless prohibited by the constituting act, the trust company has the power to pool monies or investments it administers for others and lend them or invest them in its own name, but that it must make proper book entries to allot to each administration its fair share of the loan or investment.

General Observations

39. These provisions invite a number of observations. First, they confirm that the role of a trust company is primarily that of a fiduciary; it is for the administration of the property of others. The term “administration of the property of others” now expressly includes the administration by one of “a patrimony that is not his own” (article 1299).⁶⁷ It includes the administration of property comprising an autonomous patrimony (2, 1260, 1261), a trust. It is broader than merely acting as a mandatory or provider of services, but may include these capacities.⁶⁸

67. The preamble to the Code declares it “is the foundation of all other laws, although other laws may complement the Code or make exception to it.” Its terms generally apply to other laws.

68. Here one can discern a significant degree of circularity in the legislative drafting. Although there are slight differences in wording, one can trace articles 1310, 1312, 1313, 1316, 1317 and 1318 of the Code on the Administration of the Property of Others respectively to the corresponding sections 140, 142, 180, 181, 182 and 184 of the *Trust Companies Act*.

40. Second, generally speaking these provisions of the *Trust Companies Act*⁶⁹ apply to Quebec, to other provincial trust companies and to federal trust companies doing business in Quebec. Today the effects of trust company regulation, both federal and provincial are substantially the same throughout Canada. The concept of trust companies, being distinct from banks, from insurance companies, and from investment dealers is unique to Canada. It is the division of activities between the different types of company that is unique, not the activities themselves. In other jurisdictions trust company activities are performed by banks and other institutions. In Canada, trust companies' business has three phases. In one measure the level of activity in each division is a function of each company's regulated paid-up capital, subordinate capital and surplus. The first phase or division is that conducted with its basic corporate capital, its share capital, retained earnings and subordinate debt capital. The second is its deposit business, where monies deposited either in chequing accounts, or for investment, are guaranteed by the company and also by the Canadian Deposit Insurance Corporation or its provincial equivalent. The third is its trust and agency business where it holds property for estates, trusts and others with property dedicated to specific objects. For the third phase of business (as well as the second) separate accounts segregating the funds involved are maintained.⁷⁰ It is particularly the third phase that is of interest in this study.

41. Third, the provision of section 180 quoted above is imperative. It addresses the third phase of trust company business. The trust company and its clients are bound to respect it. The property held by a trust company and under its administration must be segregated. By express provision of law it does not enter and become intermingled with the property of the trust company. A separate account for it must be maintained. Either it constitutes a part of the patrimony of the trust company that it cannot use for its own

69. *The Trust Companies Act*, *supra*, note 10.

70. See WATERS, GILLEN and SMITH, *Waters' Law of Trust in Canada*, 3rd ed., Thomson-Carswell, Toronto, 2005 at 121, (herein called "Waters") and Crawford and Falconbridge, *Banking and Bills of Exchange*, 8th ed., Canada Law Book, Toronto, 2005, (herein called "*Banking and Bills of Exchange*") at 1090 and 1141. The three phases of trust company business were especially noted by Minister Fortier in introducing the bill that led to the reconstitution of the *Trust Companies Act* in 1987. See *Assemblée nationale, Commission permanente du budget et de l'administration "Étude détaillée du projet de loi 74 – Loi sur les sociétés de fiducies et d'épargne"*, *Journal des débats*, No. 79, le 14 décembre 1987 (article 170).

purposes and that is not a part of its common pledge to its creditors, or it constitutes a separate patrimony.⁷¹ This will be examined more fully below (paras 47-49).

42. Fourth, trust companies clearly have the power to constitute RRSPs and to issue fixed term annuities (s. 170.4). They have no power to issue life annuities. Contracts dependent upon mortality rates are still the exclusive prerogative of life insurance companies.

43. Fifth, section 177 (para. 37), empowering trust companies to take deposits (and allow the issuance of cheques thereon), expressly declares that funds in such accounts are deemed to be held in trust. This was enacted in 1987, not as an exception to the characterization of its other capacities as a trustee or fiduciary, but to assure it corresponded to the characterization of deposit accounts with trust companies doing business in Quebec and throughout Canada. (In each province funds in such accounts are in a measure insured against the insolvency of the trust company.) This section was enacted to assure the lender/debtor relationship between customers and Canadian chartered banks did not apply.⁷² It characterizes deposit accounts with trust companies in Quebec in the same manner as deposit accounts with trust companies made in other provinces of Canada. Its enactment is also necessary as its trust concept is different from that of a trust under article 1260 in that the account holder may write cheques on the account up to the full balance at will.

44. Sixth and finally, the clear social purpose of these arrangements is that they are imposed on trust companies for the benefit of their clients. The segregation of monies in deposit accounts and

71. In *Plamondon*, *supra*, note 26, the Superior Court asserted, incorrectly in the writer's opinion, that the segregation required could be achieved *de facto*, but did not constitute a separate patrimony.

72. Traditionally deposit accounts with chartered banks are characterized as loans; those with trust companies as trust holdings; see *Banking and Bills of Exchange*, *supra*, note 70, at 22, and *Canadian Pioneer Management v. Labour Relations Board of Saskatchewan*, (1880) 1 S.C.R. 433, Beetz J. 450, at 470. In 1980 the *Banks and Banking Law Revision Act*, 1980 S.C. 1980-81-82-83, c. 40 expanded the Canadian Payments Association arrangements and the provisions of the *Bills of Exchange Act*, R.S.C., 1985, c. B-4, to include the chequing services of trust companies and cheque clearing, all the while preserving the trust concept of deposit taking and cheque issuing services of trust companies. See *Banking and Bills of Exchange*, *supra*, note 70, at 17 and 1083.

of all trust assets is to protect them from the claims of the personal creditors of the trust company. The approach is to separate such assets, and any consequential investments, from the patrimonial assets of the trust company. The approach is not new. It was introduced with the first Quebec *Trust Companies Act* of 1912.⁷³ It existed in the charter statutes of several trust companies, starting in 1882.⁷⁴ The language of the section, now found in section 180 (above), has changed, but it reflects the same principles.

45. In marked contrast, the mechanism employed to protect the clients of insurance companies differs from that of trust companies. Any monies paid by clients for the products of insurance companies enters their patrimony, although there is now a measure of segregation of certain funds leading to a measure of re-insurance of certain policy obligations.⁷⁵ Insurance companies are not fiduciaries and have not had that special statutory right and obligation imposed on them. Here the rights of the insurance company's clients, in distinction to its trade or other creditors, are protected by a different legislated mechanism. Their clients' claims are given a priority over the claims of the company's ordinary creditors. This right is to be found in section 402 of the Quebec *Act Respecting Insurance*.⁷⁶ This was also so in the *Firstcliff* case⁷⁷ (cited by the Supreme Court of Canada in *Thibault*⁷⁸), where the provision to this effect was that of the Federal *Winding-Up Act*,⁷⁹ which applied.

73. *The Trust Companies Act*, S.Q. 1912, c. 44, s. 7096i. The language of section 7096i provided: "The sums of money and securities of each trust shall be always kept separate from those of the registered company itself, and separate accounts thereof shall be kept, and each separate trust shall be described in the books of the company, so as to be always distinct from any other in the registers and other books of account kept by the company, so that the trust funds shall never form part nor be confounded with the general assets of the company, and the company, in its receipts for rent and in the supervision and management of the trust or other property, shall keep separate records and accounts of all operations relating thereto, and the said trust and other properties are not responsible for the ordinary debts and obligations of the company."

74. See *Studies on the Quebec Law of Trust*, *supra*, note 6, at 11.

75. *The Insurance Companies Act*, 1991, S.C. c. 47, s. 450.

76. *The Insurance Act*, *supra* note 15, s. 402, 403.

77. *Firstcliff*, *supra*, note 29. See in the same sense also the companion decision of *In re Les Coopérants, Bouchard v. Raymond Chabot, Farfard, Gagnon Inc.*, [1993] R.J.Q. 2093 (C.A.).

78. *Thibault*, *supra*, note 2.

79. *The Winding-Up Act*, R.S.C. 1985, c. W-11, s. 161.

A Trust is Presumed

46. There should now be a legal presumption that, in the absence of other agreement, property under administration of a trust company in Quebec, as in the rest of Canada, is now held in trust; that a Quebec trust is constituted. There are three strong, even compelling, arguments in support of this conclusion.

47. First, there is a legal presumption that when sums of money or other fungible movable property is transferred, all real rights in it are transferred also. The legal presumption is expressly declared in article 1453, 2nd para. This is the classical principle respecting the transfer of movable property.⁸⁰ It arises in relation to the concept of possession of movable property as owner and is found in articles 921 and 928 of the Code. It must, by extension, apply to the detention of title as trustee (1278).⁸¹ The dispossession or divestiture of the settlor of trust property (1265) can lead to no other conclusion. The transfer is in favour of the trustee as titular holder of the trust property. The presumption is rebuttable, but is particularly pertinent with regard to corporeal movables, and especially fungible movables, such as a delivery of cash to a deposit account or one made by cheque. When transfer of a fungible movable occurs, if no real rights in the movable are to flow from it, evidence would have to show that this is the intention of the parties, and that the presumption is rebutted. The presumption is there to avoid technical formalism and to provide a good degree of stability and certainty under the law. It is the invariable rule that applies to banking and banking deposit accounts. The bank, the trust company receiving a deposit of cash becomes its title holder and acquires all real rights in it as its owner. In the case of the bank, the arrangement is characterized as one of loan and the bank becomes the debtor of the depositor.⁸² In the case of the trust company, it is presumed to receive the funds as a trustee.⁸³ The

80. Denis-Claude LAMONTAGNE, *Biens et Propriété*, 5^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, (herein called "Lamontagne"), at 22, 425, 429 and 430; Pierre-Claude LAFOND, *Précis de droit des biens*, Les Éditions Thémis, 1999, at 150, 209, 212; Gérard TRUDEL, *Traité de droit civil du Québec*, Wilson & Lafleur, Montreal, 1946, vol. 7, 360.

81. See *Studies on the Quebec Law of Trust*, *supra*, note 6, at 176.

82. *Banking and Bills of Exchange*, *supra*, note 70, at 22 ff.

83. Waters' *supra*, note 70, at 120. This principle is reflected in s. 177 of the *Trust Companies Act*, *supra*, note 10.

burden of proof to the contrary lies upon the person who alleges another title.

48. Parenthetically, it was unfortunate that the Supreme Court in *Thibault*⁸⁴ did not review the legal presumption of classical civil law arising with a transfer of fungible property.⁸⁵ The RRSP, like a bank account, normally provides a mere facility for the voluntary deposit of sums periodically up to a legal specified annual limit. It does not specify the contributor pay specific sums. There are almost never words of transfer or alienation accompanying delivery of each contribution. The parties rely upon the words “in trust”, together with the presumption established by law that the transferee of cash obtains title to it and has acquired the real rights in it. Moreover, the settlor of the RRSP could in the application for the facility, as with his establishment of a bank account, be described loosely in commercial jargon as the “owner”, owner of the facility, not as continuing owner of the sums deposited.

49. Second, the obligatory principle of segregation of assets under administration of section 180 of the *Trust Companies Act* (quoted above) clearly implies they are to be held under a form of trust. As the concept of the patrimony is singular, as under Quebec law one can have only one,⁸⁶ the most logical solution in Quebec terms is to find it to be a patrimony that is separate from that of the trust company. This could either be the patrimony of the person who contributed the property to the trust company, or a separate patrimony, namely a trust patrimony. The cumulative effect of the reasons why a trust should result persuades the writer towards the latter characterization. Thus, section 180 also applies to and defines the relationship both between the trust company and its clients and its other creditors, and to some degree between the trust company and the property under administration.

50. Third, legislative policy dictates that all trust companies licensed to do business in Quebec, both those incorporated in Quebec and those incorporated elsewhere, have a name that employs the word “*fiducie*”, “*fidéicomis*” or “trust”, and only a trust company

84. *Thibault*, *supra*, note 2.

85. In its reasons supporting the absence of a transfer of real rights, the Supreme Court confused the personal covenants between Thibault and the trustee concerning application of the property (see para. 18) with the elements of a transfer of real rights. One aspect of the 2005 *Legislation* was to correct this confusion.

86. See, for example, *Lamontagne*, *supra*, note 80, at 118.

may employ such words or other words that lead the public to believe it is a licensed trust company (the *Trust Companies Act*, ss. 59, 60).⁸⁷ Thus, trust companies are obliged to represent to the public that they hold property in trust; a trust making the property secure from the claims of other parties, and dedicated to an agreed purpose. Prior to the reforms of 1994, this was achieved by legislating the consequences of a trust without any characterization of the location of title to the administered trust property. With reform, Quebec adopted the law of trust as an institution of the law having general application. Moreover it declared in the preamble to the Code that the Code is the foundation of all other laws. The new Quebec trust should embrace and characterize the relationship. It cannot be legislative policy that such companies hold out to the public that they hold property under administration in trust, but then deny the public such status for the property they have entrusted to the trust company unless an express election to have a trust is made in each case. Trust companies in Quebec are now presumed to hold property under administration in trust unless the evidence clearly establishes that it is to be held under some other title.⁸⁸

51. One should note that trusts “established by operation of law” is one of the methods of constituting trusts provided by article 1262 of the Code.⁸⁹ The term “trust” is not employed in section 180 of the *Trust Companies Act*,⁹⁰ which anti-dates the new general form of trust introduced in 1994, but all the required elements of a trust are there.⁹¹ Some may suggest that this is not the trust contemplated by article 1260, but is this argument really sustainable? There is a transfer of property, to a patrimony that is not that of the settlor, nor the transferee, its dedication to a specified purpose, and title to it is held by a trustee who accepts the trust mission. He receives a fee for his mission. In its simplest form it qualifies as the onerous trust mentioned in article 1269. The

87. *The Trust Companies Act*, *supra*, note 10, ss. 59, 60.

88. This presumption now brings the practices of Quebec trust companies into line with that in the other provinces of Canada. See Waters', *supra*, note 70, 120 ff; *Banking and Bills of Exchange*, *supra*, note 70, at 22.

89. *The Commentaires du ministre de la justice*, Les Publications du Québec, Québec 1993, t. 1, at 751 makes reference to this obliquely in declaring: “le Code consacre désormais l'évolution du concept de fiducie en droit statutaire.”

90. *The Trust Companies Act*, *supra*, note 10.

91. In *Studies on the Quebec Law of Trust*, *supra*, note 6, the writer listed, at page 84, a number of statutory trusts. He omitted the provisions of the *Trust Companies Act*, *supra*, note 10, that are reviewed above.

words of section 180 of the *Trust Companies Act* quoted above mean that the trust company does not have the *usus*, the *fructus*, or the *abusus* of such assets. It is not owner of them. They do not enter its patrimony. However the trust company has title to them and an obligation concerning their purpose and their disposition. They invoke a separate patrimony appropriated to a purpose as contemplated by articles 2, 1260, 1261 and 1269 of the Code.

52. For the same reasons, such administered assets no longer form part of the patrimony of their contributor unless he has expressly reserved the real rights in them. Even if he has retained a right to obtain payment equivalent to their stated value on demand, as principal beneficiary, they have been transferred to a patrimony different from his and for a stated purpose (1269). Like the trustee, he does not have their *usus*, the *fructus* or the *abusus* until he recovers them where he has stipulated this right. His right to do so, however, if exigible at any time, may constitute one of his patrimonial assets, and in consequence may be seized by his creditors as a part of his patrimony, who in turn may exercise that right and bring the trust assets to sale.⁹²

53. In contrast, an agreement could provide that the assets under administration remain a part of another patrimony, namely that of their contributor. The contributor and the trust company could agree that the contributor retains all real rights in the assets, and that they were transferred to the trust company solely for purposes of administration, and as mandatary of the transferor. Because of the presumptions of law last reviewed, this characterization should be exceptional, and subject to express evidence and proof that this is the intention of the parties. No such express intention can be found in the Thibault Plan, nor in any similar plans that have been the subject of litigation. A trust company may still act in other capacities where the parties elect it should do so, or in other situations. In other situations it may still be a tutor, a curator, a mandatory, a broker, a depositary, a lessor or lessee, an adviser or a servant, or a vendor of financial products.

92. See, for example, Diane BRUNEAU and Julie LORANGER, "La Fiducie de droit civil à la lumière de l'arrêt *Thibault*", *Association de planification fiscale et financière, Colloque 147*, 9 et 10 février 2006, at 15 (cited as "Bruneau and Lorranger"); also *Micheline Tardif, supra*, note 26, paras 36, 40.

Variations from 1260 CCQ Trust

54. Such statutory trusts of trust companies do vary from those of article 1260 in three details which have been added by the statute. In my opinion they merely reflect special powers given to trust companies and do not depart from the trust concept of article 1260. First, by express statutory provisions provided in sections 186 and 187 of the *Trust Companies Act* (para. 38), the trust company may, without express direction from the settlor, pool these assets with other trust assets for purposes of investment. This is a special power given to trust companies. Equally, this power may be expressly negated by a direction from the settlor. It often is. It is in the case of most self-directed RRSPs, although it results only in a book entry. Thus RRSP A holds 1000 shares in Bombardier, while RRSP B holds 1500 shares in the same company. In fact the total 2500 shares plus others held in trust are registered in the name of the trust company.

55. Second, section 180 of the *Trust Companies Act*⁹³ invokes the institution of the trust even if the parties do not expressly elect to use it. It affords them this protection. It should also be noted that under section 175 of the *Trust Companies Act* (above) the trust company may be the sole trustee of any trust where it is the settlor. These two additions should not change the characterization given to its arrangements as trusts, nor the application to them of the general provisions of the Code on the trust.

56. The third variation from the trust of the Code to be found in the statutory trust imposed on trust companies relates to its obligations under annuity contracts. When periodic annuity payments begin they are generated by the pool of investment assets supporting them, the trust assets. The law provides that they remain segregated. Generally at that time, the credit of the trust company also supports its promise to make the annuity payments. There then amounts to a supplementary personal guaranty of the trust company. For this it assumes some personal risk. The counter prestation is that the company eventually keeps any trust assets that are surplus to its annuity payment obligations. If not expressed, these are essentially implied terms of the annuity undertaking presented by the trust company at the time the annuity commences.

93. *The Trust Companies Act*, *supra*, note 10.

Part 4 – Juridical Nature of Trust Company Annuities

Paid out of Trust Funds

57. In consequence, and in the absence of other agreement, the trust company under a contract for the constitution of an annuity will normally receive the premiums or deposits made during the accumulation phase as a trustee, it will then invest them and hold them as trust assets, and agree to apply them to the issue of the annuity on the maturity date. Even then, after the maturity date, it will hold the underlying assets as a trustee and make payment as a trustee from them to the beneficiary. This arrangement is at variance with the concept of annuity identified by the higher courts in *Thibault*,⁹⁴ in *Bagnoud*,⁹⁵ in *Firstcliff*,⁹⁶ and in *Jobin*⁹⁷ (para. 17 and following). It is not expressly addressed by the 2005 Legislation.⁹⁸ It is also at variance with a superficial reading of the new definition of annuities found in the Code.

Meaning of “Annuity” Under Article 2367

58. Article 2367 defines an annuity as follows:

2367. Le contrat constitutif de rente est celui par lequel une personne, le débirentier, gratuitement ou moyennant l’aliénation à son profit d’un capital, s’oblige à servir périodiquement et pendant un certain temps des redevances à une autre personne, le crédirentier.

2367. A contract for the constitution of an annuity is a contract by which a person, the debtor, undertakes, gratuitously or in exchange for alienation of capital for his benefit, to make periodical payments to another person, the annuitant, for a certain time.

59. Heretofore the courts have assumed that the words “alienation of the capital for his benefit” must mean that the capital must enter the patrimony of the annuity debtor (see para. 32). There are two possible solutions to this anomaly. First, the annuity issued by a trust company under the *Trust Companies Act* is different from the annuity issued under article 2367 of the Code. It is expressly sanctioned, and indeed compelled, by sections 170.3 and

94. *Thibault*, *supra*, note 2.

95. In *Bagnoud*, *supra*, note 28.

96. *Firstcliff*, *supra*, note 29.

97. *Jobin*, *supra*, note 30.

98. 2005 Legislation, *supra*, note 14.

170.4, when read with sections 178 and 180, of the *Trust Companies Act* (paras 35 to 37 above). This variation is one of the type expressly sanctioned by the preliminary provision and by article 9 of the Code.⁹⁹

60. The second solution is to be found in the construction of article 2367 itself. Nothing in the language of the article prohibits the debtor from being a trust or trustee, and acting in trust. Its position is similar to that of the testamentary trustee holding a fund charged with the payment of an annuity under the will. The words “alienation of capital for his benefit” (“*l’aliénation à son profit d’un capital*”) are broad enough to embrace the trust company both personally and as trustee in this context.¹⁰⁰ The alienation is still made by the settlor or the applicant for the annuity. The benefit of the trust company is its fee for managing the assets, and possibly the surplus of funds, should the payment period of the annuity terminate before the funds are exhausted or should the yield from the investment of the funds exceed its obligations for the annuity. From a financial point of view, its benefit is the same as that of the life insurance company for the same contract issued in compliance with the text of article 2367.

61. Moreover, the words of article 2367 “for his benefit” (“*à son profit*”) cannot be an inherent part of the concept of an annuity contract. (Is the trust company annuity not really an annuity?) The words are there merely to exclude or offset the concept of “gratuitously”, and as such are incomplete. Undertakes “for value” would be a preferred and more encompassing phrase. In fact the entire phrase is unnecessary for the definition of an annuity. It is not found in the definition under the former law (article 1787 CCLC). Moreover, the trustee of a testamentary or *inter vivos* trust providing an annuity does not necessarily do so gratuitously. To this extent this phrase of the definition cannot be read restrictively. It is not of public order. This construction of the law also reflects an important principle of interpretation of statutes; the principle that legislation constitutes a harmonious whole that should co-exist without contradiction.¹⁰¹

99. See the *Commentaires*, *supra*, note 89, t. 2, 1484 on article 2367.

100. Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Presse Universitaire de France, Paris 1987, at 620.

101. See CÔTÉ, *Interprétation des lois*, *supra*, note 17, 433 ff., 438, 450 ff.; Dreidger, *On the Construction of Statutes*, *supra*, note 18, 262.

62. This analysis of Quebec law was not raised in either *Bagnoud*¹⁰² or in *Thibault*.¹⁰³ It is at variance with the statement in *Thibault* of the Supreme Court of Canada *in obiter* that “[t]he two legal characterizations [annuity and trust] are incompatible because in an annuity contract, the debtor is personally obliged to pay, whereas in a trust, the trustee has no personal obligation to the beneficiary as the periodic payments must be made out of trust assets” (para. 39). The statement may be correct as regards insurance company annuities, but cannot apply to trust company annuities. Under Quebec law for trust companies the concepts of annuity and a trust are not mutually exclusive.

The 2005 Legislation and Annuities after March 1, 2006

63. Acceptance of this analysis (paras **59-61**) is essential to understand, even to make sense of the amendments brought to the *Trust Companies Act* (ss 178 and 178.1 – see para. **36**)¹⁰⁴ by the *2005 Legislation*.¹⁰⁵ The amendments apply to contracts entered into after March 1, 2006. Trust company annuities are equated to insurance company annuities, but they do not necessarily have the same juridical basis. The amendments equate them with the phrase “as if they were” (“*s’il s’agissait*”) insurance company annuities. In one sense the phrase implies they are not the same. In the *Trust Companies Act* trust company annuities are still described as annuities. For trust company annuities to be exempt from seizure they must name beneficiaries of the same class as those qualified for insurance company annuities. Reference is made to articles 2457 and 2458 of the Code merely to identify the class of persons, but for no other purpose.

Part 5 – The Path Through the Mine-Field

64. All of the foregoing invites the question: is there a safe path through the minefield of the technical rules of the law, as construed by the courts and modified by the *2005 Legislation*, to permit trust companies to issue RRSP contracts allowing the designation of a preferred beneficiary, such that the contributions under the contract are unseizable? The answer “yes” can follow if the contract is constructed to observe a number of principles. If

102. *Bagnoud*, *supra*, note 28.

103. *Thibault*, *supra*, note 2.

104. *The Trust Companies Act*, *supra*, note 10.

105. *2005 Legislation*, *supra*, note 14.

they are followed, the responsibility of the trust company may increase marginally.

65. In my article, “The Quebec RRSP and *Bank of Nova Scotia v. Thibault*,”¹⁰⁶ I listed the clauses I thought necessary, in view of the *Thibault* decision, to continue to create an RRSP as a trust. A separate listing outlined those thought necessary to create an RRSP as a contract of annuity. The further analysis made in this essay leads to the conclusion that they can be combined (para. 51), despite the *obiter dictum* of the Supreme Court in *Thibault*¹⁰⁷ to the contrary (para. 62). An RRSP can be written with a trust company as a trust and a contract of annuity providing for the payment of an annuity upon the settlor’s retirement. The fundamental principles to be observed now follow.

Important Principles

66. First, since the *Thibault* decision is there, it would be wise to include words of transfer covering both the initial instalment and all subsequent instalments.

67. Second, since March 1, 2006, by reason of the holding in *Thibault*, the draughtsman should assure that the trust company’s obligation for the annuity is immediate on execution of the contract and expressed in the present tense (see para. 31 above). The contract must be offered as a contract of annuity, and not some other investment vehicle (see para. 10). One must make sure the obligation for the deferred annuity is engaged on execution of the contract. After all, the annuity to be issued is usually of uncertain amount, as it will depend on the level of contributions voluntarily made over many years, and on the investment return. Moreover, nothing in law prohibits a contract prescribing a mere future obligation to issue an annuity. In the contract, unlike that in *Bagnoud* and *Thibault*, clear words of the immediate engagement of the trust company’s obligation to provide an annuity are desirable. “The trustee agrees with the subscriber to employ the capital accumulated in the fund on the retirement date for the payment to

106. “The Quebec RRSP and *Bank of Nova Scotia v. Thibault*”, *supra*, note 5, at 282. In this essay the author developed, unnecessarily in his revised opinion, alternate schemes in point form for RRSPs providing an annuity or a trust on the assumption of the Supreme Court declaration that they were mutually exclusive. A similar listing for RRSPs involving a trust is to be found in *Studies on the Quebec Law of Trust*, *supra*, note 6, at 344.

107. *Thibault*, *supra*, note 2.

him of a fixed term annuity of twenty years commencing in the year after retirement.”¹⁰⁸ The reader should note particularly that the 2005 Legislation,¹⁰⁹ quite rightly, does not address the question of the verb tense to be used in the expression of the trust company’s obligation for the annuity. Rather, as next noted, it prescribes that the contract allow determination of the amount of the annuity to be paid.

68. Third, under the *2005 Legislation* and since March 1, 2006, the contract at the time of its execution must provide that “the amount of the annuity be determinate or at least determinable according to the variables and a computation method specified in the contract” (“*le montant de la rente qui sera servie périodiquement doit être, au moment de la conclusion du contrat, sinon déterminé, du moins déterminable en fonction de variables et selon un mode de calcul indiqués au contrat*” – see para. **36** above). (This affirms that the obligation to issue the annuity must be a present one and not a future one.) In *Thibault* the Supreme Court of Canada in an *obiter dictum* questioned, but did not attempt to answer, whether the annuity requirement of a determinable periodic payment was present under the Thibault Plan (para. **28** of the judgment). However, in *Firstcliff*, it is clear that the amount of the annuity is initially unknown, but a function of premiums to be accumulated. It is likely that these two findings influenced the Legislature to adopt this provision.

69. Expression of the obligation can be reflected by several methods. One is to include in the contract model annuity tables to show by way of example a twenty year or other term annuity as an annual function of every \$1,000 capital at an average return of – say three and one-half percent – compounded annually, together with a provision that the amount be adjusted to reflect the actual amount of capital accumulated on the retirement date and the expected rate of return thereafter. Some life insurance companies have decided to meet the new requirement of the *2005 Legislation* by guaranteeing a stated amount for each \$1,000 of total capital value.

108. BRUNEAU and LORANGER, *supra*, note 92, at 10, find the Supreme Court’s finding that the obligation to apply the capital to an annuity arose only on retirement to be unpersuasive.

109. *2005 Legislation*, *supra*, note 14, ss. 2 and 5.

70. Another way to enhance the immediate obligation to pay a future annuity is to demonstrate it with the inclusion of a mathematical formula, such as

$$R = P \frac{i}{1 - (1 + i)^{-n}}$$

where R equals the rent; P equals the capital sum on issue; i equals the assumed market rate of return to be offered by the annuity debtor on the retirement date; and n equals the number of payments to be made.

71. Fourth, it remains entirely appropriate to include other modes of settlement, including the option to convert to other annuity or retirement products offered by the annuity debtor on the retirement date, provided they appear as optional modes to be expressly elected by the subscriber upon specified notices (see para. 26). They could include conversion to other forms of annuity, such as to a joint spousal annuity, to an RRIF, to any other financial market product. The plan should clearly assert that if no such election is received, the trust company's obligation is to pay the annuity calculated according to the terms of the contract. The obligation could be conditional upon there being a specified minimum amount of capital, failing which the payment would be made in cash.

72. Fifth, the arrangement may be supplemented by adding a number of other "bells and whistles" (to borrow the life insurer's phrase). The principle of the jurisprudence would suggest that these should not detract from the nature of the initial contract.¹¹⁰ They might include, as now sanctioned by the 2005 *Legislation*, the right to withdraw capital,¹¹¹ and the right to select the investments.¹¹² It should be understood that as a prudent administra-

110. *Firstcliff*, *supra*, note 29, at 297.

111. *Thibault*, *supra*, note 2, would only allow this if the clause provided for reduction of the benefit and ultimately for termination of the contract, as in the case of insurance company annuities (para. 25 of the judgment). This is logical for the latter as they usually provide for a fixed annual premium and assume it is paid. With RRSPs there is no such obligation as premiums to be paid are optional, but the annuity is strictly a function of the amount accumulated. With RRSPs the clause is unnecessary, but the result is now expressly declared in the 2005 *Legislation*, ss. 2, 5, *supra*, note 14.

112. This is now sanctioned both by *Bagnoud*, *supra*, note 28 and the 2005 *Legislation*, *supra*, note 14.

tor, the trustee could refuse any investment direction it thought imprudent.¹¹³

73. Sixth, the contract could provide for the nomination of an investment institution acceptable to the settlor, and to act as investment adviser and as custodian of the securities on behalf of the trustee. The contract can also provide for the replacement of the trustee or the investment adviser, (1276) and for the consolidation of the contract with any other RRSP contract.

74. Seventh and finally, the contract can provide that the trustee be relieved of any responsibilities to be assumed by others. Here however, a word of caution is required. In *Thibault* (para. 37 of the judgment), the Supreme Court implied (but did not expressly hold) that the clauses limiting the responsibility of the trustee were evidence that a trust was not constituted.

Caution Respecting Limitation of Liability Clauses

75. There is certainly no doubt that total exoneration from all responsibility for all obligations would defeat the Quebec idea of the trust. Such a clause, if valid, would permit the trustee to convert the trust property to his own uses. The United States trust law is of some guidance here. Under their model Uniform Trust Code, for a valid trust to be constituted, the trustee must have some duty to perform. Performance of a duty is fundamental to the creation of the trust.¹¹⁴ Although not articulated in statutory form, the English law of trust adopts the same principle.¹¹⁵ It is axiomatic in Quebec law that the trustee must have a mission to discharge, namely to fulfil the purpose for which the property is appropriated, to apply it to its purpose. He must have some obligation to perform. This principle is necessarily implied by article 1260. However, his mission may be very narrowly defined. The only obligation of a trustee of a pre-incorporation trust may be to hold the property pending a condition. A security trust may be similar. The duties here are very different from those of a trustee under an

113. See *Bagnoud*, *supra*, note 28 and *Darling*, *supra*, note 34.

114. See *The Uniform Trust Code* of 2000, 7C U.L.A. 126 (Supp. 2003, s 402 (a) (4)); the official commentary states "A settlor may not so negate the responsibilities of a trustee that the trustee would no longer be acting in a fiduciary capacity"; see John H. Langbein, "Mandatory Rules in the Law of Trusts", *Northwestern University Law Review*, 98: 1105 (2004).

115. See David HAYTON, "The Irreducible Core Content of Trusteeship," *Trends in Contemporary Trust Law*, Oxford University Press, Oxford, England 1996, 47 ff.

estate investment trust. There must always be an obligation, but it may require very little administrative power or action.

76. On the other hand, it is equally axiomatic that the trustee must fulfil his duty with prudence and diligence (article 1309).¹¹⁶ These principles do not mean that clauses limiting the duties or obligations are illegal or negate the trust; nor that in every trust the trustee must have what ever natural meaning flows from the words “control and exclusive administration” of article 1278. The trust instrument can define and direct the manner in which the trustee may do his job. However, such clauses of exoneration cannot relieve him of gross negligence under article 1474.¹¹⁷

CONCLUSIONS

77. When trust companies were authorized to issue fixed term annuities, there was a failure within the legal community generally to realize that the legal framework for their issue was different from that of life insurance companies. Trust companies, with their segregated accounts and assets, operate as trustees and issue annuities from trust funds they have received. Such funds do not enter their patrimony. In contrast, the contributions to insurance company annuities always enter the patrimony of the company. In *Firstcliff*¹¹⁸ and in *Jobin*¹¹⁹ the annuity debtor was an insurance company and the RRSPs were upheld as contracts of annuity. In *Thibault*¹²⁰ and in *Bagnoud*¹²¹ the company was a trust company, and they were not. A close reading of these cases suggests that the failure to note the different foundations for issue of annuities led to the divergent results. The life insurance companies were found to have made an immediate commitment to issue a deferred annuity, while the commitment of the trust companies was found to be a future one only, one to be made upon the retirement date. It is submitted with respect, that this legalistic distinction does not reflect a correct reading of the law today, and in any event is not in the public interest. The *2005 Legislation*¹²² does not address this distinction, although implicitly it accepts it.

116. See *Studies on the Quebec Law of Trust*, *supra*, note 6, at 414.

117. *Ibid.*, at 423.

118. *Firstcliff*, *supra*, note 29.

119. *Jobin*, *supra*, note 30.

120. *Thibault*, *supra*, note 2.

121. *Bagnoud*, *supra*, note 28.

122. *2005 Legislation*, *supra*, note 14.

78. The Legislature has, in a measure, recognized these errors, and, with the *2005 Legislation*, effectively equated the effects of trust company RRSPs providing annuities with those of insurance companies. The legislative intervention still leaves outstanding the many of the findings of *Thibault* and in the cases which have followed it. The writer has found many of these to be vague or incomplete in their reasoning, and that they lead to much uncertainty in the law, an uncertainty that ought to be foreign to the civil law generally. If this is not to be perpetuated, the courts in future cases will have to be careful to distinguish such reasoning. They should reassert the rigor of classical reasoning in assessing where title to property lies and the function, if any, of any level of control over it. They must resist any temptation to apply the courts' pronouncements to other (non-RRSP) annuity, life insurance or trust situations. They must accept the juridical difference between the product of life insurance companies and that of trust companies. They must acknowledge the unique position of the trust company as a trustee in Quebec today.

79. It is unfortunate that the Supreme Court of Canada elected to deal with the issues in *Thibault* as it did. This is particularly so when the issues before the Court were moot. Even before the case was heard in the Court of Appeal, *Thibault* and the Bank of Nova Scotia had settled their differences, and the seizure practiced had been withdrawn. The Court of Appeal and the Supreme Court of Canada heard the appeals solely because of the importance the issues raised. The Supreme Court judgment settled little and has exacerbated the issues that gave rise to it.¹²³ The *2005 Legislation* addressed some of the apparent issues, but left others unanswered. It is to be hoped the Supreme Court of Canada will agree to hear another case involving some of these issues, and to reconsider and clarify its pronouncements in *Thibault*.

80. These notes have endeavoured to show that it was open to the Court to find the *Thibault* Plan to be a trust. Whether the Plan would have qualified as a contract of annuity would then have had to be addressed. This would also have raised the questions of the

123. For other critical analyses, see BRUNEAU and LORANGER, *supra*, note 92, and François MORIN and Khashayar HAGHGOUYAN, "L'affaire *Thibault* et la saisissabilité des fonds détenus dans un régime enregistré d'épargne-retraite," dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec 2005, *Fiducies personnelles et successions*, vol. 225, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 93, at 105.

nature of trust company annuity contracts, of the degree to which Thibault could have had access to the annuity capital prior to maturity, and whether it was protected from the claims of his creditors. An attempt has been made to explore these issues in the context of the *2005 Legislation*, the new law of trust and the types of RRSP in issue in these decisions.

81. One should still conclude from *Thibault*,¹²⁴ and from *Bagnoud*,¹²⁵ that an RRSP with a trust company can be constituted as a trust and as an annuity on the condition that it involve a transfer or alienation of the property to be held by the trust company designated to hold the fund. One can also conclude, as confirmed by the *2005 Legislation*, that it can be declared unseizable if it involves such a transfer and (i) if it qualifies as an immediate obligation for a fixed term annuity to commence at a future date; and (ii) if it names as a beneficiary a member of the preferred class of beneficiaries qualified for protection under policies of life insurance. New contracts must now also include (iii) a method of calculating the amount of the annuity to result. It is the writer's submission that all the flexibility afforded by the *Thibault* type Plan can be achieved through the form of plan described above.

124. *Thibault*, *supra*, note 2.

125. *Bagnoud*, *supra*, note 28.

Analyse comparative de la notion de résidence habituelle en droit civil québécois et selon les Conventions de La Haye de 1980 sur l'enlèvement international d'enfants et de 1996 sur la protection des mineurs

Gérald Goldstein

Résumé

Dans l'article 77 C.c.Q., le droit civil québécois assimile « résidence » et « résidence habituelle ». Mais comme ce Code civil ne traite pas du changement de résidence habituelle, nos cours ont dû développer des règles pour combler cette lacune. Les principes applicables en droit québécois viennent de quelques arrêts de la Cour d'appel. Selon elle, les plus importants sont les suivants : la notion doit être interprétée selon son sens ordinaire et habituel ; la résidence habituelle d'un enfant est considérée en principe comme une question de fait qui dépend de toutes les circonstances ; la résidence habituelle de l'enfant doit être déterminée en se concentrant sur la réalité de l'enfant et non sur celle de ses parents ; une certaine période de temps doit s'écouler avant de pouvoir acquérir une nouvelle résidence habituelle, d'une durée nécessaire pour qu'un enfant développe des liens avec son nouvel environnement et pour montrer des signes d'intégration en ce lieu ; il n'y a pas de durée minimale pour établir une nouvelle résidence habituelle.

Les Conventions de La Haye de 1980 et de 1996 ont adopté la même notion de résidence habituelle. Mais comme elles n'ont pas donné de définition de la résidence habituelle, comme en droit

québécois, les cours des autres systèmes juridiques ont dû créer des règles pour atteindre les objectifs des Conventions. Bien que l'on trouve un haut degré d'uniformité dans les différentes interprétations, quelques divergences apparaissent.

Les cours québécoises se sont sincèrement efforcées de maintenir une interprétation uniforme de la Convention de 1980 et elles ont couramment cité des arrêts étrangers (principalement issus de la common law) comme autorités pour atteindre cet objectif. En conséquence, la plupart des interprétations données dans les autres systèmes juridiques aux règles conventionnelles relatives à la résidence habituelle ne diffèrent pas de celles données en droit civil québécois. Il existe pourtant d'importantes différences touchant certaines d'entre elles. La plus importante étant que la majorité des arrêts québécois n'accepte pas l'idée que l'intention arrêtée (« settled purpose ») des parents devrait avoir un rôle essentiel ou une influence directe sur le changement de la résidence habituelle de l'enfant, ni qu'elle serait une condition de ce changement. Toutefois, la jurisprudence québécoise semblerait prête à accepter que, dans des circonstances particulièrement difficiles, on puisse exceptionnellement placer cette intention parmi les circonstances permettant d'expliquer la portée d'une courte durée de séjour en un lieu. Cette approche objective a mené les cours québécoises à disqualifier couramment l'intention des parents comme circonstance cruciale, à se concentrer sur la réalité de l'enfant et à examiner le passé et non les intentions futures des parents. La jurisprudence québécoise adopte donc clairement le modèle d'analyse centré sur l'enfant proposé par l'arrêt américain *Friedrich*. En conséquence dans l'arrêt *Mozes*, la Cour d'appel de New York l'a directement et sévèrement critiquée comme typique d'un courant défectueux et d'une analyse superficielle. Il est exact que la plupart des juges québécois hésiterait sérieusement avant de s'engager dans la très subtile analyse exposée dans l'arrêt américain *Armiliato v. Zaric-Armiliato*. Il est aussi exact qu'ils la jugeraient probablement beaucoup trop complexe et qu'ils répugnent à plonger dans l'analyse de l'intention de personnes trop souvent insouciantes alors que l'intérêt d'un enfant est en cause. Mais ils ne seraient probablement pas persuadés non plus qu'en adoptant une telle analyse ils ne remplaceraient pas pratiquement la notion de « résidence habituelle » par celle du « domicile », attitude qu'ils estiment illégitime puisqu'elle contredit l'un des principes de base adoptés dans les Conventions de La Haye.

Summary

According to s. 77 C.c.Q. “The residence of a person is the place where he ordinarily resides.” Thence, Quebec civil law assimilates “residence” and “habitual residence.” But since the Civil Code does not deal with a change of habitual residence, our courts have had to provide adequate rules for such a situation. The principles applicable in Quebec law to the concept of habitual residence have been derived from the leading authorities which are several Court of Appeal cases. Our Court of Appeal stated the most important ones as follows : the concept is to be understood according to the ordinary and natural meaning of the words ; a child’s habitual residence is usually regarded simply as a question of fact to be decided by reference to all the circumstances of any particular case ; the place of habitual residence of a child will be determined by focusing on the reality of the child, not that of the parents ; an appreciable period of time – one of a duration necessary for the child to develop ties and to show signs of integration into his new environment – should elapse before a new habitual residence might be acquired ; there is no minimum period necessary in order to establish the acquisition of a new habitual residence.

Both 1980 and 1996 Hague Conventions have adopted the same notion of the “habitual residence.” But, similarly, since there is no definition of the habitual residence in those Conventions, courts have had to create rules in order to attain the Conventions’ objectives. Although there is a high degree of uniformity among the differing legal systems, some divergences appear.

Quebec courts have been honestly trying to keep a uniform interpretation of the 1980 Convention and foreign (mostly common law) cases have been cited as authorities in order to achieve this purpose. As a result, most of the interpretations given to the rules dealing with habitual residence under the Hague Convention do not differ from those under the civil law of Quebec. But there are meaningful differences pertaining to some of them. The most important one being that the majority of Quebec cases do not accept the idea that the parents’ intentions (or “settled purpose”) should have a controlling or a direct influence on a change of a child’s habitual residence, nor that it should be a condition precedent to such a change. Although they would accept that, exceptionally, in difficult cases such intentions could be among the

circumstances explaining the meaning of a short stay in one place. This objective approach leads them to largely disqualify parental agreements as crucial circumstances and to strictly “focus on the child and examine past experience, not future intention.” Quebec case law falls in line with the child-centered model advocated by the American *Friedrich* case. As such, it has been directly severely criticized by the New York Court of Appeal in *Mozes* as representing an “unsound” trend and as having applied a “superficial” analysis. It is true that most Quebec judges would seriously hesitate before embarking on such a finely tuned analysis as the one exposed in the American case *Armiliato v. Zaric-Armiliato*. It is also true that they would find it far too complicated and that they deeply resent having to dive into often reckless people’s mind when a child’s interest is involved. But they would probably not be persuaded either that, by doing so, they would not be practically replacing “habitual residence” by “domicile,” which they find illegitimate because it goes against one basic principle having been adopted in the Hague Conventions.

Analyse comparative de la notion de résidence habituelle en droit civil québécois et selon les Conventions de La Haye de 1980 sur l'enlèvement international d'enfants et de 1996 sur la protection des mineurs

Gérald Goldstein*

INTRODUCTION	229
PARTIE 1- Le sens de la « résidence » en droit civil québécois	231
Section 1- La définition traditionnelle de la résidence	231

* Docteur en droit (McGill), Professeur titulaire, Faculté de droit, Un. de Montréal. Cet article s'inspire, avec la permission du ministère de la Justice du Canada, d'une partie d'un rapport intitulé *Les notions de résidence habituelle et de résidence ordinaire à la lueur du droit civil québécois, de la Loi sur le divorce de 1985 et des Conventions de La Haye de 1980 et de 1996*, qui a été rédigé par l'auteur en février 2005 pour le ministère de la Justice du Canada, voir : <http://canada.justice.gc.ca/fr/ps/pad/reports/goldstein/index.html>. L'auteur remercie chaleureusement M^{me} Maya Cachecho, candidate au doctorat à l'Université de Montréal et M^{me} Geneviève Matte, étudiante à l'École du Barreau du Québec, de leur précieuse assistance de recherche dévouée et hautement efficace. Nous tenons aussi à remercier M^e Claire Farid, Conseillère juridique à la Section de la famille, des enfants et des adolescents du Ministère de la Justice, Canada, M^e Brigitte Proulx, du même Ministère, et tout particulièrement son collègue le très regretté Professeur James-Gary McLeod (Faculty of Law, University of Western Ontario), des discussions très animées et très enrichissantes que nous avons tenues et qui ont permis d'approfondir et de préciser nos propos. La disparition brutale de notre collègue, le 4 octobre 2005, qui nous a profondément touché, laissera une trace indélébile sur cette étude que nous lui dédions. Voir : <http://canada.justice.gc.ca/fr/ps/pad/reports/McLeod/index.html>

Section 2- Le sens selon le <i>Code civil du Québec</i> : résidence stable, donc habituelle	232
PARTIE 2- Le sens de la notion de « résidence habituelle » en droit civil québécois et selon les Conventions de La Haye de 1980 et de 1996	233
Section 1- Le sens de la notion de « résidence habituelle » en droit civil québécois.	233
1. La résidence habituelle doit être entendue selon le sens ordinaire et naturel de cette expression	235
2. La résidence habituelle est une question de fait à déterminer selon les circonstances	235
3. La résidence habituelle de l'enfant se détermine en examinant sa propre réalité et non celle des parents	241
4. La résidence habituelle nécessite une continuité de séjour	243
5. Aucune période de temps minimale n'est exigée pour acquérir une nouvelle résidence habituelle, mais il faut une période de temps suffisante pour que l'enfant (la personne) développe des liens avec son nouvel environnement et montre des signes d'intégration	244
6. L'enfant (la personne) doit présenter un lien réel et actif avec son lieu de résidence	245
Section 2- Le sens de la notion de « résidence habituelle » selon la convention de La Haye de 1980 sur l'enlèvement international d'enfants	246
1. La résidence habituelle doit être interprétée selon le sens ordinaire et habituel (<i>ordinary and natural meaning</i>)	248

2.	La résidence est une question de fait dépendant des circonstances	249
3.	Le rôle de l'intention des parents	251
3.1	L'approche subjective <i>exceptionnelle</i> . . .	252
3.2	Le changement de résidence nécessite la preuve des intentions arrêtées (<i>settled intention</i>) d'abandonner l'ancienne résidence et de s'installer au nouveau lieu	253
4.	Réalité de l'enfant ou dépendance automatique envers les parents ?	261
4.1	La réalité de l'enfant (<i>child-centered model</i>)	262
4.2	Dépendance automatique envers les parents et examen de leur intention (<i>dependency model</i>)	263
4.3	L'intention arrêtée du point de vue de la perspective de l'enfant (<i>settled purpose from the child's perspective</i>)	264
5.	Durée de perte et d'acquisition d'une résidence habituelle.	266
5.1	La durée nécessaire pour perdre une résidence habituelle	266
5.2	La durée nécessaire pour acquérir une résidence habituelle	267
6.	Continuité d'une résidence habituelle	269
7.	Absence ou multiplicité de résidence(s) habituelle(s)	270
7.1	Absence de résidence habituelle	270

7.2 Multiplicité de résidences habituelles	270
Section 3- Le sens de la notion de « résidence habituelle » selon la Convention de La Haye de 1996 sur la protection des mineurs	271
PARTIE 3- Les divergences d'interprétation de la notion de « résidence habituelle » entre le droit civil québécois et la jurisprudence des autres États ayant interprété les conventions de La Haye de 1980 et de 1996	273
Section 1- Principes généraux d'interprétation de la résidence habituelle	273
Section 2- Règles spécifiques relatives à la résidence habituelle.	275
1. La résidence habituelle doit être interprétée selon le sens ordinaire et habituel	275
2. Continuité d'une résidence habituelle	275
3. La résidence est une question de fait dépendant des circonstances	276
3.1 La résidence est une question de fait	276
3.2 La résidence dépend des circonstances	276
4. Le rôle de l'intention des parents	277
4.1 Approche subjective exceptionnelle : l'intention arrêtée des parents appartient aux circonstances de fait	278
4.2 Approche subjective de principe : le changement de résidence nécessite la preuve des intentions arrêtées d'abandonner l'ancienne résidence et de s'installer au nouveau lieu	281

5.	Réalité de l'enfant ou dépendance automatique envers les parents	287
5.1	Examen de la réalité de l'enfant et non de celle des parents (<i>child-centered</i> <i>model</i>)	288
5.2	Dépendance automatique envers les parents et examen de leur intention (<i>dependency</i> <i>model</i>)	288
5.3	L'intention arrêtée du point de vue de la perspective de l'enfant (<i>settled purpose</i> <i>from the child's perspective</i>)	289
6.	Durée de perte et d'acquisition d'une résidence habituelle.	289
6.1	La durée nécessaire pour perdre une résidence	289
6.2	La durée de l'acquisition de la nouvelle résidence exige un temps de présence « significatif » ou « appréciable » au nouveau lieu	290
7.	Absence ou multiplicité de résidence(s) habituelle(s)	290
7.1	Absence de résidence habituelle	290
7.2	Multiplicité de résidences habituelles	290
8.	Lien réel et actif entre l'enfant et sa résidence habituelle	291
	CONCLUSION	291

INTRODUCTION

La résidence habituelle est un rattachement de plus en plus souvent utilisé en droit international privé, non seulement en matière de conflit de lois, mais aussi au plan de la compétence internationale des tribunaux. Cet engouement s'exprime non seulement dans le droit d'origine étatique, dans le droit européen, mais aussi dans le droit conventionnel, puisque la résidence habituelle est depuis longtemps un facteur de rattachement essentiel dans les conventions de droit international privé adoptées à la Conférence de La Haye.

La raison en est, d'abord, que la nationalité ne reflète pas bien les préoccupations des pays d'immigration, qui préfèrent le domicile, comme le font tous les pays de common law. Ensuite, le domicile, s'il traduit bien, en principe, l'intégration d'une personne dans son milieu social réel, est entendu comme une notion assez complexe. Il comprend un élément de fait, relativement facile à prouver, la résidence en un lieu, et un élément intentionnel, qui pose au contraire des problèmes, notamment en cas de changement de lieu de résidence. Il a donc été sujet à de nombreuses interprétations jurisprudentielles qui ont créé un ensemble de règles accessoires relatives à sa détermination. Elles ont le désavantage de ne pas être admises dans tous les États. Cette multiplicité de conceptions du domicile n'en fait donc pas un très bon outil pour une convention internationale, en l'absence d'une cour internationale de justice chargée d'en assurer l'interprétation uniforme. C'est pourquoi la résidence habituelle a semblé une bonne solution, dans la mesure où on la considère comme une notion de fait, et non de droit, donc moins sujette à des interprétations divergentes.

Pourtant, l'interprétation d'une notion de fait se traduit souvent aussi par la création de lignes jurisprudentielles se cristallisant en des règles juridiques, qui reproduisent le risque de divergences.

De plus, le sens d'une notion dépend aussi de sa fonction. Ainsi la résidence habituelle de l'enfant est le facteur de rattachement choisi dans la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants, qui a

pour objectif, comme son nom l'indique, de décourager l'enlèvement en obligeant le tribunal de la situation de l'enfant à le renvoyer devant celui de sa résidence habituelle. On cherche par ce moyen à minimiser le traumatisme du déplacement en replaçant l'enfant dans son milieu habituel. Il est donc essentiel, pour que ce but soit atteint, que la résidence habituelle soit entendue de la même manière par tous les États parties à la Convention pour assurer une coopération internationale efficace. De plus, son caractère factuel devrait éviter de longs débats. Les coûts judiciaires en seraient minimisés et la procédure rendue plus rapide, ce qui permettrait de rétablir les habitudes de l'enfant le plus tôt possible.

De même, la Convention de La Haye de 1996 sur la protection des mineurs utilise la résidence habituelle comme facteur de rattachement de la loi applicable aux mesures de protection des mineurs et comme chef de compétence juridictionnelle, afin d'assurer une corrélation sérieuse entre les personnes à protéger et leur milieu de vie réel. Les mêmes caractéristiques d'interprétation uniforme et de simplicité d'utilisation devraient se retrouver dans la jurisprudence des États qui adopteront cette convention.

Il importe donc de savoir comment cette notion de résidence habituelle est interprétée en réalité par les tribunaux afin de savoir si les buts d'uniformisation du droit et, par ce moyen, de protection des personnes concernées, sont atteints.

Dans cette perspective, cette étude est consacrée à la comparaison de l'interprétation que la notion de résidence habituelle a reçue en droit québécois et dans les autres pays qui ont adopté les Conventions de La Haye de 1980 sur l'enlèvement international d'enfants et de 1996 sur la protection des mineurs.

Nous nous poserons donc les questions suivantes :

Quel est le sens de la notion de « résidence » en droit civil québécois (Partie 1) ?

Quel est le sens de la notion de « résidence habituelle » (Partie 2) :

- a) en droit civil québécois ?
- b) selon la Convention de La Haye de 1980 sur l'enlèvement d'enfants ?

- c) selon la Convention de La Haye de 1996 sur la protection des mineurs ?

L'interprétation jurisprudentielle donnée à la notion de « résidence habituelle » dans les pays ayant adopté ces Conventions de La Haye est-elle différente de celle donnée à cette même notion en droit civil québécois (Partie 3) ?

PARTIE 1

LE SENS DE LA « RÉSIDENCE » EN DROIT CIVIL QUÉBÉCOIS

On peut la définir actuellement comme **le fait pour une personne d'habiter dans un lieu de façon habituelle**¹. Un bref aperçu de la définition traditionnelle de la résidence permettra de mieux comprendre comment cette notion a intégré le qualificatif « habituel ».

Section 1- La définition traditionnelle de la résidence

En droit québécois, la résidence était traditionnellement définie abstraitement, *juridiquement* comme **le lieu où l'on demeure**². *Matériellement*, la « résidence » est aussi l'immeuble (en principe) où l'on habite. Ainsi, est apparue la notion de « résidence familiale » (*family residence*) dans les art. 401 et s. C.c.Q., c'est-à-dire de lieu d'habitation d'un couple marié.

À ce sujet, M. le juge Sénécal énonçait à la Cour supérieure en 1996, dans l'arrêt *Droit de la famille – 2617*³ :

Contrairement à la notion de domicile, celle de résidence est en principe une stricte question de fait qui ne fait pas appel à l'intention. Une personne réside à l'endroit où elle vit de *fait*. Il importe peu qu'elle se soit établie en ce lieu pour une période temporaire, définitive ou indéfinie.

Toutefois, certains arrêts, rendus avant l'adoption du nouveau Code civil⁴, avaient déjà précisé cette définition, notamment

1. E. DELEURY et D. GOUBAU, *Droit des personnes physiques*, Y. Blais, Cowansville, 1994, n. 285, p. 235.
2. Le *Dictionnaire de droit privé et Lexiques bilingues* du Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec (2^e édition, Y. Blais, Cowansville, 1991, p. 493) la définit comme « le lieu où une personne habite ».
3. [1997] R.J.Q. 1011, [1997] R.D.F. 374.
4. Voir récemment : *Brizard c. Boivin*, AZ-50221510, J.E. 2004-640, C.S. Trois-Rivières, 12 février 2004, n. 400-17-000623-039.

en droit municipal, en y ajoutant une condition de *permanence*⁵. L'idée était qu'on ne voulait pas soumettre à des lois locales des personnes occasionnellement présentes. Mais les lois en cause ne précisaien pas que la résidence, condition exigée pour y être soumis, devait être permanente ou habituelle. La jurisprudence a donc complété la loi en fonction de son but.

Section 2- Le sens selon le Code civil du Québec : résidence stable, donc habituelle

L'apparition dans l'article 77 C.c.Q. d'une définition de la résidence comme « le lieu où une personne demeure **de façon habituelle** » a pour conséquence qu'en droit civil québécois, en principe, sauf définition donnée dans une loi particulière, on assimile désormais « résidence » et « résidence *habituelle* ». Ainsi, le droit civil ne donne plus en principe de conséquences juridiques qu'à la résidence habituelle et *non à une résidence brève, occasionnelle*. En effet, la résidence, impliquant une stabilité, se distingue de la simple *habitation* qui, elle, désigne un lieu de séjour bref ou occasionnel⁶. Cette conception, liant résidence et permanence ou stabilité du séjour, a été expressément adoptée dans l'article 77 C.c.Q.

Le droit québécois admet qu'on puisse avoir plusieurs résidences habituelles. Dans le cadre de l'analyse du changement de domicile (art. 76 C.c.Q.), on considère qu'on doit retenir celle qui a le caractère principal, ce qui reste assez imprécis. La doctrine estime qu'il s'agit du lieu que l'on « fréquente ordinairement », c'est-à-dire de celui qu'on « occupe le plus souvent »⁷. En ce sens, la résidence habituelle se rapproche beaucoup de la résidence *ordinaire*. On doit sans doute considérer que l'évaluation de la résidence *principale* dépend objectivement et **quantitativement** de la durée du séjour⁸.

5. Voir *Cloutier c. La municipalité du Lac Simon*, [1969] R.L. 519 ; *Ovide Provost c. Roméo Lefort et La corporation municipale du village de St-Chrysostome*, [1980] C.S. 1013.

6. DELEURY et GOUBAU, *op. cit.*, note 1, n. 262, p. 226.

7. DELEURY et GOUBAU, *ibid.*, n. 280, p. 233.

8. Si, exceptionnellement, un tel calcul ne pouvait départager les résidences, on pourrait alors tenir compte d'éléments qualitatifs comme l'utilisation des lieux (gestion des affaires, simples vacances, etc.). On se rapprocherait alors de la notion de « principal établissement », qui est un élément essentiel du domicile.

Le droit québécois admet expressément qu'on puisse n'avoir aucune résidence habituelle puisque l'article 78 al. 2 C.c.Q. énonce : « À défaut de résidence, [la personne] est réputée domiciliée au lieu où elle se trouve ».

Finalement, comme cette règle l'illustre aussi, le droit québécois distingue entre la résidence et la simple présence (qui est le lieu où l'on se trouve).

PARTIE 2

LE SENS DE LA NOTION DE « RÉSIDENCE HABITUELLE » EN DROIT CIVIL QUÉBÉCOIS ET SELON LES CONVENTIONS DE LA HAYE DE 1980 ET DE 1996

Section 1- Le sens de la notion de « résidence habituelle » en droit civil québécois

Dans *Droit de la famille* – 2617⁹ la Cour supérieure définissait ainsi la notion :

On a jugé que la résidence *habituelle* d'une personne est l'endroit où elle vit régulièrement, normalement, ordinairement. [...] La « résidence habituelle » requiert des liens plus durables que la simple résidence. [...] La résidence habituelle n'est donc pas un simple lieu de passage.

De même encore dans *S.F. c. C.L.*¹⁰, la Cour supérieure a énoncé en 2003 :

[26] Résider veut dire « avoir sa résidence à tel endroit, y demeurer de façon habituelle » [Dictionnaire Le Petit Larousse, 2003, p. 884 et 498] alors que le mot habituellement signifie « de façon presque constante, généralement » [Dictionnaire Le Petit Larousse, 2003, p. 498].

Dans *L.L.A. c. J.P.A.*¹¹, en 2004, en matière de divorce, la Cour supérieure affirme aussi¹² :

9. [1997] R.J.Q. 1011, [1997] R.D.F. 374.

10. [2003] J.Q. n. 10672 (C.S.).

11. [2004] J.Q. n. 8586 (C.S.).

12. À ce propos, le Tribunal réfère aux autorités suivantes : *Anema v. Anema*, (1977) 27 R.F.L. 156 (Man. Q.B.) ; *Hardy v. Hardy*, 2 R.F.L. 50, [1969] 2 O.R. 875, 7 D.L.R. (3d) 307 (H.C.) ; *Thomson v. M.N.R.*, [1946] S.C.R. 209, 231-232 ; *Byrn v. Mackin*, (1983) 32 R.F.L. (2d) 207 (Que. C.S.) ; *Jutras c. Société Radio-Canada*, [1998] R.L. 294 (C.S.) ; *Da Silva c. Jodoin* [1993] R.D.J. 334 (C.A.) ; *Droit de la*

La résidence habituelle se trouve au lieu où une personne vit d'une façon quotidienne et habituelle.

Si la notion de résidence habituelle semble assez claire en théorie, de sérieuses difficultés se présentent en pratique dans le cas où la situation en cause est relative à un **changement de résidence**, ce qui arrive souvent en situation d'enlèvement international d'enfant. Le problème provient du fait que la durée nécessaire de résidence est sujette à un doute¹³. Il est exacerbé par la courte période de résidence à partir de laquelle en général la procédure de retour de l'enfant est engagée¹⁴. Or, les critères destinés à permettre de savoir quand la nouvelle résidence devient habituelle ne sont pas suffisamment clairs ni précis pour écarter tout doute. Dans quelle mesure faut-il tenir compte de l'intention des parents de revenir au lieu d'origine ? Combien de temps doit-il se passer avant que la nouvelle résidence soit habituelle ? Cela peut-il se faire instantanément ? Aucune règle n'a été codifiée en droit québécois pour déterminer quand a lieu le changement de résidence (à la différence du changement de domicile, prévu à l'art. 76 C.c.Q.).

Cependant, dans l'arrêt *Droit de la famille – 3713 (D.M.D. c. E.V.)*¹⁵, la Cour d'appel résume ainsi les principales règles relatives à la résidence habituelle de l'enfant, dans une situation d'enlèvement international, et l'on peut considérer qu'il s'agit, avec l'arrêt *Droit de la famille – 2454*¹⁶, des sources essentielles de notre droit sur ce sujet :

[24] WHEREAS the concept is to be understood according to the ordinary and natural meaning of the words ;

[25] WHEREAS the determination of a child's habitual residence is usually regarded simply as a question of fact to be decided by reference to all the circumstances of any particular case (*Droit de la famille – 2454*, [1996] R.J.Q. 2509) ;

famille – 2279, [1995] R.D.F. 695 (C.S.) et *Droit de la famille – 2054*, [1997] R.J.Q. 1124 (C.S.).

13. E.M. CLIVE, « The concept of Habitual Residence », [1997] *Juridical Review* 137, 142.

14. P. ROGERSON, « Habitual Residence : The New Domicile ? », (2000) 49 *I.C.L.Q.* 86, 101.

15. [2000] Q.J. n. 2967 (C.A.).

16. [1996] R.J.Q. 2509 (C.A.).

[26] WHEREAS the place of habitual residence of a child will be determined by focusing on the reality of the child, not that of the parents ;

[27] WHEREAS an appreciable period of time – one of a duration necessary for the child to develop ties and to show signs of integration into his new environment – should elapse before a new habitual residence might be acquired ;

[28] WHEREAS the child should have a real and active connection with the place of his residence ;

[29] WHEREAS to be habitual the residence must have achieved a certain degree of continuity ;

[30] WHEREAS there is no minimum period necessary in order to establish the acquisition of a new habitual residence.

On peut synthétiser ainsi ces règles, qui proviennent donc en bonne partie de l'arrêt *Droit de la Famille – 2454* :

1. *La résidence habituelle doit être entendue selon le sens ordinaire et naturel de cette expression*

Cette règle est largement théorique, car elle ne signifie pas que toute évaluation juridique est nécessairement écartée¹⁷. Ainsi la Cour d'appel a-t-elle trouvé nécessaire d'ajouter les règles qui suivent, ce qui montre bien que le droit conserve le contrôle du sens de la résidence habituelle.

2. *La résidence habituelle est une question de fait à déterminer selon les circonstances*

La résidence habituelle est *essentiellement* une notion de fait (entendu au sens de fait matériel, concret) et non de droit. Mais les

17. Comme l'affirme très justement M. le juge Kozinski dans *Mozes v. Mozes*, (9th Cir. 2001) 239 F. 3d 1067 ; No. 98-56505 (U.S. Court of appeal), référence INCADAT (banque de données sur l'enlèvement international d'enfant, établie par le Bureau permanent de la Conférence de La Haye de droit international privé, dont le site se trouve à <www.incatat.com>, ci-après « Incadat ») HC/E/USf301 : « Though the meaning of ordinary words is a question of fact, the meaning to be attributed to enacted words is a question of law, being a matter of statutory interpretation. So [...] a question of law arises as to the meaning of [habitual residence], even though it arises only at a preliminary stage in the process of determining a question of fact ».

circonstances dont on doit tenir compte laissent ouverte la possibilité de donner un rôle accessoire au droit au plan de la preuve.

En ce sens, dans *L.Y.P. c. M.E.*¹⁸, la Cour supérieure en 2004 affirme, en se fondant sur une décision néo-zélandaise¹⁹ rendue en matière d'enlèvement d'enfant, que la résidence habituelle dans un lieu ne doit pas être nécessairement légale, du point de vue du droit de l'immigration : la condition sera respectée si une personne réside pendant un certain temps dans un pays même si elle n'y est que tolérée, parce que son statut légal n'est pas définitivement réglé.

L'idée sous-jacente est de faciliter le travail du juge (spécialement dans le cadre de l'enlèvement d'enfant qui requiert une certaine rapidité des procédures). En principe il s'agit de prouver des *faits* matériels, sans grande discussion possible, et non de vérifier si des dispositions législatives sont respectées, ni de rechercher une intention, questions plus difficiles à prouver, à la différence du domicile²⁰.

Mais, comme le remarque un auteur, on a sans doute fait preuve d'un trop grand optimisme²¹ car la notion de fait n'est pas précise : de quels faits tenir compte ? Il faut donc prévoir des *règles*

18. [2004] J.Q. n. 13967 (C.S.).

19. *H. v. H.*, [1995] 12 FRNZ 498, pages 1 et 2, cité au n. 48 de la décision québécoise.

20. En effet, l'intention des personnes intervient en cas de changement de domicile. La jurisprudence datant d'avant le nouveau code a admis d'ailleurs, qu'il n'y avait pas de différence entre les notions de domicile en common law et en droit québécois (*Wadsworth v. McCord*, (1886) 12 S.C.R. 466, 478). On a admis que le changement nécessitait une preuve de l'intention de ne pas revenir à l'ancien domicile, et aussi que « the animus manendi necessary to change the domicile of origin to a new domicile means a fixed and settled purpose » d'abandonner l'ancien domicile (*Trottier c. Rajotte*, [1940] S.C.R. 203). La Cour suprême, dans *Trottier c. Rajotte*, affirmait aussi : « a domicile of origin is not lost by the fact of the domiciled person having left the country in which he was so domiciled with the intention of never returning. It is essential that he shall have acquired a new domicile, that is to say, that he shall in fact have taken up residence in some other country with the fixed, settled determination of making it his principal place of residence, not for some particular purpose, but indefinitely. » Cette conception s'exprime aujourd'hui dans l'article 76 C.c.Q. Donc, dans ce cadre d'analyse, si l'intention concerne la résidence, elle ne sert pas à la déterminer, mais elle s'ajoute à elle pour modifier le domicile. Cette connexité au sein de l'analyse du changement de domicile est susceptible d'entraîner des confusions et de laisser croire que l'élément intentionnel est une composante même de la résidence.

21. J.G. COLLIER, *Conflict of Laws*, 3^e éd., Cambridge Un. Press, 2001, p. 55.

juridiques qui permettent de savoir comment rechercher la résidence en pratique²².

Certains faits *bruts* sont aisément repérés et utilisables, comme la présence durable, déjà réalisée, en un lieu, d'une personne, ou encore l'existence d'attaches en un lieu (amis, parents, gardienne, jouets, déclaration d'impôts, permis de conduire, meubles)²³.

D'autres faits bruts sont plus difficiles à évaluer. Les *circonstances* vont ici permettre d'en comprendre la portée. Ainsi dans *M.-P.L. c. M.I.B.L.*²⁴, la Cour supérieure énonce au n. 64 :

Au moment du départ de M... pour le Québec, Canada, son lieu de résidence et son domicile étaient au Suriname, où ses parents étaient alors résidents, bien que temporairement, c'est-à-dire durant le terme du contrat de Monsieur avec C....

En l'espèce, la durée de quatre ans du contrat de travail du père, qui avait emmené avec lui sa famille au Suriname, bien que temporaire (c'est-à-dire non pas de façon indéfinie pour le futur), suffisait pour qu'ils soient habituellement résidents en ce pays et que l'enfant, âgée de 3 ans, y soit aussi considérée résidente juste avant son enlèvement pour la Barbade. Pourtant, elle n'avait passé qu'à peu près trois mois au Suriname (alors qu'elle avait passé 19 mois auparavant à la Barbade, durant la durée d'un contrat de travail antérieur).

Au-delà des faits bruts aisément constatés, le tribunal peut « examiner la situation plus globalement, en allant au-delà de la situation purement factuelle », c'est-à-dire qu'il peut examiner d'autres circonstances qui permettent de déterminer l'importance de ces faits ou qui peuvent même compléter l'analyse²⁵.

22. Ainsi la question de la détermination de la résidence habituelle est-elle une question de fait, mais, du point de vue des cours d'appel, elle met quand même des règles en jeu, ce qui en permet éventuellement une révision.

23. Voir ainsi, comme bon exemple : *N.K. c. R.V.*, [2004] R.D.F. 572 (C.S.), AZ-50254383, J.E. 2004-1360 (divorce).

24. [2002] R.D.F. 982 (C.S.).

25. Dans *S.E. c. T.R.*, [2003] J.Q. n. 11746, la Cour supérieure en 2003 affirme, après avoir cité les arrêts principaux dans ce domaine : « ¶ 74. Même en examinant la situation plus globalement en allant au-delà de la situation purement factuelle, la conclusion demeure la même. Dans la lettre du 15 juillet 2003 [...] il est indiqué que : la date d'embauche de monsieur est le 14 juin 2001. Madame prétend dès lors que l'affectation de deux ans s'est terminée le 14 juin 2003 et que le contrat d'embauche était donc expiré lorsqu'elle a quitté la France le

La notion de fait recouvre aussi les *actes matériels* de la personne concernée. Or l'importance de ceux-ci n'est souvent clairement comprise que par rapport *aux circonstances*, notamment les *intentions* des personnes en cause. Par exemple, l'achat d'une maison en soi fait référence à une *intention* future de résider en ce lieu de façon durable, de même que le fait de partir sans laisser aucun bien derrière soi.

Ainsi, on peut se demander si *l'intention* d'une personne ou d'un parent peut être considérée comme un *fait*, immatériel, non brut, subjectif, dont il convient de tenir compte pour comprendre les faits bruts, comme l'importance de la durée d'un séjour.

Si, au contraire, on limite la notion de fait aux événements *matériels*, apparents, il n'empêche que l'intention des personnes concernées peut être incluse *dans les circonstances* (non limitées aux circonstances matérielles) dont il faut tenir compte pour apprécier la portée des faits, selon la Cour d'appel dans l'arrêt de principe *Droit de la famille – 3713*.

Rappelons à ce propos que la Cour d'appel énonce qu'« habituellement » (*usually*) la résidence est une question de fait, sans exclure définitivement toute considération de l'intention d'une personne et, de plus, qu'on doit tenir compte de *l'ensemble des circonstances*.

En ce sens, dans *C.E.S.*²⁶, Mme la juge Grenier distingue opportunément entre la « méthode objective » (sans tenir compte de l'intention) et la « méthode subjective » (permettant de tenir compte, parmi les faits significatifs, ou parmi les circonstances qui les entourent, de l'intention), pour déterminer la résidence habituelle.

En sens contraire, toutefois, au sujet de la résidence d'un enfant, on peut citer ce qu'écrit M. le juge Chamberland dans l'affaire *Droit de la famille – 3451* à la Cour d'appel, au sujet de l'article 77 :

27 juin 2003. La résidence familiale se trouvait ainsi de nouveau située au Québec. ¶ 75. Le tribunal ne partage pas cette interprétation puisqu'elle ne correspond pas à la réalité ».

26. *C.E.S. c. E.V.*, [2002] R.D.F. 874 (C.S.), J.E. 2002-1904.

Le choix de cette notion de « résidence habituelle » est voulu. Il évite toute discussion quant à l'intention de l'un ou l'autre des parents d'établir son domicile à un endroit plutôt qu'à un autre. Il introduit dans la détermination du domicile de l'enfant mineur d'un couple qui ne vit plus ensemble des éléments subjectifs et concrets, plus facilement mesurables par le tribunal que lorsqu'il s'agit de sonder les intentions des parties.

Dans cet arrêt, relatif à l'enlèvement d'un enfant né en Ontario, par sa mère qui voulait le ramener au Québec, M. le juge Chamberland infirme une décision d'une cour inférieure au motif :

C'est donc à tort à mon avis que le juge de première instance s'appuie sur l'intention de l'intimée « to remain in Quebec » pour conclure à la compétence de la Cour supérieure pour statuer sur la garde de W... Appliquant le test de la « résidence habituelle », le premier juge aurait dû conclure qu'au moment où il se saisissait du litige opposant les parties, au début de février 1999, la « résidence habituelle » de W... était à Toronto, Ontario. Il y était né et il y avait vécu, avec ses deux parents, depuis sa naissance jusqu'au 28 janvier 1999 [date de l'enlèvement]. ... Il avait une chambre bien à lui, équipée de meubles et accessoires d'enfants, dans la maison que ses parents louaient à Toronto. Tous ces facteurs, objectifs, concrets et indépendants des intentions de l'un ou l'autre des parents, devaient amener le juge de première instance à conclure que la résidence habituelle de W... était à Toronto, où demeurait toujours son père.

Cette décision illustre bien la conception de la notion de résidence habituelle en droit civil québécois²⁷. Cette règle consistant à écarter l'intention des parents a été affirmée à plusieurs reprises

27. Le juge ajoute : « S'agissant d'un déplacement illicite, je crois qu'il serait tout à fait inapproprié de tenir compte des faits postérieurs à ce déplacement pour déterminer le lieu de la « résidence habituelle » de l'enfant. Le déplacement illicite d'un enfant ne peut pas fonder un changement légal de son domicile. La proposition contraire ne ferait qu'encourager les parents insatisfaits d'une juridiction à prendre la Justice entre leurs mains et de changer de juridiction dans l'espoir, conscient ou non, d'y avoir une oreille plus attentive de la part des tribunaux. La *Convention de La Haye sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants* vise à décourager ce type de comportement ; l'article 3142 C.c.Q. et, par ricochet, le deuxième alinéa de l'article 80 C.c.Q. vont dans le même sens et permettent également aux autorités judiciaires québécoises de décourager ces comportements, même dans les cas où la *Loi sur les aspects civils de l'enlèvement international et interprovincial d'enfants* ne s'applique pas ». Ainsi, un motif essentiel de ne pas tenir compte de l'intention des parents dans la détermination de la résidence habituelle de l'enfant est de décourager la fraude à la loi.

dans le but d'éviter que les parents ne manipulent leur propre résidence pour modifier celle des enfants²⁸.

Dans *Rees c. Convergia, Convergia Networks Inc.*²⁹, une affaire où il s'agissait de savoir si un employé était résident au Québec, alors qu'il y travaillait et qu'il y habitait dans un logement loué, la Cour supérieure affirmait :

[27] Not only did he not manifest an intention of establishing a residence in Québec but by his actions and statements Plaintiff's intentions clearly indicated the contrary. He did everything to remain within the legal jurisdiction of the United States or one of its individual states. Indeed, one can conclude that he went out of his way to maintain his residence within such jurisdiction such that he remained habitually resident in Iowa. The temporary stops used by him for purposes of his employment in various places from time

28. Voir ainsi : *A.I. c. R.M.C.*, [2004] J.Q. n. 7484 (C.S.) au n. 21 : « Il importe de rappeler que l'intention des parents ne revêtira aucune importance dans la détermination de la résidence habituelle de B., cette question référant essentiellement à une notion factuelle. ». De même, dans *Droit de la Famille - 264*, [1997] A.Q. n. 1224 (C.S.), la Cour, au n. 63, citant les propos de M. le juge Chamberland dans l'arrêt *Y.D. c. J.B.*, [1996] A.Q. n. 2916 (C.A.), a refusé de tenir compte d'une éventuelle entente selon laquelle les parents reviendraient au Québec, alors qu'en fait l'enfant, qui y avait été enlevé, avait toujours vécu en Martinique (France) depuis sa naissance. En l'espèce, l'existence de l'entente n'était pas certaine, car la volonté de l'épouse n'était pas clairement exprimée. Ceci montre bien les problèmes relatifs à l'utilisation de l'élément intentionnel dans la détermination rapide de la résidence habituelle d'un enfant. Voir aussi : *Droit de la famille - 2675*, AZ-97026241, C.S. 22 avril 1997, n. 200-04-003138- 979, citant le même arrêt : « Suivant la jurisprudence, cette notion constitue une question de fait qui s'attache à la réalité vécue par l'enfant et non à l'intention de ses parents ». De même encore, dans *S.F. c. C.L.*, [2003] J.Q. n. 10672, la Cour supérieure a affirmé en 2003 : « Le test, purement factuel, fait appel à des facteurs objectifs, concrets et indépendants des intentions de l'un ou l'autre des parents. Seule la réalité de l'enfant est pertinente : c'est d'ailleurs dans le passé, avant que ne surgisse le litige, qu'il faut regarder pour l'identifier puisqu'elle est et ne saurait être « en devenir » ». On peut encore citer à cet effet, ce qu'affirmait, en *obiter* toutefois, M. le juge Dalphond (maintenant à la Cour d'appel) en Cour supérieure en 1999 dans l'arrêt *Droit de la famille - 3597* (S.G. c. R.S.), [2000] R.L. 183 : « Contrairement à la notion de domicile qui implique une intention (voir l'art. 76 C.c.Q.), la notion de résidence est purement factuelle. [...] Que monsieur ait l'intention de revenir à Montréal dès qu'il pourra s'y dénichier un emploi comparable à celui qu'il occupe actuellement à Hanover, ne change rien au fait qu'il réside actuellement, de façon habituelle, au New Hampshire. C'est dans cet état américain qu'il travaille depuis plus de deux ans, qu'il y gagne ses revenus et qu'il y a son appartement où l'on retrouve la majorité de ses vêtements et meubles. De plus, c'est aux États-Unis qu'il paie ses impôts, ayant cessé de produire des déclarations aux fiscs canadien et québécois ».

29. C.S. Montréal 500-17-017494-033, 2004-03-11, AZ-50225541, J.E. 2004-975, D.T.E. 2004T-500, au n. 27.

to time can only be deemed temporary accommodations or « pieds à terre ».

Cependant, la Cour d'appel³⁰ vient de rejeter, comme dans l'affaire *Droit de la famille – 3451*, cette approche liant la résidence et l'intention de la personne concernée. Elle a affirmé en effet :

[20] je suis d'avis que le premier juge [...] devait faire abstraction de l'intention de l'appelant pour décider si celui-ci avait ou non sa résidence au Québec. [...]

[22] Il est acquis que la notion de résidence en est une de fait qui, contrairement à celle du domicile ou du changement de domicile, ne fait pas appel à l'intention. [...]

[31] Il importe peu, selon moi, que l'appelant n'ait pas voulu être assujéti au régime fiscal du Québec, qu'il n'ait pas requis une carte d'assurance-maladie ni un permis de conduire québécois. Le législateur n'en demande pas tant au travailleur des temps modernes appelé à suivre son gagne-pain.

Ainsi, en droit québécois, l'intention d'une personne de résider en un lieu ne peut donc jamais supplanter les circonstances ni les faits bruts pointant clairement vers un autre lieu.

3. *La résidence habituelle de l'enfant se détermine en examinant sa propre réalité et non celle des parents*

Dans *Droit de la famille – 2454*, M. le juge Chamberland énonce ainsi cette règle³¹ :

La réalité des enfants doit seule être prise en compte pour déterminer le lieu de leur « résidence habituelle » ; à cet égard, le tribunal doit s'en tenir à l'expérience des enfants, les désirs, souhaits ou intentions de leurs parents ne comptant pas lorsqu'il s'agit de décider du lieu de leur « résidence habituelle » au moment de leur déplacement.

Ainsi, dans *Droit de la famille – 3713 (D.M.D. c. E.V.)*³², le fait que le séjour en Angleterre des enfants avait été déclenché par une sorte d'entente sous condition résolutoire entre les parents ne devait pas entrer en ligne de compte.

30. *Rees c. Convergia*, (2005) QCCA 353 (7 avril 2005).

31. *Droit de la famille – 2454*, [1996] R.J.Q. 2509, 2522.

32. [2000] Q.J. n. 2967.

De même, dans *H.H.N. c. O.X.Ng*.³³, alors que la mère était repartie de Bangkok avec ses enfants pour rejoindre sa famille à Montréal, la Cour supérieure examine la situation des parents et détermine qu'ils n'avaient qu'une résidence temporaire à Bangkok, devant durer deux ans, autant que la durée du contrat de travail du père. Puis, en citant l'arrêt *Droit de la famille – 2454*, elle se concentre sur la situation spécifique des enfants de cette manière :

86. Vu du point de vue des enfants voici ce qui confirme l'aspect temporaire de leur séjour : ils ne sont en Thaïlande qu'en leur qualité de dépendants d'un père dont le visa, le permis de travail et le contrat de travail sont temporaires ; en Thaïlande, ils ont d'abord habité un hôtel pour expatriés puis, dans un domaine pour expatriés ; C. fréquente une école anglaise alors que sa langue maternelle est le français [;] cette école est une école pour expatriés ; les enfants ne parlent pas le thaï, Ch. à son âge, ne parlant de toute façon pas encore ; les enfants n'ont aucune relation avec la population et la culture thaï ; les enfants ont bien quelques amis mais, leurs principales fréquentations restent encore la famille de Montréal.

De même, dans *R.A. c. B.As*.³⁴, la Cour supérieure énonce :

30. Quand l'intimée va rejoindre monsieur A... en Floride en septembre 2001 avec les enfants, elles s'installent dans la maison qu'il a louée pour la famille. Les enfants ont leur chambre ainsi que leur demi-sœur J.... Le père s'en occupe quand il revient du travail, les amène au terrain de jeux ou au restaurant à l'occasion, prépare leur petit-déjeuner et s'amuse avec elles.

31. Madame As... reste à la maison avec les enfants et, le 3 décembre 2001, elle inscrit Al... à des cours de danse et de natation au YMCA et inscrit aussi la famille. [...]

33. À notre avis, le vécu des enfants depuis la fin de septembre 2001 établit que leur résidence habituelle est en Floride et qu'en l'absence du consentement de leur père, elles ont été déplacées illicitement au Québec en février 2002.

De même, enfin, en 2003, la Cour supérieure affirmait, dans *S.S.-C. c. G.C*.³⁵ :

33. [2002] R.D.F. 604 (C.S.).

34. [2002] R.D.F. 429 (C.S.).

35. [2003] R.D.F. 845 (C.S.).

[54] Connecticut is where the children have lived since March of 2001 ; this is where they have attended school, made friends and enjoyed their daily activities. It may be that one of the parents had other plans for the future but, for E..., C... and F..., A, Connecticut, was their habitual residence.

[55] Focusing on the children's reality, the Court comes to the conclusion that their habitual residence on June 29 was Connecticut.

4. *La résidence habituelle nécessite une continuité de séjour*

Cette règle touche l'aspect temporel de la résidence. On recherche ici la preuve d'une certaine *stabilité du séjour* : la situation doit être suffisamment stable (*settled*). En effet, le but même de la législation sur l'enlèvement d'enfants est d'éviter une déstabilisation de l'enfant, ce qui est contraire à son intérêt (il ne se développera pas normalement). C'est pourquoi on doit le ramener au lieu de sa résidence habituelle, qui répond à ce besoin de stabilité, nécessaire à un développement harmonieux.

Ainsi, dans *J.T. c. L.-A.B.*³⁶, où il s'agissait de savoir où des enfants étaient habituellement résidents, alors qu'ils avaient été emmenés à Montréal par leur mère, lors d'un déménagement de la famille de Californie au New Hampshire, la Cour supérieure considère qu'ils n'avaient pas commencé leur processus d'intégration au Massachusetts en y étant seulement restés deux jours dans un hôtel.

Néanmoins, la continuité de séjour n'a pas à être absolue : il peut y avoir des absences temporaires ou occasionnelles.

Du point de vue de la logique juridique, toutefois, cette exigence semble redondante dans la mesure où la résidence elle-même devrait maintenant être interprétée comme un *séjour stable*, sans nécessité d'ajouter le terme « habituelle ». Néanmoins, on retrouve ici les habitudes prises sous l'empire de l'ancien code, lorsque la résidence n'avait pas été automatiquement assimilée à la résidence habituelle.

Cependant, M. le juge Chamberland, dans l'arrêt rendu par la Cour d'appel dans *Droit de la famille – 3451* y voit, avec raison, « l'affirmation d'une volonté d'harmoniser le vocabulaire du Code civil au vocabulaire du droit international » et spécialement de

36. [2002] R.D.F. 50 (C.S.).

celui de la Convention de La Haye de 1980. Les commentaires du ministre de la Justice vont en ce sens³⁷.

5. *Aucune période de temps minimale n'est exigée pour acquérir une nouvelle résidence habituelle, mais il faut une période de temps suffisante pour que l'enfant (la personne) développe des liens avec son nouvel environnement et montre des signes d'intégration*

Cette règle, composée de deux propositions, touche aussi l'aspect temporel de la résidence. La seconde proposition est assez claire et l'on peut avancer que l'existence de la nouvelle résidence nécessite des preuves de l'intégration de l'enfant qui lui soient propres (rapport psychologique, etc.). Le fait, externe à sa personne, qu'il soit inscrit dans une école, par exemple, ne suffit pas.

Mais la première proposition est ambiguë. Dans un premier sens, on peut se demander si elle signifie qu'on peut acquérir *d'un jour à l'autre* une nouvelle résidence. La réponse est probablement affirmative, en théorie, mais à condition de pouvoir le prouver, ce qui nécessite normalement, en pratique (selon la seconde proposition), une certaine période de temps. On aboutit alors à une contradiction entre théorie et pratique.

Mais le second sens de cette règle, plus probable, est qu'il n'existe *aucune période fixe* prédéterminée³⁸ (à la différence, par exemple, de l'exigence d'un an, en matière de divorce, ou 5 ans dans la Convention de La Haye de 1985 sur les successions internationales).

Dans *Droit de la Famille – 3713*³⁹, la Cour d'appel a estimé qu'une période de 3 mois suffisait pour établir une nouvelle résidence en Angleterre, alors que les enfants en cause résidaient auparavant depuis 7 ans au Québec. Par contre, dans *H.H.N. c. O.X.Ng*.⁴⁰, il a été jugé que 5 mois passés à Bangkok n'avaient pas

37. Il est indiqué sous l'article 77 : « La définition introduite par le présent article intègre au Code civil une notion très courante [...] en droit international privé, celle de résidence habituelle », *Commentaires du ministre de la justice*, t. 1, Publications du Québec, 1993, p. 62.

38. E.M. CLIVE, *loc. cit.* note 13, p. 143 note 31 : « [That] may just be a loose and inaccurate way of saying that no fixed minimum period is required », au sujet de l'arrêt écossais *Cameron v. Cameron*, [1996] S.L.T. 313, qui semble être à l'origine de cette règle pour la Cour d'appel québécoise.

39. [2000] Q.J. n. 2967 (C.A.).

40. [2002] R.D.F. 604 (C.S.).

suffi pour changer la résidence habituelle d'enfants auparavant résidents de l'Ontario.

Donc *aucune règle rigide* ne doit être utilisée à ce sujet et *tout dépend des circonstances* (présence de parents au nouveau lieu, climat, durée d'un contrat de travail du parent dont les enfants dépendent, etc.) et de l'enfant (selon sa personnalité et son âge il s'intégrera plus ou moins rapidement).

Dans le cadre de cette règle, la question se repose de savoir si, face à des faits difficiles à interpréter, *l'intention* des personnes en cause peut intervenir pour *remplacer* la période de temps ou, au moins, pour éclairer la portée du fait brut du changement géographique de lieu de séjour. Comme nous l'avons exposé plus haut en examinant la règle 2, il existe un débat dans la jurisprudence québécoise à ce sujet.

Dans *R.A. c. B.As.*⁴¹, dans un contexte de déplacements rapides et multiples, la Cour supérieure estime que 5 mois de résidence en Floride suffisaient pour considérer que les enfants en cause y avaient leur résidence habituelle. Dans cette affaire assez difficile à juger, il est clair que si l'intention des parents avait été retenue comme élément pertinent, on n'aurait rien pu en tirer parce qu'ils avaient des intentions contradictoires.

6. *L'enfant (la personne) doit présenter un lien réel et actif avec son lieu de résidence*

Avec cette règle, le droit québécois distingue entre la résidence et la simple présence (lieu où l'on se trouve) puisque la simple présence ne réalise *aucun lien réel si elle n'est pas jointe à un élément de stabilité temporel*. L'article 76 alinéa 2 C.c.Q. énonce aussi implicitement que la résidence habituelle n'est pas la simple présence en un lieu.

Ainsi, dans *J.T. c. L.-A.B.*⁴², la Cour supérieure affirme, à propos d'enfants qui étaient restés en transit deux jours au Massachusetts, en provenance de Californie :

41. [2002] R.D.F. 429 (C.S.).

42. [2002] R.D.F. 50 (C.S.). Cette règle a aussi été appliquée sans grande explication dans *A.I. c. R.M.C.*, [2004] J.Q. n. 7484 (C.S.) au n. 25.

It is apparent that they had not been in Cambridge [Mass.] an appreciable amount of time, that they had no real and active connection with Cambridge.

On peut aussi avancer, un peu paradoxalement, que cette règle signifie peut-être que **la perte d'une résidence habituelle peut être instantanée** dans la mesure où, juste après un déménagement, l'enfant n'a plus de lien *réel* avec l'ancien lieu, même s'il conserve un lien intellectuel avec celui-ci.

Finalement, dans la mesure où cette règle découle de celles déjà énoncées, ou les illustre, on peut penser qu'elle est superflue. Ainsi, le lien sera *réel* s'il est *continu* (règle 4) et s'il touche la réalité de l'enfant lui-même (règle 3). De même, le lien sera *actif* avec l'enfant s'il touche sa propre réalité (règle 3) et si on l'évalue en regard de la période de temps suffisante pour lui permettre de montrer des signes d'intégration au nouveau milieu (règle 5).

Examinons maintenant la notion de résidence habituelle selon les Conventions de La Haye de 1980 et de 1996.

Section 2- Le sens de la notion de « résidence habituelle » selon la convention de La Haye de 1980 sur l'enlèvement international d'enfants

La résidence habituelle n'est pas définie dans la Convention de 1980. Elle a son origine dans les autres Conventions de La Haye. Elle fut adoptée dans la session de 1900 et on la retrouve notamment dans l'article 5 de la Convention de La Haye de 1955 pour régler les conflits entre la loi nationale et la loi du domicile⁴³, où elle est *assimilée au domicile*, mais où elle n'a pas plus été définie. C'est donc la jurisprudence interprétant ces Conventions qui lui donne son sens⁴⁴. Nous allons nous concentrer sur celle de 1980 sur l'enlèvement d'enfants.

Si certaines règles sont généralement acceptées par l'ensemble des États appliquant cette convention, cependant, il existe

43. Conférence de la Haye, *Recueil des conventions (1951-1988)*, Bureau permanent de la Conférence, p. 25.

44. Notre étude a porté sur les 137 décisions signalées dans la banque Incadat et rendues au sujet de l'article 3 de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980. Nous prenons pour hypothèse que cet échantillon est suffisamment représentatif des tendances exprimées. Toutefois, selon notre recherche, la banque Incadat contiendrait au moins 278 décisions sur la notion de résidence habituelle.

des divergences assez considérables dans la manière dont un certain nombre d'autres règles ont été interprétées, malgré les bonnes volontés de conserver une interprétation uniforme afin d'éviter les problèmes liés au domicile⁴⁵.

Conservant ces positions divergentes à l'esprit, les « facteurs » relatifs à la résidence habituelle ont été ainsi énoncées dans l'arrêt néo-zélandais *C. v. T.*⁴⁶ :

(a) Question of Fact : It is settled law that the habitual residence of a person in a specific country is a "question of fact to be decided by reference to all the circumstances of any particular case". Per Lord Brandon of Oakbrook in *Re J. (A Minor) (Abduction : Custody Rights)* [1990] 3 WLR 492 (House of Lords) at 504 paragraph (c)-(d) and *H. v H.* [1995] 13 FRNZ 498 at 501 per Greig J.

(b) Natural and Ordinary Meaning (settled and voluntary) : Greig J in *H. v H.* at page 501 stated : "that the construction of the phrase "habitual residence" has no particular legal magic. It is to be construed in the ordinary meaning of the words. The essence of "habitual" is customary, constant, continual. The opposite of that is casual, temporary or transient."

45. Ceci n'est pas étonnant si l'on considère ce qu'un juge a récemment admis. Dans *Re R (Abduction : Habitual Residence)*, [2003] EWHC 1968, [2004] 1 FLR 216, [24/07/2003 ; High Court (England and Wales)], Incadat : HC/E/UKe 580, la cour affirme en toute candeur (au par. 57) : « The domestic system of law by reference to which for this purpose I have to determine the question of habitual residence, is the domestic law of England. It is the domestic law of England, the view which the law of England attaches to the meaning of the words "habitual residence" when they appear in Article 3 of the Hague Convention. It is the law of England as set out in the authorities to which I have referred. [...] On the facts as I have found them either the German court applying German law takes the same view or a different view. [...] If it takes a different view then the reality, however elegantly the point is put, is that I am being asked to come to a different view from that which the law of England would direct me to come to by being invited to be beguiled by the different view of German lawyers in relation to German law. My duty in these circumstances is to apply the domestic law of England by reference to the authorities I have mentioned, and in the light of those authorities, applying the relevant principles, the conclusion I have come to cannot be affected by evidence of German law. Equally it seems to me it would not be affected even by the decision of the German court to a different effect ». Voir toutefois : *Re S (A Child)*, [2002] EWCA Civ 1941, [27/11/2002 ; Court of Appeal (England and Wales)], Incadat : HC/E/UKe 490 : « Questions of habitual residence in relation to Article 3 of the Hague Convention are to be determined by reference to the international jurisprudence, recorded on the Permanent Bureau's INCADAT website ». Voir aussi, aux États-Unis : *E. Nunez-Escudero, v. S. Tice-Menley*, 26 juin 1995, (US C.A. 8^e Circuit), Incadat : HC-E-Usf 98.

46. [2001] NZFLR 1105 [31/08/2001 ; Family Court, Taupo (New Zealand)], Incadat : HC/E/NZ 413.

(c) Continuity : There is required a degree of continuity to enable habitual residence to be described as settled. Refer Sir Stephen Brown P. in *V. v B. (A Minor) (Abduction)* [1991] 1 FLR 266 at 271.

(d) Intention : Lord Brandon of Oakbrook in *Re J.* above at page 504 paragraph (e) held that a person may cease to be habitually resident in one country in a single day if that person leaves it with a settled intention not to return but to take up long term residence in another country instead. Lord Brandon however continued that such a person cannot become habitually resident in the second country in a single day. He continued “an appreciable period of time and a settled intention will be necessary to enable him or her to become so.”

(e) Termination and Change of Habitual Residence : It is well accepted [...] that habitual residence can be terminated in one day. Refer *Re J.* above.

Voici donc les règles principales que l'on peut tirer de la jurisprudence internationale.

1. *La résidence habituelle doit être interprétée selon le sens ordinaire et habituel (ordinary and natural meaning)*

Il s'agit d'éviter une divergence d'interprétation selon les tribunaux qui découlerait de l'utilisation d'une notion de droit comme le domicile.

L'arrêt de la Chambre des Lords *Re J. (A Minor) (Abduction : Custody Rights)* ; *C. v. S. (Minor)*⁴⁷, considéré comme le « leading case » en droit anglais au soutien de cette proposition, affirme :

[...] the expression is not to be treated as a term of art with some special meaning, but is rather to be understood according to the ordinary and natural meaning of the two words which it contains.

Ceci a pour conséquence, au plan de l'interprétation ordinaire, que la résidence « habituelle » implique un **élément de permanence**. Dans le même sens, dans l'arrêt *A. v. A.*⁴⁸, on qualifie ainsi cette notion de ...

47. [1990] 2 All E.R. 961, 965 (Eng. H.L.).

48. *A. v. A.*, 5 octobre 2001, [05/10/2001 ; Buenos Aires, Cour de première instance (Argentine)], Incadat : HC/E/AR 487. Voir aussi : *1 F 3709/00, Amtsgericht Zeibruecken*, 25 janvier 2001, [25/01/2001 ; Amtsgericht Zeibruecken (District Court) (Allemagne)], Incadat : HC/E/AU DE 392 : « the parties had been ordered to be stationed there, that they had their own home there and that therefore the

place where the minor carries out his activities, where he has been established with a certain degree of permanence, the centre of his emotional and daily experiences.

On peut encore citer l'arrêt suédois rendu dans l'affaire *J. v. J.*⁴⁹ :

[traduction] consideration of the question of habitual residence under the Convention is primarily a matter of making an overall assessment of circumstances which may be observed objectively such as the length of sojourn, existing social ties, and other [circumstances] or occupational nature which may indicate a more permanent attachment to one country or the other.

2. *La résidence est une question de fait dépendant des circonstances*

C'est en principe une question de fait et non de droit (donc elle ne dépend pas du domicile d'une autre personne, ni du lieu de résidence enregistrée). Cette règle est largement admise dans les pays de common law comme dans les autres systèmes juridiques⁵⁰. Pour les pays de common law, l'autorité citée est encore l'arrêt de la Chambre des Lords rendu dans l'affaire *C. v. S. (Minor)*⁵¹ :

[...] a question of fact to be decided by reference to all the circumstances of any case.

À ce sujet, on peut mentionner aussi le rapport intitulé « Report of the Third Special Commission meeting to Review the

centre of all their activities was in Israel » ; *R. and R.*, 7 janvier 1999, Cour juvénile de Rome (Italie), Nr. 2450/98 E, [07/01/1999], Incadat : HC/E/IT 297 : « habitual residence does not indicate the registered residence, but the place where the child usually spends most of his time. This place, center of the child's life, is without any doubt, England, where L. was born and has grown up ».

49. Cas No. 7505-1995, 9 mai 1996, Cour suprême administrative de Suède, [09/05/1996 ; *Regeringsrätten*], Incadat : HC-E-SE 80.

50. Voir *W. v. O.*, 14 juin 1995, Cour suprême de justice d'Argentine, 14/06/1995 ; Cour d'appel supérieure], Incadat : HC/E/AR 362 ; *A. v. A.*, 5 octobre 2001, Buenos Aires, Cour de 1^{re} instance, [05/10/2001 ; (Argentine)], Incadat : HC/E/AR 487 ; *R. and R.*, 7 janvier 1999, Cour juvénile de Rome (Italie), Nr. 2450/98 E, [07/01/1999], Incadat : HC/E/IT 297 ; *J. v. J.*, Cas N. 7505-1995, 9 mai 1996, Cour suprême administrative de Suède, [09/05/1996, *Regeringsrätten*], Incadat : HC-E-SE 80.

51. [1990] 2 All E.R. 961, 965 (Eng. H.L.). Voir aussi : *F v A*, 21 avril 2004, Superior Court, Californie, Placer County, [24/04/2004] (USA)], Incadat : HC/E/USs 582 : « The determination of a child's habitual residence is a fact-intensive inquiry ».

Operation of the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction (17 – 21 March 1997) », qui explique, à son paragraphe 16 :

[16] Alternating custody agreements, or “shuttle agreements” might give rise to problems in determining the habitual residence of the child. The question arises whether such agreements may determine habitual residence in a way that would be binding on courts requested to order the return of the child, e.g. by including an additional clause that non-return of the child on the date agreed upon constitutes unlawful retention under the Convention or other kinds of choice of court clauses. Such choice of court clauses do not fall to be recognised under the Convention, however, and parties to such an agreement should not have the power to create a habitual residence that does not match with the factual habitual residence of the child. This is, firstly, because the concept of ‘habitual residence’ under the Convention is regarded as a purely factual matter and, secondly, because the Convention provides for a very specific remedy applicable in cases of emergency and is not meant to solve parental disputes on the merits of custody rights.

Ainsi l’existence d’un accord résultant de la rencontre de la volonté des parents ne doit pas lier les tribunaux s’il ne correspond pas à la situation de fait.

Toutefois, dans des arrêts anglais, on trouve des affirmations qui semblent aller à l’encontre de cette règle. Ainsi, dans *Re S. (Minors) (Abduction : Wrongful Retention)*⁵² la Cour a dit⁵³ :

[...] it seems to me plain that where both parents have equal rights of custody no unilateral act by one of them can change the habitual residence of the children, save by the agreement or acquiescence over time of the other parent, or court order determining rights of residence and custody.

On invoque ici la possibilité que l’intention des parents ou même qu’un arrêt modifie la résidence habituelle d’un enfant. Mais il est possible que cette affirmation ne soit qu’une généralité selon laquelle les deux situations de fait en cause entraînent éventuellement en fait un tel changement, plutôt qu’une affirmation selon laquelle ces deux éléments peuvent *directement* modifier la résidence en l’absence de changement de lieu.

52. [1994] Fam. 70, [1994] 1 FLR 82, [1994] Fam. Law 70, [14/07/1993 ; High Court (England)], Incadat : HE-E-Uke 117.

53. Voir aussi : *D. v. D.*, 8 juin 1990, Cour de session, Incadat : HC-E-UKs 73.

Toutefois, certains arrêts contestent directement l'idée selon laquelle la résidence habituelle d'un enfant serait une pure question de fait. Dans *Silverman v. Silverman*⁵⁴, la Cour d'appel du 8^e Circuit des États-Unis affirme :

It is not a question of pure fact, to be decided without reference to statutory language and established legal precedent. [...] it is imperative that parents be able to assess the status of the law on habitual residence and wrongful removal and retention. 239 F.3d at 1072-73. If habitual residence is treated as a purely factual matter, to be decided by an individual judge in individual circumstances unique to each case, parents will never be able to guess, let alone determine, whether they are at risk of losing custody by allowing their children to visit overseas or in allowing them to make international trips with an estranged spouse.

On ne peut contester que ce besoin de certitude serait rempli par le respect d'un accord entre les parents, ni que la prévisibilité ne soit un objectif important à réaliser, mais les risques de divergence découlant d'interprétations variées, selon le pays où se trouve l'enfant après l'enlèvement, ou selon celui d'origine, peuvent entraîner aussi des graves problèmes dans la mise en œuvre de la Convention de 1980.

3. *Le rôle de l'intention des parents*

Des profondes divergences jurisprudentielles existent quant au rôle à donner à l'intention des parents⁵⁵. Une première interprétation, modérée, probablement admise par tous les systèmes, permet que l'on s'en serve *exceptionnellement*, parmi les circonstances utiles pour éclairer des faits particulièrement difficiles (3.1.). Une interprétation plus extrême, largement admise en common law, mais contestée dans certains systèmes (notamment au Québec), considère que c'est une condition *normale* du changement de résidence (3.2.).

54. 338 F. 3d 886 (8th Cir. 2003) [05/08/2003 ; U.S. Court of Appeals, 8th Circuit], Incadat : HC/E/USf 530.

55. Comme le notait justement la Cour dans *Harsacky v. Harsacky*, 930 S.W. 2d 410 (C.A. Kentucky), Incadat : HC-E-USs 131 : « In keeping with the principle that "habitual residence" must be judged on a case by case basis, it is not surprising that courts have disagreed as to what factors should be controlling [...] "There is also some disagreement as to what extent the intentions of the parents as to present or future residence should bear on the determination of a child's habitual residence under the Convention." »

3.1 L'approche subjective *exceptionnelle*

Selon cette tendance, l'intention des parents, précisée ou non par écrit dans un contrat, appartient aux *circonstances* dont on peut tenir compte pour savoir si un séjour en un lieu est temporaire ou non, en cas de doute. Elle peut être illustrée par l'arrêt *C. v. C.*⁵⁶, une décision provenant d'une cour de Tel-Aviv, résumée de la manière suivante :

[...] where a child has not been present in a particular forum on a long term basis one should focus on the mutual and expressed intent of the parents when they moved to that place.

C'est en raison de la courte durée de séjour de l'enfant, et en tenant compte de son jeune âge (2 ans) qu'il est jugé nécessaire de tenir compte des intentions des parents pour comprendre le sens du séjour, temporaire ou non dans un nouveau pays. Dans ce cadre d'analyse, on tient compte non seulement du passé mais aussi du futur.

Dans le même sens, on peut citer aussi l'arrêt *Re A. (Abduction : Habitual Residence)*⁵⁷ où la cour a affirmé :

It is necessary to look not only at the time which it was intended that the child should spend in Greece but also at the purpose of his visit. The time was a maximum of 6 weeks, the purpose was as I have described. It included a purpose akin to holiday contact, [...]. That contact was, as I have said, to enable not only the father but the father's extended family to see the child.

De même, enfin, en droit français, l'arrêt de la 1^{re} chambre civile de la Cour de Cassation du 16 décembre 1992 énonce⁵⁸ :

56. 25 mai 1992, Tel Aviv, District Court (Israel), Incadat : HC/E/IL 357.

57. [1998] 1 FLR 497, [13/08/1997 ; High Court (England)], Incadat : HC/E/UK 176).

58. N° de pourvoi : 91-13119, [16/12/1992 ; Cour de cassation, 1^{re} chambre civile (France)], Incadat : HC/E/FR 518 ; Dalloz 1993. 570, note J. Massip (rétention en France illicite car enfant réside habituellement au Canada, même si le père invoquait que « l'installation définitive de la famille en France étant imposée par ses propres impératifs professionnels, et que M^{me} X... était retournée au Canada pour des raisons de santé ». Voir de même, *Ø.L.K.*, 5 avril 2002, 16. afdeling, B-409-02 [05/04/2002 *Østre Landsret* (High Court, Eastern Division, Denmark) Cour d'appel], Incadat : HC/E/DK 520 : la Cour d'appel danoise prit un accord des parents en compte et estima qu'en application de cet accord, le séjour de l'enfant au Danemark n'était que temporaire (pendant l'hospitalisation de la mère) et ne devait pas durer plus d'un an. Ainsi l'enfant

[...] l'arrêt relève que les époux X... avaient prévu, avant leur départ [pour la France], que l'enfant repartirait avec sa mère au Canada ; qu'il ajoute que M. X... ne rapporte pas la preuve d'un nouvel « arrangement familial » impliquant que son épouse et leur fils s'installent en France auprès de lui ; qu'ainsi la cour d'appel répondant aux conclusions invoquées, a légalement justifié sa décision.

La preuve de l'« arrangement familial », par lequel les parents expriment leurs intentions quant au séjour de l'enfant, sert ainsi à mieux comprendre la situation de fait. Mais certains arrêts sont allés plus loin et ont considéré que la preuve de l'intention d'un ou des parents était un élément *nécessaire* au changement de résidence.

3.2 Le changement de résidence nécessite la preuve des intentions arrêtées (*settled intention*) d'abandonner l'ancienne résidence et de s'installer au nouveau lieu

Essentiellement, ces arrêts contestent l'idée selon laquelle les faits permettent directement de déterminer la résidence habituelle. Ainsi, dans *F. v. A.*⁵⁹, la cour refuse de constater simplement la durée de temps passée en un lieu :

Mr. F. attempts to support his position that Italy is C.'s habitual residence by counting the number of days the child was in Italy versus the United States. Habitual residence can rarely be determined by the mere calculation of the periods of time that a child has spent in various locations. A longer stay in one location may not necessarily compel the conclusion that the place has qualified as the child's habitual residence [...] Even if the court accepts that there was substantial time spent in Italy, presence alone in a country is not sufficient to confer habitual residence. It must be accompanied with an element of intent which approximates a « settled purpose » (In *Re Bates*, supra.)

avait-elle conservé sa résidence habituelle en Angleterre. De même, dans *J. v. J.*, Cas N. 7505-1995, 9 mai 1996, Cour suprême administrative de Suède, [09/05/1996 ; *Regeringsrätten*], Incadat : HC-E-SE 80, la Cour a tenu compte de l'accord entre les parties : « [...] in accordance with the agreement cited in the case and confirmed by the court in Virginia, A. is to spend a total of eight years in Sweden until she reaches the age of 18, as compared with four years in the United States. In the light of what has been stated, the Supreme Administrative Court finds that A. was habitually resident in Sweden on 20 August 1995 ».

59. 21 avril 2004, Superior Court, Californie, Placer County, [24/04/2004 ; (USA)], Incadat : HC/E/USs 582.

Dans cette conception, c'est plutôt l'intention derrière la durée qui permet de savoir où se situe cette résidence habituelle. Cet élément intentionnel est un état d'esprit propre aux parents qui permet d'affirmer l'existence d'une résidence habituelle⁶⁰. On adopte une conception relative et subjective du temps, en affirmant qu'il n'existe en principe aucune mesure objective de cette durée.

La citation essentielle en faveur de la conception subjective du temps vient de l'arrêt *R. V. Barnet London Borough Council ex parte Shah*⁶¹, où Lord Scarman a écrit :

[...] and there must be a degree of settled purpose. The purpose may be one or there may be several. It may be specific or general. All that the law requires is that there is a settled purpose. That is not to say that the propositus intends to stay where he is indefinitely. Indeed his purpose while settled may be for a limited period. Education, business or profession, employment, health, family or merely love of the place spring to mind as common reasons for a choice of regular abode, and there may well be many others. All that is necessary is that the purpose of living where one does has a sufficient degree of continuity to be properly described as settled.

Dans *In Re Bates*⁶², la Cour reprend ce test pour décider du lieu de la résidence habituelle d'une personne en le qualifiant de « governing principle for ascertaining the elements of habitual residence ».

Dans *Re J. (A Minor) (Abduction : Custody Rights)* ; *C. v. S. (Minor)*, la Chambre des Lords énonce aussi⁶³ :

A person may cease to be habitually resident in country A in a single day if he or she leaves it with a settled intention not to return to

60. Voir *Harsacky v. Harsacky*, 930 S.W. 2d 410 (C.A. Kentucky), Incadat : HC-E-Uss 131.

61. [1983] 2 A.C. 309, 314 ; [1983] 1 All E.R. 234.

62. N. CA 122-89, High Court of Justice, Fam. Div'n Ct. Royal Court of Justice, U.K. (1989) ; dans *F. v. A.*, 21 avril 2004, Superior Court of California, Placer County (USA), Incadat : HC/E/USs 582, la cour californienne affirme, au sujet de cet arrêt, en reprenant la même citation ; « Despite nearly 20 years of U.S. case law on the subject, the definition which finds broad acceptance by U.S. courts comes from a U. K. case, *In re Bates* ».

63. [1990] 2 All E.R. 961, 965 (Eng. H.L.). Voir aussi : *In Re B.*, (Fam. Div. H.C.J. 21 octobre 1997), Incadat : HK-E-Uke 39 : « It is [...] well settled that habitual residence refers to a person's abode in a particular place or country which he has adopted voluntarily and for settled purposes as part of the regular order of his life for the time being, whether of short or of long duration ».

it but to take up long-term residence in country B instead. Such a person cannot, however, become habitually resident in country B in a single day. An appreciable period of time and a settled intention will be necessary to enable him or her to become so.

Plus récemment, dans *Al Habtoor v. Fotheringham*⁶⁴, Lord Thorpe a affirmé :

Mr Everall submits that the judge set the test too high when she concluded ... 'this family never settled'. Mr Everall submits that the test is not whether the family was settled in Dubai but whether their residence was for a settled purpose, which might be either a purpose of short duration or conditional upon future events.

Dans l'arrêt américain *Application of Ponath*⁶⁵, le juge de district écrit :

Although it is the habitual residence of the child that must be determined, the desires and actions of the parents cannot be ignored by the Court in making the determination where the child was at the time of removal or retention of an infant. The concept of habitual residence must, in the Court's opinion, entail some elements of voluntariness and purposeful design [...].

Dans cette même affaire, la cour a affirmé que l'on ne pouvait considérer qu'une personne avait sa résidence habituelle en Allemagne alors qu'elle y était retenue malgré sa volonté : la seule présence en un lieu, pendant un certain temps, *sans aucune intention* de s'y trouver, ne peut constituer une résidence habituelle. L'élément intentionnel est donc essentiel dans cette conception.

Aux États-Unis, l'arrêt essentiel est celui rendu dans l'affaire *Mozes v. Mozes*, où la Cour d'appel fédérale américaine du 9^e Circuit⁶⁶, sous la plume du juge Kozinski, explique que l'élément temporel nécessaire pour déterminer si la résidence est habituelle ne peut être objectif, puisqu'il dépend de la période d'observation du juge : deux mois, plusieurs années, etc. D'où, selon lui, la nécessité de tenir compte de l'intention subjective des personnes concernées. Il adopte donc une vision subjective du temps, selon laquelle, plus l'intention est arrêtée (*settled*), moins

64. [2001] EWCA Civ 186, [2001] 1 FLR 951, 966, par. 37.

65. 829 F. Supp. 363 (D. Utah 1993), Incadat : HC-E-USf 144.

66. *Mozes v. Mozes* (9th Cir. 2001) 239 F. 3d 1067 ; N. 98-56505 (U.S. Court of appeal), Incadat : HC/E/USf 301, cité au n° 29 de la décision de la Cour supérieure.

la durée de présence au nouveau lieu doit être longue. La qualité de l'intention remplace la quantité de temps.

Néanmoins la dimension quantitative n'est pas totalement exclue dans cette conception, puisque, comme l'a reconnu la Chambre des Lords dans *Re J.* (C. v. S.), pour acquérir une nouvelle résidence il faut aussi « an appreciable period of time »⁶⁷. Dans *Mozes v. Mozes*, le juge Kozinski affirme aussi⁶⁸ :

While the decision to alter a child's habitual residence depends on the settled intention of the parents, they cannot accomplish this transformation by wishful thinking alone. First, it requires an actual change in geography [...] Second, [...] it requires the passage of « [a]n appreciable period of time ». C.v. S. (minor...) , [1990] 2 All E.R. 961, 965 (Eng. H.L.).

Cette relation est d'ailleurs susceptible d'être inversée : plus la durée de séjour en un lieu est longue, moins il est nécessaire de faire appel à l'élément qualitatif que représente l'intention arrêtée de s'installer en un lieu. La dimension qualitative ici touche la force de la volonté. Cette approche subjective est évidemment sujette à d'assez grandes difficultés de preuve, entraînant à coup sûr des incertitudes, ce qui n'est pas souhaitable en cas d'enlèvement d'enfant. De plus elle semble difficilement applicable si les deux parents ont des intentions divergentes.

Mais le juge tente de réduire cette incertitude en proposant quelques règles. Il s'efforce de classer les situations en trois groupes, selon que 1^o la famille en tant qu'unité avait une intention commune (*settled purpose*) de changer de résidence habituelle, même si l'un des parents a des remords ou hésite plus, 2^o selon que le séjour était clairement entendu comme temporaire, et, enfin, 3^o les cas intermédiaires dans lesquels un parent a accepté que l'enfant séjourne à l'étranger pendant une période non fixée et qu'il n'existe pas de consensus réel, auquel cas on ne devrait pas admettre le changement de résidence. De façon générale, selon le juge Kozinski, en cas de désaccord des parents, il n'y a pas de « settled intention » permettant de changer la résidence de l'enfant rapidement.

67. [1990] 2 All E.R. 961, 965 (Eng. H.L.). Voir la citation à la note 63.

68. *Mozes v. Mozes* (9th Cir. 2001) 239 F.3d 1067 ; N. 98-56505 (U.S. Court of appeal) (2001).

Aux États-Unis, on doit encore citer l'arrêt de la Cour d'appel du 3^e circuit rendu dans l'affaire *Feder v. Evans-Feder*⁶⁹ :

Guided by the aims and spirit of the Convention and assisted by the tenets enunciated in *Friedrich v Friedrich* and *Re Bates*, we believe that a child's habitual residence is the place where he or she has been physically present for an amount of time sufficient for acclimatization and which has a "degree of settled purpose" from the child's perspective.

Cette position est largement répandue dans les pays de common law⁷⁰. Ainsi, dans *A. v. A. (Child Abduction)*⁷¹ : la cour énonce :

69. 63 F.3d 224, (C.A. 3d circuit), 24 août 1995, Incadat : HC-E-Ufs 83.

70. Voir aussi : *Smith v. Central Auth.*, No. AP/98, High Court, Christchurch, New Zealand (2 mars 1999) ; *State Central Authority and McCall* (1995) FLC 92-552, [21/12/1994 ; Family Court, Melbourne (Australie)], Incadat : HC/E/AU 279 : « Habitual residence is a question of fact ; there are two elements – the fact of residence, and the intention to reside habitually. [...] C's parents, having parental responsibility [...] are the persons who may jointly form the intention of terminating C's habitual residence by removing him to another jurisdiction » ; voir aussi : *C. v. C.* (Court of session, Inner House (2nd div.) 24 octobre 1995, Incadat : HC-E-Uks 71 ; *Re JS (Private International Adoption)*, [2000] 2 FLR 638 ; [2000] 3 Fam. Law 787 [06/07/2000 ; High Court (England)], Incadat : HC/E/UK 479. Dans cette curieuse affaire d'adoption, il a été jugé qu'une enfant n'étant restée que deux jours au Texas, lors de sa naissance, puis emmenée par des parents adoptifs en Angleterre où elle était restée cinq mois, n'y avait pas acquis de résidence habituelle mais avait conservé sa résidence au Texas. En effet, selon la cour anglaise, la simple présence ne suffit pas et il fallait une intention de la part de la personne qui avait un droit de garde sur l'enfant de faire de l'Angleterre sa résidence habituelle, ce qui n'était pas le cas. La cour énonce : « A child, certainly a child of the age of JS, cannot herself form an intention about her residence or indeed anything else, so that the law provides that the habitual residence of a child shall be determined by the parents of the child and failing that by whoever has legal responsibility for the child. [...] always it seemed to me the outcome was that the term 'habitual residence of a child' envisages a state of affairs based not only on physical presence but with what one might call a mental element on the part of the parent or here the institution having legal responsibility ». Voir aussi *D. v. D.*, [19/06/2001 ; 1st Division, Inner House of the Court of Session (Scotland), Cour d'appel], Incadat : HE-E-Uks 351. Dans cet arrêt, la Cour écossaise considère que des parents n'avaient pu acquérir une résidence habituelle en Suisse malgré leur déménagement en ce pays parce qu'ils n'avaient aucune intention commune quant à ce séjour. Voir encore : *Harsacky v. Harsacky*, 930 S.W. 2d 410 (C.A. Kentucky), Incadat : HC-E-Uss 131 ; *In Re A.* (Family Div., H.C.J. 31 juillet 1995), Incadat : HC-E-Uke 38 ; *Re B.* (Fam. Div. H.C.J. 27 juin 1994), Incadat : HC-E-Uke 42 ; *Morris v. Morris*, 55 F. Supp. 2d. 1156, 1159 (D.Colo. 1999), Incadat : HC-E-Ufs 306 ; *Walton v. Walton*, 925 F. Supp. 453, Incadat : HC-E-Ufs 132 ; *S. v. S.*, 27 septembre 1994, Family Court, Sydney (Australie), Incadat : HC/E/AU 230 ; *Artso v. Artso*, (1995) FLC 92-566, [20/03/1991 ; Family Court, Dandenong (Australie)], Incadat : HC/E/AU 252 ; *Laing v. Central Authority*, (1996) FLC 92-709, [10/10/1996 ; Full Court of the Family Court of Australia (Sydney) ; Cour d'appel], Incadat : HC/E/AU 228.

71. [1993] 2 FLR 225 [27/10/1992 ; High Court (England)], Incadat : HC/E/UK 161. Voir aussi : *Re S. (A Minor)*, 20 août 1996, High Court ; *The Independent*, 14

I consider that when, in the latter sentence, Lord Brandon refers to a settled intention being necessary to constitute habitual residence, what he meant was a settled intention to take up long-term residence in the country concerned. That being so, in my judgment, the mere fact of even 8 months' residence in Australia will not have made these children, or any of them, habitually resident there, or indeed made the father or mother habitually resident there.

Dans cet arrêt, la cour affirme sans hésitation que *la simple durée de séjour ne suffit pas* sans l'élément intentionnel. Dans cette conception, il est très clair que l'idée d'une intention arrêtée (*settled purpose ; purposeful design ; mental element*) est une **exigence essentielle** et non un élément supplémentaire, parmi d'autres, à utiliser dans des cas exceptionnels.

Toutefois, dans *Re B (Minors) (Abduction) (No 2)*⁷² le juge Waite distingue cette exigence de celle nécessaire pour établir un nouveau domicile de la manière suivante :

Domicile and habitual residence are essentially different concepts. The acquisition of a domicile of choice requires a combination of residence and intention of permanent or indefinite residence (see Dicey and Morris, Conflict of Laws (11 edn), p 128). A far more wide-ranging inquiry is needed to establish those elements than is appropriate or necessary when the court is dealing with the much simpler concept of habitual residence. That is a concept which depends solely upon showing a settled purpose continued for an appreciable time. It follows, therefore, that the detailed type of inquiry into presumed intention which characterise domicile proceedings is inappropriate when the court is dealing with issues of habitual residence. In the latter case it is normally sufficient for the court to stand back and take a general view. A settled purpose is not something to be searched for under a microscope. If it is there at all it will stand out clearly as a matter of general impression.⁷³

octobre 1996, [20/08/1996 ; High Court (England)], Incadat : HC/E/UKe 181 ; *Re O. (A Minor) (Abduction : Habitual Residence)*, [1993] 2 FLR 594, [1993] Fam. Law 514 [21/12/1992 ; High Court (England)], Incadat : HC/E/UKe 159 : « She, O, was not of an age at which she could form her own intentions relevant to acquiring habitual residence in any given place. Accordingly, her habitual residence was the same as the habitual residence of the mother, in whose sole and lawful custody she was ».

72. [1993] 1 FLR 993, 989, Incadat : HC/E/UKe 173.

73. Dans le même sens, voir *F v A*, 21 avril 2004, Superior Court, Californie, Placer County, [24/04/2004 (USA)], Incadat : HC/E/USs 582 ; *Re A. (Abduction : Habitual Residence)*, [1998] 1 FLR 497 [13/08/1997 ; High Court (England)], Incadat : HC/E/UKe 176 ; *In re CL (a minor) ; J.S. v. C.L.*, [25/08/1998 ; High Court (Northern Ireland)], Incadat : HC/E/UKn 390.

Mais face à cette position, d'autres arrêts, provenant essentiellement d'autres systèmes que celui de common law, estiment que l'intention d'un des parents ne suffit pas et qu'il faut se fier aux éléments de fait objectifs.

Ainsi, dans *C. v. M.*, 18 décembre 1998⁷⁴, la Cour d'appel administrative de Stockholm a décidé que, malgré le fait que la mère avait l'intention de revenir en Suède, sa fille ayant résidé plus de deux ans au Texas avant son déplacement, elle y avait conservé sa résidence habituelle.

Mais même en common law, on trouve des arrêts néo-zélandais qui ne sont pas favorables à cette approche subjective⁷⁵.

74. Cour suprême administrative de Suède (Stockholm), [18/12/1998], Incadat : HC/E/SE 331. Voir aussi : *L. v. L.*, 26 juin 1994, Tel Aviv District Court, [26/06/1994 ; (Israël)], Incadat : HC/E/IL 215 : (résumé : « Habitual residence refers only to the physical dwelling place of a child and not to an intended future place of residence »).

75. Ainsi dans *Secretary for Justice v. P., ex parte C.*, [1995] NZFLR 827, [07/07/1995 ; District Court of New Zealand, Henderson], Incadat : HC-E-NZ 67, la cour de Nouvelle-Zélande, qui devait décider où était la résidence d'enfants ramenés par la mère dans ce pays, alors qu'ils étaient venus avec leur mère en Australie pour essayer de reconstituer la famille avec le père qui y habitait, a affirmé que les faits bruts pointaient vers une résidence en Australie, à la suite d'un séjour d'environ six mois en ce pays, même si la mère disait qu'elle avait seulement l'intention de faire un essai en Australie et qu'elle avait rapidement changé d'avis. La cour énonce : « Much is made in this case by Mr Keys of the respondent's actual state of mind and intention. I think that to place undue emphasis on a subjective test such as this has inherent dangers. While doubtless there is some room for an inquiry into intention, I think it preferable for most emphasis in an inquiry to be based on an objective approach. To suggest otherwise would be to invite evidence given with the benefit of hindsight ». De même, dans *K.H. v. S.H., Wellington*, AP n. 359/94 (H. Court of New Zealand), 12 avril 1995 (Incatat : HC-E-NZ30), la High Court de Nouvelle-Zélande affirme que des enfants résidaient habituellement en Californie avant leur déplacement par la mère en Nouvelle-Zélande, même si les statuts des parents aux États-Unis n'y étaient que temporaires. Elle affirme aussi sa nette préférence pour une approche objective, en prenant une certaine distance avec l'approche subjective prônée par les grands arrêts anglais : « I was referred to the judgment of Lord Brandon in *C. v. S. (minor: abduction: illegitimate child)* [1990] 2 All ER 961 at p 965. Reference is there made to settled intention for an appreciable period of time before habitual residence can arise. With respect that seems to re-introduce some of the concepts which provided the complications to the law on domicile and that, I think, is not to be applied if possible. [...] In spite of employment difficulties and money problems the mother and father stayed in the United States and did not attempt to leave on any basis at all. I have no doubt, in my mind, that there was an habitual residence, a customary, constant, continual residence ». Finalement, dans *F. v. A.*, 21 avril 2004, Superior Court, Californie, Placer County, [24/04/2004 ; (USA)], Incadat : HC/E/USs 582, la cour, après avoir rappelé la citation fondamentale de *Ex parte Shah*, ajoute : « The intent with which a place is occupied by a family, or by a parent with a child, may play a

Finale­ment, il faut faire réfé­rence à l'arrêt américain *Armiliato v. Zaric-Armiliato*⁷⁶. Le juge Pauley y pré­sente une syn­thèse très écla­irante de tout le pro­ces­sus intel­lec­tu­el aux­quels les juges de com­mon law font appel :

[...] as Judge Kozinski has observed, “the most straightforward way to determine someone’s habitual residence would be to observe his behavior.” *Mozes*, 239 F.3d at 1073. Such a determination would be based strictly on objective criteria such as how long the child resided in a state and whether her life was centered around a particular location. However, merely evaluating objective criteria could skew the results depending on what period of time one studied. [...] To avoid such pitfalls, the English courts require a “degree of settled purpose” in order to establish habitual residence [...] The “settled purpose” principal is difficult to apply to young children who generally are unable to articulate reasons [...] Although the “settled purpose” of a small child like A. is elusive, the principle is informed by the subjective intent of those entitled to fix the child’s residence [...] Determining intent when the parents disagree about their child’s habitual residence is an Augean chore. In such circumstances, it is necessary to look beyond the subjective intent of the parents to the objective manifestations of that intent. [...] One of the objective manifestations of intent is the relative period of time the parties resided in the alleged habitual residence. [...] Whether the parties resided in the residence on a temporary or conditional basis is also significant. [...] The steps the parents have taken to acclimate their child to her surroundings is another objective manifestation of intent to habitually reside in a locale.

Ainsi, partant d’une approche purement objective, découlant du principe selon lequel la résidence serait une question de faits, le raisonnement y renonce rapidement à la suite d’une constatation qu’une telle approche est nécessairement teintée de subjectivisme, en faveur d’une franche analyse subjective, exigeant comme condition de droit une « intention arrêtée ». Mais comme une telle intention ne peut être appliquée directement dans le cas

role in determining whether that place qualifies as the child’s habitual residence. Certainly, where a mother and father maintain a joint and shared intent that they are going to settle in a place for an indeterminate time, or for a substantial period of time, a habitual residence will inevitably result. *Feder v. Evans-Feder*, 63 F.3d 217 (3rd Cir. 1995) ». Selon cette citation d’un récent arrêt américain, on peut voir dans l’élément intentionnel une simple *constatation de fait*, touchant une généralité, selon laquelle la commune intention mènerait inéluctablement en fait à l’établissement d’une résidence habituelle, plutôt qu’une exigence de droit absolue.

76. N. 01 Civ. 0136 (WHP) (S.D.N.Y.)[03/05/2001 ; U.S. District Court, Southern District, New York], Incadat : HC/E/USf 385.

d'un enfant, il faut transposer la recherche au plan de l'intention que les parents ont à propos de leur enfant. On rencontre alors dans certains cas un autre problème : celui de la divergence des intentions parentales. Face à une impasse de l'approche subjective, il faut alors revenir vers une approche objective consistant à utiliser les faits objectifs, comme la durée de résidence, ou les efforts d'intégration de l'enfant dans le milieu, pris en tant que manifestations objectives de l'intention, pour prouver l'intention commune.

Donc on renverse l'analyse objective des faits à laquelle on se serait attendu pour choisir l'analyse subjective de l'intention des parents, analyse qui nécessite elle-même le recours aux éléments objectifs de fait pour découvrir ou non une intention commune relative à l'enfant⁷⁷.

En définitive, toute cette gymnastique intellectuelle rapproche sensiblement la résidence habituelle de celle de domicile, même si l'intention recherchée ne porte pas sur une durée permanente : il n'y a plus entre les notions qu'une question de degré, et non de nature⁷⁸. En raison de ses grandes difficultés et de l'imprévisibilité qui en résulte, la jurisprudence majoritaire du droit civil québécois refuse de se laisser entraîner vers cette analyse.

On comprend en tout cas que la jurisprudence relative à cette condition est loin d'être claire, qu'il est difficile d'en tirer des règles certaines, mais que les tendances que nous avons relevées existent conjointement.

4. *Réalité de l'enfant ou dépendance automatique envers les parents ?*

Certains arrêts insistent sur la réalité de l'enfant plutôt que sur celle des parents. Mais la jurisprudence n'est pas unanime en

77. On peut encore citer dans le même sens l'arrêt de la Cour d'appel de New York rendu dans l'affaire *Brennan v. Cibault*, 227 A.2d 965, 643 N.Y.S.2d (N.Y. App. Div. 1996) [31/05/1996], Incadat : HC-E-Uss 135.

78. Voir *Cohen v. Cohen*, 158 Misc. 2d 1018, 602 N.Y.S.2d 994 (Sup. Ct. 1993) [10/08/1993, Kings County (U.S.)], Incadat : HC-E-USs 145. Dans cet arrêt, la cour utilise expressément les règles relatives au *changement de domicile*, pour décider que des enfants emmenés en Israël par leur père étaient restés habituellement résidents aux États-Unis : « Using an analysis borrowed from the cases surrounding the issue of domicile (obviously very analogous to "habitual residence") ; "The law is well settled that an existing domicile [substitute habitual residence] continues until a new one is acquired" [etc] ». Toutefois, dans *David B. v. Helon O.*, 164 Misc. 2d 566, 625 N.Y.S.2d 436 (Fam. Ct. 1995) [08/03/1995 ; (U.S.)], Incadat : HC/E/USs 149, la cour, dans une note, a expliqué que la position exprimée dans cet arrêt était contraire à la majorité des opinions faisant autorité.

ce sens. Il existe un fort courant en common law qui lie la résidence de l'enfant à celle du parent qui en a la garde ou l'autorité parentale. Finalement, une tentative de conciliation est possible entre ces deux positions.

4.1 La réalité de l'enfant (*child-centered model*)

Dans un arrêt rendu par la Cour suprême administrative de Suède le 12 septembre 2001⁷⁹, on a considéré comme condition à l'acquisition d'une nouvelle résidence le fait que l'enfant se soit intégré dans son nouvel environnement. De même, dans l'arrêt américain *Friedrich v. Friedrich*⁸⁰, il est affirmé :

To determine the habitual residence, the court must focus on the child, not the parents, and examine past experience, not future intentions...[...] A person can have only one habitual residence. On its face, habitual residence pertains to customary residence prior to the removal. The Court must look back in time, not forward.

Cette tendance à centrer l'analyse sur l'enfant, de manière rétrospective, se retrouve dans d'autres arrêts qui ont repris cette citation⁸¹. Par exemple, on peut aussi citer l'arrêt *Panazatou v. Panazatos*⁸² où la Cour a affirmé :

79. Cour suprême administrative de Suède, 12 septembre 2001, Cas n. 7624-2000, (*Regeringsrätten*), Incadat : HC/E/SE 447.

80. 983 F. 2d 1396 (6th Cir.) (1993), p. 1401.

81. Voir : *Brennan v. Cibault*, 227 A.2d 965, 643 N.Y.S.2d (N.Y. App. Div. 1996) [31/05/1996 ; Supreme Court of New York, 4th Department], Incadat : HC-E-Uss 135 ; *Schroeder v. Vigil-Escalera Perez*, 76 Ohio Misc. 2d 25, 664 N.E.2d 627 (Ohio Com. Pl. 1995) [09/11/1995 ; Court of Common Pleas, Cuyahoga County, Domestic Relations (U.S.)], Incadat : HC/E/USs 154 ; *A. Zucker v. P. Andrews*, District court, Mass., 10 avril 1998, Incadat : HC-E-USf 122. Voir aussi *Falls v. Downie*, 871 F.Supp. 100 (D. Mass. 1994) [28/12/1994 ; U.S.], Incadat : HC-E-USf 141, où la cour du Massachusetts a considéré qu'un enfant emmené dans cet État par son père avec l'accord de sa mère, restée en Allemagne, y avait acquis une résidence habituelle après huit mois : « To determine the habitual residence, the court must focus on the child, not the parents, and examine past experience, not future intentions.' [...] What is required is that there be a «degree of settled purpose.» [...] In this case, as of August 1994, this twenty-one-month old boy had been living in the United States, with the agreement of his mother, and with the prospect of an indefinite continuance of residence, for eight months. He had become completely accustomed to life in this country with his father and grandparents ; he barely knew his mother. It simply defies common sense to suggest under these circumstances that P. was, as of that date, a «habitual» resident of Germany ». Voir aussi : *Slagenweit v. Slagenweit*, District Court, Iowa, 28 oct. 1998, Incadat : HC-E-USf 143 ; *Paz v. Paz*, 169 F. Supp. 2d 254 (S.D.N.Y. 2001) [29/10/2001 ; U.S. District Court, Southern District, New York] Incadat : HC-E-USf 414, conf. par United States Court of Appeals for the 2nd Circuit, le 17 septembre 2002 : *Paz v. Paz* 47 Fed. Appx. 22 ; 2002 U.S. App.

82. N. FA 960713571S (Conn. Super. Ct. 24 septembre 1997) [24/09/1997, Judicial District of Hartford (U.S.)], Incadat : HC-E-USs 97.

Although there is no question that the parties intended at some future time to permanently reside in the United States, habitual residence cannot be confused with domicile. To determine habitual residence the Court must focus on the child and examine past experience not future intentions. *Friedrich v. Friedrich*, 983 F.2d 1396, 1401 (Sixth Circuit 1993). The greater portion of the child's life was spent in M[i]konos as well as the seven months preceding the mother's departure in September of 1996 without the father's consent.

4.2 Dépendance automatique envers les parents et examen de leur intention (*dependency model*)

Dans le sens contraire à la première position que nous venons d'exposer, dans *Mozes v. Mozes*, la Cour d'appel fédérale américaine du 9^e Circuit⁸³, affirme sans hésitation, sous la plume du juge Kozinski :

[...] the broad claim that observing « la réalité que vivent les enfants » obviates any need to consider the intent of the parents, Y.D., [1996] R.J.Q. at 2533, is unsound.

De même, dans *C v. S (minor : abduction : illegitimate child)*⁸⁴, Lord Brandon a écrit :

[...] where a child of J's age is in the sole lawful custody of the mother, his situation with regard to habitual residence will necessarily be the same as hers.

De même encore, dans *In Re A.*⁸⁵, le juge suit les règles énoncées dans *In Re B (minors : abduction) (No 2)* par le juge Waite, considérées comme principes en common law⁸⁶ :

83. *Mozes v. Mozes* (9th Cir. 2001) 239 F. 3d 1067 ; No. 98-56505 (U.S. Court of appeal), Incadat : HC/E/USf 301, cité au n° 29 de la décision de la Cour supérieure.

84. [1990] 2 All ER 961, 965, [1990] 2 AC 562, pp. 578-579.

85. Family Div., H.C.J. 31 juillet 1995, Incadat : HC-E-Uke 38.

86. [1993] 1 FLR 993, 995. Voir aussi : *Robertson v. Robertson*, 1998 SLT 468, [07/05/1997 ; Inner House of the Court of Session (2nd Division) (Scotland)], Incadat : HC/E/UKs 194 : « In the present case, given the very young ages of all the children, the crucial issue was whether or not it had been established that the father by 5 October 1996 had consented to the children's becoming habitually resident in Germany » ; *Re JS (Private International Adoption)*, [2000] 2 FLR 638 ; [2000] 3 Fam. Law 787 [06/07/2000 ; High Court (England)], Incadat : HC/E/UKe 479 : « [...] always it seemed to me the outcome was that the term 'habitual residence of a child' envisages a state of affairs based not only on physical presence but with what one might call a mental element on the part of the parent or here the institution having legal responsibility ».

The habitual residence of the young children of parents who are living together is the same as the habitual residence of the parents themselves and neither parent can change that without the express or tacit consent of the other or an order of the court.

Toutefois, certains juges remettent en question le sens de l'affirmation de ce lien entre parents et enfants. Refusant d'y voir un automatisme découlant du droit, ils y voient simplement une constatation générale de fait⁸⁷.

4.3 L'intention arrêtée du point de vue de la perspective de l'enfant (*settled purpose from the child's perspective*)

Une position intermédiaire se trouve aussi dans la jurisprudence de common law, celle de la Cour d'appel du 3^e Circuit des Etats-Unis, dans *Feder*⁸⁸, qui exprime ainsi cette idée :

[A] child's habitual residence is the place where he or she has been physically present for an amount of time sufficient for acclimatization and which has a "degree of settled purpose" from the child's perspective ... [A] determination of whether any particular place satisfies this standard must focus on the child and consists of an analysis of the child's circumstances in that place and the parents' present, shared intentions regarding their child's presence there.

Dans *Feder* la Cour applique ainsi cette règle :

E. moved, with his mother and father, from Pennsylvania to Australia where he was to live for at the very least the foreseeable future, and stayed in Australia for close to six months, a significant period of time for a four-year old child. In Australia, E. attended preschool and was enrolled in kindergarten for the upcoming year, participating in one of the most central activities in a child's life.

87. Ainsi, dans *W. and B. v. H. (Child Abduction : Surrogacy)*, [2002] 1 FLR 1008 [18/02/2002 ; High Court (England)], Incadat : HC/E/UKe 470, le juge Hedley affirme, en faisant référence à l'arrêt *B. v. H. (Habitual Residence : Wardship)*, [2002] 1 FLR 388, dans lequel le juge Charles avait affirmé que la résidence habituelle d'un enfant à la naissance est celle de ses parents : « If Charles J. is asserting as a matter of law that a baby takes the habitual residence of his parents then that is to confuse domicile with habitual residence and I would have respectfully to disagree. If what he asserts is a proposition of fact, then, by definition, it cannot be good for all cases. Each one must stand alone ». Dans cette affaire de mère porteuse résidant en Angleterre, la cour a refusé de considérer que les enfants nés en Angleterre et n'ayant jamais mis les pieds en Californie, avaient leur résidence habituelle en Californie du seul fait que leur père biologique y résidait et qu'il avait un certain droit sur eux.

88. 63 F. 3d 224 (repris dans *Delvoye v. Lee*, 224 F. Supp. 2d 843 (D.N.J., 2002) [24/09/2002 ; U. S. District Court, New Jersey], Incadat : HC/E/USf 528).

Although Mr. and Mrs. F. viewed Australia very differently, both agreed to move to that country and live there with one another and their son, and did what parents intent on making a new home for themselves and their child do – they purchased and renovated a house, pursued interests and employment, and arranged for E.'s immediate and long-term schooling. That Mrs. F. did not intend to remain in Australia permanently and believed that she would leave if her marriage did not improve does not void the couple's settled purpose to live as a family in the place where Mr. F. had found work.⁸⁹

Ce sont donc les « intentions relatives à la présence des enfants », et non celles relatives aux autres questions touchant la situation des parents, qu'il faut examiner.

On peut aussi citer l'arrêt *Toren v. Toren*⁹⁰, où la cour énonce :

[...] it is clear from the record before the Court that the children's habitual residence was in the United States [...] It was the expectation of both parents that the children would live in the United States for as long as four years. [...] It does not matter that the United

-
89. Voir aussi *Silverman v. Silverman*, 338 F. 3d 886 (8th Cir. 2003) [05/08/2003 ; U.S. Court of Appeals, 8th Circuit], Incadat : HC/E/USf530. Dans cette affaire, la cour applique ainsi cette règle en estimant que le couple ayant eu l'intention de s'installer en Israël, il était faux de considérer que les hésitations de l'un des époux éliminait la possibilité d'un « settled purpose : « one spouse harboring reluctance during a move does not eliminate the settled purpose from the children's perspective ». De même, dans *Delvoye v. Lee*, 224 F. Supp. 2d 843 (D.N.J., 2002) [24/09/2002 ; U.S. District Court, New Jersey], Incadat : HC/E/USf528, la cour considère que l'enfant né en Belgique n'y avait aucune résidence habituelle au motif suivant : « The parties never jointly intended to make their permanent home in Belgium, and the birth of a baby during a short stay there to save on medical bills does not change the parties' "degree of settled purpose" regarding their child's habitual residence ». De même, dans *Paz v. Paz*, 169 F. Supp. 2d 254 (S.D.N.Y. 2001), [29/10/2001 ; U.S. District Court, Southern District, New York], Incadat : HC-E-USf 414, conf. par U.S. Court of Appeals for the 2nd Circuit, 17 septembre 2002 : *Paz v. Paz* 47 Fed. Appx. 22 ; 2002 U.S. App., la cour examine la réalité de l'enfant qui avait été déplacé de très nombreuses fois entre plusieurs pays pour décider qu'un séjour de 9 mois en Nouvelle-Zélande où elle avait été à l'école, n'établissait pas sa résidence habituelle, qui était restée au lieu de résidence de sa mère. Mais, de plus, la cour estime que la mère n'avait pas l'intention de faire de la Nouvelle-Zélande la résidence habituelle de l'enfant et donc qu'il n'y avait pas d'intention commune en ce sens, ce qui place aussi cette décision dans cette tendance conciliatrice. Voir aussi *Schroeder v. Vigil-Escalera Perez*, 76 Ohio Misc. 2d 25, 664 N.E.2d 627 (Ohio Com. Pl. 1995) [09/11/1995 ; Court of Common Pleas, Cuyahoga County, Domestic Relations (U.S.)], Incadat : HC/E/USs 154.
90. 26 F. Supp. 2d 240 (D. Mass. 1998) [21/10/1998 ; U.S. District Court, Massachusetts], Incadat : HC/E/USf225 (décision infirmée pour un autre motif par *Toren v. Toren*, 191 F. 3d 23 (1st Cir. 1999), Incadat : HC/E/USf 584).

States was not intended to be the children's permanent residence, nor that it was intended when they came here that they were to return to Israel in 2000. What may happen in the future ordinarily has little, if any, relevance to whether the children have become so "settled" in their place of residence that it may fairly be described, in the present but by reference to the past, as their "habitual" residence. "The court must look back in time, not forward." Friedrich 983 F.2d at 1401.

5. *Durée de perte et d'acquisition d'une résidence habituelle*

Les arrêts ne sont pas unanimes non plus sur la durée nécessaire à la perte ou à l'acquisition d'une résidence habituelle.

5.1 La durée nécessaire pour perdre une résidence habituelle

La jurisprudence accepte l'idée selon laquelle on peut perdre instantanément son ancienne résidence. Cette proposition *a priori* étonnante (est-il si facile de perdre une habitude ?) ne peut se concevoir que si l'on adopte une approche subjective qui donne une importance cruciale à *l'intention future* de la personne pertinente⁹¹. Par contre, il est plus difficile de perdre instantanément sa résidence si l'on examine le passé.

Ainsi, dans *Re J. (A Minor) (Abduction : Custody Rights)* ; *C. v. S. (Minor)*⁹², la Chambre des Lords a décidé qu'une enfant qui résidait en Australie jusqu'à son départ pour l'Angleterre, perdit sa résidence habituelle australienne le jour même de ce départ puisque sa mère, qui l'avait emmenée avec elle, était partie « with a settled intention not to return to it »⁹³.

Cependant, dans *Re S. (A Minor)*⁹⁴, la Chambre des Lords a considéré qu'une enfant emmenée depuis deux jours en Irlande par ses grands-parents, alors qu'elle résidait avant en Angleterre, n'y avait pas acquis une résidence habituelle parce que les grands-

91. E.M. CLIVE, *loc. cit.*, note 13, 142.

92. [1990] 2 All E.R. 961, 965 (Eng. H.L.).

93. Voir dans le même sens : *Al Habtoor v. Fotheringham*, [2001] EWCA Civ 186, [2001] 1 FLR 951. De même, dans *In Re A. (Family Div., H.C.J. 31 juillet 1995)*, Incadat : HC-E-Uke 38, le juge considère que la famille, qui résidait en Angleterre du fait que le père, un militaire, était affecté jusque là dans ce pays, pendant 5 ans, avait perdu instantanément cette résidence à partir du moment où on l'avait transféré en Islande, même si les enfants avaient plutôt résidé au Michigan quelque 3 mois, en transit, avant de se rendre en Islande.

94. [1998] AC 750, [24/07/1997 ; (England H.L.)], Incadat : HC/E/Uke 3].

parents n'avaient aucune autorité parentale sur elle et donc aucun droit de changer sa résidence contre la volonté du père qui avait conservé cette autorité. La cour distingue donc les situations, comme celle de *Re J*, où le déplacement est le fait d'une personne ayant un droit sur l'enfant, de celle où cela n'est pas le cas.

La raison en est probablement qu'on *anticipe* que la personne ayant le droit de changer la résidence habituelle va effectivement pouvoir le faire de façon permanente, alors que la résidence modifiée par une personne sans droit ne sera que temporaire, car sujette à contestation.

5.2 La durée nécessaire pour acquérir une résidence habituelle

En ce qui concerne la durée de l'acquisition de la nouvelle résidence, l'établissement de la résidence exige un certain temps de présence au nouveau lieu. Selon certains arrêts, celui-ci doit être « significatif » ou « *appreciable* ». La décision habituellement citée comme autorité dans les pays de common law est encore l'arrêt *Re J. (A Minor) (Abduction : Custody Rights) ; C. v. S. (Minor)*⁹⁵ :

A person may cease to be habitually resident in country A in a single day if he or she leaves it with a settled intention not to return to it but to take up long-term residence in country B instead. Such a person cannot, however, become habitually resident in country B in a single day. An appreciable period of time and a settled intention will be necessary to enable him or her to become so.

Mais on retrouve les mêmes hésitations quant à cette durée. Ceci s'explique dans la mesure où soit on considère qu'il s'agit de déterminer une situation factuelle d'intégration (alors l'intégration dépend de multiples circonstances, comme l'ouverture du nouveau milieu aux étrangers, les structures d'accueil locales, etc.), soit on fait intervenir un élément intentionnel, qui lui-même dépend des circonstances (pour quel motif le déplacement a lieu, etc.). La plupart des arrêts examinent ce qui s'est déroulé dans le passé au moment du déplacement. Mais d'autres, en common law, tiennent aussi compte de l'avenir, c'est-à-dire, plus précisément, de l'intention future des parents.

95. [1990] 2 All E.R. 961, 965 (England H.L.).

On peut avancer que, pour les arrêts tenant compte de l'intention des parents, plus une intention est prononcée, moins le temps d'acquisition sera lent⁹⁶.

Dans *S. v. O.D.*⁹⁷, la Cour de district de Nouvelle-Zélande a même affirmé qu'une résidence habituelle pouvait s'acquérir *immédiatement* en Australie, dans des circonstances où l'intention des parents était que l'enfant reste de manière indéfinie avec le père en Australie :

It is settled law that the habitual residence of a child of A.'s age will be the habitual residence of the parent who has his care. There can be no question that Mr S. has been habitually resident in Queensland for some years. It is my view that when A. left New Zealand with his mother's agreement to stay indefinitely with his father his country of habitual residence changed immediately. In my view, such circumstances are properly and necessary distinguishable from the situation where a parent takes a child to a new country (as was the situation in *In re J*) and in the present circumstances there will be no "appreciable period of time" before the child becomes habitually resident in the country to which he or she is taken.⁹⁸

On trouve bien sûr des arrêts statuant en sens opposé, mais dans des circonstances différentes⁹⁹.

96. P. ROGERSON, *loc. cit.*, note 14, 91. Ainsi, dans *Secretary for Justice v. D.*, [08/07/1994 ; District Court of New Zealand, Auckland], Incadat : HC/E/NZ 251, la Cour a considéré que des enfants, qui étaient depuis 5 mois en Écosse, avant leur retour forcé organisé par leur mère en Nouvelle-Zélande, avaient acquis une résidence habituelle en Écosse, étant donné les faits et en considération du fait que, lorsque leur père les avait emmenés de Nouvelle-Zélande en Écosse, il existait un accord des parents selon lequel le déménagement dans ce pays serait permanent.

97. 14 février 1995 [District Court of New Zealand, Hamilton], Incadat : HC/E/NZ 250.

98. Dans *C. v. T.*, [2001] NZFLR 1105 [31/08/2001 ; Family Court, Taupo (New Zealand)], Incadat : HC/E/NZ 413 : de même, on admet le changement immédiat de résidence habituelle en raison d'un accord entre parents en ce sens : « J.'s habitual residence changed immediately he left Australia to reside with his father indefinitely ».

99. *Ø.L.K.*, 5 Avril 2002, 16. afdeling, B-409-02 [Østre Landsret (High Court, Eastern Division, Danemark), Cour d'appel], Incadat : HC/E/DK 520 : la durée de séjour d'un an au Danemark n'avait pas suffi pour changer la résidence de l'enfant qui était restée en Angleterre, en présence d'un accord des parents en ce sens. Voir aussi *R. and R.*, 7 janvier 1999, Cour juvénile de Rome (Italie), Nr. 2450/98 E, Incadat : HC/E/IT 297 ; *A. v. S.*, 27 juin 1996, Cour juvénile de Venise (Italie), Incadat : HC/E/IT 300 (6 mois en Italie considérés insuffisants pour changer la résidence ancienne située en Californie) ; *Public Attorney v. J.S.*, Cas N. 778/2001, [25/09/2001 ; Tribunal Judicial de Santa Maria da Feira (Portugal)], Incadat : HC/E/PT 410 ; *8Ob121/03g, Oberster Gerichtshof*, [30/10/2003 ; Cour suprême d'Autriche], Incadat : HC/E/AT 548.

Selon certains commentateurs¹⁰⁰, on pourrait déceler deux tendances à ce sujet, qui s'expliquent si l'on considère qu'elles reflètent des situations où l'intention des parents est plus ou moins arrêtée.

Lorsque le déménagement est pour une durée indéterminée, ou potentiellement indéterminée, il est généralement décidé que l'enfant a perdu sa résidence habituelle d'origine et qu'il a même pu acquérir une nouvelle résidence habituelle : l'intention de partir est assez nette¹⁰¹. Par contre, lorsque le déménagement n'est prévu que pour une durée limitée, même longue, il a pu être décidé que l'enfant avait gardé son ancienne résidence habituelle pendant toute la durée du séjour à l'étranger. Alors l'intention de ne pas s'installer définitivement compte plus que les faits bruts¹⁰².

6. Continuité d'une résidence habituelle

Cette exigence se retrouve dans plusieurs arrêts¹⁰³. Ainsi, par exemple, dans *C. v. T.*¹⁰⁴, une cour néo-zélandaise affirme :

There is required a degree of continuity to enable habitual residence to be described as settled. Refer Sir Stephen Brown P. in *V. v. B. (a minor) (abduction)* [1991] 1 FLR 266 at 271.

-
100. Sous l'arrêt danois *Ø.L.K.*, 5. avril 2002, 16. afdeling, B-409-02, Incadat : HC/E/DK 520.
 101. *Re H (Abduction : Habitual Residence : Consent)*, [2000] 2 F.L.R. 294 ; [2000] 3 F.C.R. 412 ; Incadat : HC/E/UK 478 ; *Cameron v. Cameron*, 1996 S.C.17, 1996 S.L.T. 306, 1996 S.C.L.R. 25, Incadat : HC/E/UKs 71 ; *Moran v. Moran* 1997 S.L.T. 541, Incadat : HC/E/UKs 74.
 102. *Callaghan v. Thomas*, [2001] N.Z.F.L.R. 1105, Incadat : HC/E/NZ 413 ; *Morris v. Morris*, 55 F. Supp. 2d 1156 (D. Colo., Aug. 30, 1999), Incadat : HC/E/USf 306 ; *Mozes v. Mozes*, 239 F.3d 1067 (9th Cir. 2001), Incadat : HC/E/USf 301.
 103. *In Re A.*, Family Div., H.C.J. 31 juillet 1995, Incadat : HC-E-Uke 38 ; dans *Armiliato v. Zaric-Armiliato*, No. 01 Civ. 0136 (WHP) (S.D.N.Y.) [03/05/2001 ; U.S. District Court, Southern District, New York], Incadat : HC/E/USf 385, la cour new yorkaise, pour décider qu'une petite fille n'était pas habituellement résidente à New York, mais que cette résidence se trouvait à Gène, affirme : » Whether the parties resided in the residence on a temporary or conditional basis is also significant. [...] While A. has traveled around the world and remained abroad for up to two months at a time, she continually returned to Genoa, Italy. Moreover, the purpose of A.'s travel generally was to accompany her father when he performed. Mr. A.'s operative engagements were temporary and finite ».
 104. [2001] N.Z.F.L.R. 1105 [31/08/2001 ; Family Court, Taupo (New Zealand)], Incadat : HC/E/NZ 413.

7. Absence ou multiplicité de résidence(s) habituelle(s)

7.1 Absence de résidence habituelle

Alors que la jurisprudence considère en général qu'il est important que l'enfant ait toujours une résidence habituelle, afin de le protéger selon les dispositions de la Convention de 1980¹⁰⁵, on trouve des arrêts qui admettent clairement qu'un enfant puisse n'avoir aucune résidence habituelle. Dans ces conditions, il devient évidemment impossible de sanctionner, selon la Convention, un enlèvement par un retour forcé.

Ainsi, dans *W. and B. v. H. (Child Abduction : Surrogacy)*¹⁰⁶ le juge Hedley affirme qu'un enfant, qui n'avait jamais été présent en Californie, ne pouvait pas y être résident habituellement. Mais la cour ajoute qu'il n'était pas non plus un résident habituel en Angleterre, même si sa mère (porteuse) avec laquelle il habitait, y résidait habituellement. Il n'avait donc aucune résidence habituelle.

7.2 Multiplicité de résidences habituelles

Certains arrêts ont dénoncé la possibilité de multiplicité de résidences habituelles parce que cela détruirait aussi la logique sous-jacente à la protection prévue dans la Convention¹⁰⁷. Pourtant, d'autres ont théoriquement admis cette possibilité, de manière exceptionnelle.

On trouve aussi des arrêts qui admettent un roulement de résidences habituelles *consécutives* selon les périodes de présence

105. *Re F. (A Minor) (Child Abduction)*, [1992] 1 F.L.R. 548, Incadat : HC/E/UKe 40 ; *Cooper v. Casey* (1995) F.L.C. 92-575, Incadat : HC/E/AU 104.

106. [2002] 1 F.L.R. 1008, [18/02/2002 ; High Court (England)], Incadat : HC/E/UKe 470. De même, dans *D. v. D.*, [19/06/2001 ; First Division, Inner House, Court of Session (Scotland) ; Cour d'appel], Incadat : HE-E-Uks 351, la cour semble implicitement avoir admis qu'un enfant pouvait ne pas avoir de résidence habituelle pendant un certain temps. Voir aussi : *Robertson v. Robertson* 1998 S.L.T. 468, [07/05/1997, Inner House of the Court of Session (Second Division) (Scotland)], Incadat : HC/E/UKs 194 ; *Delvoe v. Lee*, 329 F. 3d 330 (3rd Cir. 2003) [Incatat : HC/E/USf 529] ; *F v A*, 21 avril 2004, Superior Court, Californie, Placer County, Incadat : HC/E/USs 582.

107. Voir par exemple : *Morris v. Morris*, 55 F. Supp. 2d. 1156, 1159 (D.Colo. 1999), Incadat : HC-E-Usf 306.

de l'enfant auprès d'un parent ou de l'autre découlant d'un accord entre eux¹⁰⁸.

Section 3- Le sens de la notion de « résidence habituelle » selon la Convention de La Haye de 1996 sur la protection des mineurs

Selon les commentateurs de cette Convention, bien que certains essais de définition furent proposés lors de son élaboration, ils furent rejetés car il a été jugé préférable de ne pas adopter une définition de la résidence habituelle spécifique pour cette Convention¹⁰⁹. C'est par conséquent la même notion qui doit être retenue pour la Convention de 1996 que pour celle de 1980¹¹⁰.

Toutefois, étant donné que cette notion sera alors utilisée aussi au plan de la loi applicable, il est indispensable de ne pouvoir trouver qu'une seule résidence habituelle, puisque la multiplicité de lois contradictoires ne peut être acceptée. C'est pour cette raison que la Convention s'efforce de régler les conflits mobiles résultant du changement de résidence et que les problèmes de détermination de cette résidence n'ont pas fini de tourmenter les juges. L'acquisition de la nouvelle résidence n'est pas définie dans le cadre de la Convention de 1996. Son article 7 énonce cependant :

17(1) En cas de déplacement ou de non-retour illicite de l'enfant, les autorités de l'Etat contractant dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle immédiatement avant son déplacement ou son non-retour conservent leur compétence jusqu'au moment où l'enfant a acquis une résidence habituelle dans un autre Etat et que :

108. *In the Matter of V.*, H.C.J. Fam. Div. 28 juin 1995, Incadat : HE-E-Uke 45 ; *Re A. (Abduction : Habitual Residence)*, [1998] 1 F.L.R. 497 [13/08/1997 ; High Court (England)], Incadat : HC/E/UK 176) : « It is of course not in doubt that a person, including a child, may have a habitual residence in two different countries at different times of the year. [...] Thus the fact that the child may have been habitually resident in England before being taken to Greece and may have been going to be habitually resident in England after return from Greece would not of itself prevent his being habitually resident in Greece during the intervening period ».

109. E.M. CLIVE, *loc. cit.*, note 13, note 2 ; *Rapport explicatif* de la Convention du 19 octobre 1996 de P. Lagarde, p. 552 au n° 40.

110. D'ailleurs, cette nouvelle convention modernise l'ancienne Convention sur la protection des mineurs ; or la Cour suprême d'Autriche a affirmé le 30 octobre 2003 (80b121/03g, *Oberster Gerichtshof*), Incadat : HC/E/AT 548, que le concept de résidence habituelle de la Convention de La Haye de 1980 est interprété de la même façon que dans l'[ancienne] Convention de La Haye sur la protection des mineurs.

a) toute personne, institution ou autre organisme ayant le droit de garde a acquiescé au déplacement ou au non-retour ; ou

b) l'enfant a résidé dans cet autre Etat pour une période d'au moins un an après que la personne, l'institution ou tout autre organisme ayant le droit de garde a connu ou aurait dû connaître le lieu où se trouvait l'enfant, aucune demande de retour présentée pendant cette période n'est encore en cours d'examen, et l'enfant s'est intégré dans son nouveau milieu.

Ainsi, cette disposition admet bien, dans l'alternative b), que l'autorité du nouveau lieu sera compétente si l'enfant y réside pendant une période d'un an après que la personne qui en avait la garde a connu ou aurait dû connaître le déplacement *et* si l'enfant s'y est intégré. Mais l'alternative a) de cette règle se contente d'exiger le changement de résidence habituelle et l'acquiescement au déplacement, sans définir, dans cette hypothèse, à quelles conditions ce changement s'opère.

Ainsi la Convention n'énumère pas directement toutes les règles relatives au changement de résidence. Le rapport explicatif du professeur Lagarde énonce simplement qu'il s'agit d'une *question de fait* (comme en droit québécois, voir la règle 2) et *qu'il est possible de perdre instantanément sa résidence habituelle*¹¹¹ et—*d'acquérir instantanément une nouvelle résidence habituelle*¹¹². Mais la Commission chargée du projet de convention a refusé de « quantifier la période de temps qui serait nécessaire à l'acquisition d'une nouvelle résidence habituelle »¹¹³. La même règle a été énoncée en droit québécois (voir la règle 5). Cependant, *en cas de déplacement illicite*, donc d'enlèvement, l'année de résidence prévue dans l'article 7 ne suffit pas si l'on peut prouver que l'enfant ne s'est pas intégré (ce serait la même solution au Québec, voir la règle 5). Parallèlement, selon la Convention, une intégration prouvée, sans une période d'un an de résidence n'est pas suffisante non plus (la solution serait différente au Québec où il n'existe aucune durée minimale de séjour, voir la règle 5).

De même, l'absence de résidence habituelle est réglée dans la Convention par l'article 6 qui la remplace par la simple présence, comme le fait l'article 78 al. 2 C.c.Q., pour le domicile¹¹⁴.

111. *Rapport explicatif*, p. 554, n. 44 et 556, n. 47.

112. *Ibid.*, p. 552 au n. 41.

113. *Ibid.*, p. 552 au n. 41.

114. En droit québécois les mesures de protection de l'enfant dépendent, non pas en principe de la loi de sa résidence habituelle, mais de celle de son domicile, qui

PARTIE 3

LES DIVERGENCES D'INTERPRÉTATION DE LA NOTION DE « RÉSIDENCE HABITUELLE » ENTRE LE DROIT CIVIL QUÉBÉCOIS ET LA JURISPRUDENCE DES AUTRES ÉTATS AYANT INTERPRÉTÉ LES CONVENTIONS DE LA HAYE DE 1980 ET DE 1996

On envisagera méthodiquement les *principes généraux d'interprétation* de la résidence habituelle dans le cas de notions d'origine conventionnelle (section 1), puis les règles spécifiques développées par la jurisprudence relatives à cette notion lorsqu'elle a pour origine le cadre conventionnel de la Convention de La Haye (section 2).

Section 1- Principes généraux d'interprétation de la résidence habituelle

Dans l'arrêt *V.W. c. D.S.*¹¹⁵, la Cour suprême du Canada précise ainsi les rapports entre droit québécois et droit conventionnel au par. 28 :

Comme la situation au Québec se distingue de celle du Manitoba en ce que la Loi a pour unique but de donner effet à la Convention [de 1980], même si elle n'en adopte pas intégralement le texte, il ne peut pas co-exister deux régimes indépendants au Québec. Au contraire, l'interdépendance entre la Convention et la Loi est consacrée tant par le préambule de la Loi qui précise que « le Québec souscrit aux principes et aux règles établis par cette Convention », que par son article premier qui pose les objectifs communs de la Loi et de la Convention.... À mon avis, l'interdépendance entre la Convention et la Loi invite donc à une interprétation des art. 3 et 4 de la Loi qui donne plein effet à l'objectif de la Convention...

n'est pas toujours situé au même endroit que sa résidence, selon une certaine interprétation de la Cour d'appel de l'art. 80 C.c.Q. De toute manière, en droit québécois, les mesures de protection dépendent quand même souvent de la loi du for, comme dans la convention, mais pas toujours, puisque le tribunal compétent est celui du domicile de l'enfant pour ce qui concerne la garde (art. 3142 C.c.Q.) ou encore du domicile de l'une des personnes concernées (art. 3141 C.c.Q., applicable subsidiairement en matière d'autorité parentale). De plus, tout comme dans la Convention, des dispositions spéciales prévoient la compétence du tribunal du for en cas d'urgence ou pour protéger le mineur ou ses biens (art. 3138 et 3140 en matière de compétence juridictionnelle et 3084, 3085 C.c.Q., en matière de conflit de lois).

115. [1996] 2 R.C.S. 108.

De même dans *Droit de la famille – 2454*¹¹⁶, M. le juge Chamberland, en Cour d'appel, énonce, au sujet de la résidence habituelle dans une situation d'enlèvement international aux par. 49 et 50 :

C'est donc à la lumière des objectifs et de la philosophie de cette Convention qu'il nous faut analyser les dispositions pertinentes de la Loi et les appliquer aux circonstances de l'espèce. [...] ¶ 50 La Convention étant un traité international, il faut se mettre en garde pour ne pas donner aux concepts qu'elle véhicule une interprétation qui s'éloignerait de l'interprétation généralement reconnue par la communauté internationale, de crainte, bien évidemment d'en diminuer l'efficacité au détriment, à plus ou moins long terme, de ceux qu'elle vise à protéger, les enfants. La solidarité internationale en matière de protection des enfants commande une interprétation relativement uniforme de la Convention partout dans le monde.

Ainsi, dans cette conception, il est jugé souhaitable que l'on interprète les notions utilisées dans la Loi québécoise à la lueur des objectifs de la Convention plutôt que selon les conceptions purement civilistes du Code civil, en cas de divergence.

Dans ce même arrêt *Droit de la famille – 2454*, M. le juge Chamberland cite plusieurs décisions anglaises et américaines ayant interprété la Convention et cherche lui-même à déterminer la valeur de « précédent déterminant dans la manière d'interpréter la Convention et la Loi » des arrêts en question.

Donc, en droit québécois, afin de répondre aux objectifs de la Convention, l'interprétation donnée à la notion de résidence habituelle doit suivre la tendance internationale, plutôt que d'adopter une interprétation autonome, pour atteindre une relative uniformité. Dans cette optique, certains juges québécois se sont efforcés d'étudier comment la notion était interprétée par les tribunaux étrangers. On n'hésite donc pas à citer des précédents étrangers, même si, en pratique, on utilise normalement les précédents locaux. Mais comme dans ce domaine, cet arrêt *Droit de la famille – 2454*, est l'une des décisions essentielles, les arrêts étrangers qui y sont cités sont devenus aussi des références en droit québécois, tels qu'interprétés par nos juges, qui conservent quand même un esprit critique.

116. [1996] R.J.Q. 2509 (C.A.).

Section 2- Règles spécifiques relatives à la résidence habituelle

La plupart des propositions qui suivent (sauf la proposition 8) sont clairement affirmées en droit québécois et dans la jurisprudence disponible des autres pays. Leur interprétation reste assez homogène (propositions 1, 2, 3.1, 5.1, 6, 7.1). Mais certaines, sujettes à des positions assez divergentes, ne sont pas toujours envisagées de la même manière au Québec et ailleurs (propositions 3.2, 4, 5.2, 5.3, 7.2).

1. La résidence habituelle doit être interprétée selon le sens ordinaire et habituel

Cette règle est adoptée au Québec par la Cour d'appel dans l'arrêt *Droit de la famille – 3713 (D.M.D. c. E.V.)*¹¹⁷ et dans les pays de common law dans lesquels *Re J. (A Minor) (Abduction: Custody Rights)* ; *C. v. S. (Minor)*¹¹⁸ est considéré comme un « leading case ».

Au Québec, le sens ordinaire de cette expression « résidence habituelle » est le suivant : l'endroit où l'on demeure généralement, ordinairement, de manière permanente. Les quelques définitions que nous avons trouvées exprimées dans les autres droits laissent croire qu'il n'y a à ce sujet aucune différence entre la conception québécoise et celle des autres pays.

Toutefois, dans tous les systèmes, on admet que cette règle du sens ordinaire est insuffisante, notamment lorsque les personnes en cause voyagent beaucoup ou que la durée de vie d'un enfant est trop courte, lors du litige, pour qu'une habitude se dégage. Il a donc été nécessaire d'ajouter d'autres règles pour traiter ces cas difficiles.

2. Continuité d'une résidence habituelle

La résidence pour être « habituelle » ne doit pas être occasionnelle et doit comprendre une certaine continuité de séjour. Du point de vue de la logique, on devrait simplement voir dans cette règle une composante même de la définition de la résidence « habituelle » (qui doit être « permanente »). Toutefois la jurisprudence

117. [2000] Q.J. n. 2967.

118. [1990] 2 All E.R. 961, 965 (England H.L.).

tant québécoise que celle des autres pays semble parfois y voir une règle autonome, touchant la fréquence ou l'aspect quantitatif du rattachement. Nous ne voyons pas de différence en tout cas entre la condition québécoise et celle retenue dans les autres pays qui la font respecter¹¹⁹.

3. *La résidence est une question de fait dépendant des circonstances*

3.1 La résidence est une question de fait

Cette règle est admise au Québec¹²⁰ et dans les autres systèmes¹²¹. On admet dans tous les systèmes (dans *L.Y.P. c. M.E.*¹²², la Cour supérieure du Québec se fonde en 2004 sur une décision néo-zélandaise¹²³) qu'elle ne dépend pas directement de la situation légale d'une personne, notamment du point de vue de l'immigration.

3.2 La résidence dépend des circonstances

Les *circonstances* qui permettent de déterminer la résidence font l'objet de divergences. On admet que le tribunal puisse « examiner la situation plus globalement, en allant au-delà de la situation purement factuelle »¹²⁴ dans les divers systèmes. Par exemple, la durée d'un contrat de travail peut faire partie des circonstances qui permettent cette détermination. Il en est de même d'un accord

119. Voir ainsi : *Droit de la famille – 3713* (*D.M.D. c. E.V.*), [2000] Q.J. n. 2967 (C.A.); *C. v. T.*, [2001] N.Z.F.L.R. 1105 [31/08/2001 ; Family Court, Taupo (New Zealand)], Incadat : HC/E/NZ 413 ; *In Re A.*, (Family Div., H.C.J. 31 juillet 1995), Incadat : HC-E-Uke 38 ; *Armiliato v. Zaric-Armiliato*, N.. 01 Civ. 0136 (WHP) (S.D.N.Y.) [03/05/2001 ; U.S. District Court, the Southern District New York], Incadat : HC/E/USf 385.

120. *Droit de la famille – 2454*, [1996] R.J.Q. 2509 (C.A.).

121. *W. v. O.*, 14 juin 1995, [14/06/1995 ; Supreme Court of Justice (Argentine)], Incadat : HC/E/AR 362 ; *R. and R.*, January 7, 1999, Cour juvénile de Rome (Italie), Nr. 2450/98 E, Incadat : HC/E/IT 297 ; *J. v. J.*, Cas N. 7505-1995, 9 mai 1996, Cour suprême administrative de Suède (*Regeringsrätten*), Incadat : HC-E-SE 80 ; *C. v. S. (Minor)*, [1990] 2 All E.R. 961, 965 (England H.L.) ; *F. v. A.*, 21 avril 2004, Superior Court, Californie, Placer County, [24/04/2004, (USA)], Incadat : HC/E/USs 582.

122. [2004] J.Q. n. 13967 (C.S.).

123. *H. v. H.*, [1995] 12 F.R.N.Z. 498, pages 1 et 2, cité au n. 48 de la décision québécoise.

124. *S.E. c. T.R.*, [2003] J.Q. n. 11746 (C.S.).

de volonté entre les parents, notamment relatif à une garde partagée. On s'accorde à admettre que cet accord puisse être pris en considération en tant que fait juridique¹²⁵.

Mais il existe des divergences sur la possibilité que ce type d'acte juridique puisse *directement* déterminer la résidence habituelle d'un enfant. Le rapport intitulé « *Report of the Third Special Commission meeting to Review the Operation of the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction (17-21 March 1997)* » au par. 16, s'oppose à ce que la résidence habituelle dépende d'un accord entre parents qui ne correspondrait pas à la réalité factuelle. Mais certains passages de décisions de pays de common law pourraient être interprétés en sens contraire. On laisse entendre qu'un désaccord entre parents, une absence de contrat tacite ou exprès, ne peut modifier la situation¹²⁶. Le droit québécois ne peut certainement pas être rangé du côté de ceux qui admettraient un tel rôle à la volonté des parents. Alternativement, on peut aussi considérer que ces décisions de common law n'énoncent que de simples constatations générales, selon lesquelles, inéluctablement, *en rétrospective*, un accord entre parents aboutit *indirectement* à modifier la situation de la résidence habituelle de l'enfant, alors qu'un désaccord entre eux ne le peut pas (ceci est certainement faux en droit québécois).

4. *Le rôle de l'intention des parents*

D'assez profondes divergences jurisprudentielles existent quant au rôle à donner à l'intention des parents, à un point tel que l'arrêt considéré comme le plus influent dans le droit des États-Unis a directement critiqué la jurisprudence québécoise.

125. Voir ainsi *Cass Civ 1ère 16/12/1992*, (n° de pourvoi : 91-13119), [16/12/1992 (France)], Incadat : HC/E/FR 518 ; *J. v. J.*, Cas N. 7505-1995, 9 mai 1996, Cour suprême administrative de Suède (*Regeringsrätten*), Incadat : HC-E-SE 80.

126. Ainsi, dans *Re S. (Minors) (Abduction : Wrongful Retention)*, [1994] Fam 70, [1994] 1 FLR 82, [1994] Fam. Law 70, [14/07/1993 ; High Court (England)], Incadat : HE-E-Uke 117, la Cour a affirmé : « [...] it seems to me plain that where both parents have equal rights of custody no unilateral act by one of them can change the habitual residence of the children, save by the agreement or acquiescence over time of the other parent, or court order determining rights of residence and custody ». Voir aussi : *D. v. D.*, 8 juin 1990, Court of session (Écosse), Incadat : HC-E-UKs 73.

4.1 Approche subjective exceptionnelle : l'intention arrêtée des parents appartient aux circonstances de fait

Cette tendance jurisprudentielle se manifeste aussi bien dans les pays de droit civil ou dans les autres systèmes¹²⁷ que dans ceux de common law¹²⁸.

Au Québec, de façon ambiguë, la Cour d'appel semble admettre cette position modérée selon laquelle, *exceptionnellement* on peut tenir compte de cet élément subjectif qu'est l'intention d'un parent, de manière qualitative, à *titre de circonstance*, dans des cas difficiles où la durée de séjour au nouveau lieu est difficile à comptabiliser au plan quantitatif.

En effet, dans l'arrêt *Droit de la famille – 2454*¹²⁹, la Cour d'appel a déclaré que *l'intention* de la mère de ne rester en Californie que pour trois ans *n'était pas pertinente* pour déterminer la résidence habituelle des enfants et le juge Chamberland précisait au par. 64 :

La réalité des enfants doit seule être prise en compte pour déterminer le lieu de leur « résidence habituelle » ; à cet égard, le tribunal doit s'en tenir à l'expérience des enfants, *les désirs, souhaits ou intentions de leurs parents ne comptant pas* lorsqu'il s'agit de décider du lieu de leur « résidence habituelle » au moment de leur déplacement.

Cependant, paradoxalement, le juge Chamberland *dans la même décision* citait l'arrêt anglais *In Re Bates*¹³⁰, en expliquant que la Cour y proposait alors le test que nous avons cité plus haut,

127. *Cass Civ 1^{re} 16/12/1992*, (n° de pourvoi : 91-13119), [16/12/1992 ; (France)], Incadat : HC/E/FR 518 ; Ø.L.K., 5. april 2002, 16. afdeling, B-409-02 (*Østre Landsret*) [(High Court, Eastern Division, Danemark], Incadat : HC/E/DK 520 ; *J. v. J.*, Case No. 7505-1995, Cour suprême administrative de Suède (*Regeringsrätten*), Incadat : HC-E-SE 80 ; *C. v. C.*, 25 mai 1992, Tel Aviv District Court (Israel), Incadat : HC/E/IL 357. Voir ainsi, dans le même sens (en droit français) : Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. de VAREILLES-SOMMIÈRES, *Droit international privé*, 8^e éd., Paris, Dalloz, 2004, n. 165-1, p. 207 : « Certes, [la notion de résidence] évite-t-elle d'avoir à rechercher l'intention de l'intéressé, encore que cette recherche s'avère dans certains cas utile, notamment lorsqu'il y a changement ou pluralité de résidences ».

128. *Re A. (Abduction : Habitual Residence)*, [1998] 1 F.L.R. 497, [13/08/1997 ; High Court (England)], Incadat : HC/E/UK 176.

129. [1996] R.J.Q.2509 (C.A.).

130. N. CA 122-89, High Court of Justice, Fam. Div'n Ct. Royal Court of Justice, U.K. (1989).

faisant référence au « settled purpose »¹³¹. Paraissant l'appliquer, le juge en déduisit qu'en l'espèce le couple en cause était bien « établi » en Californie.

De plus, selon le juge Chamberland, statuant toutefois en *obiter*¹³² :

La situation pourrait être différente si un seul des parents avait la garde ; ses intentions auraient alors plus d'importance (par exemple, dans *Re J (A minor)*, 87 L. Soc'y Gazette, Oct. 3, 1990).

Ainsi la Cour d'appel irait jusqu'à admettre que l'intention d'un parent ayant qualité de gardien exclusif, exerçant son autorité parentale, puisse entrer en ligne de compte pour décider du lieu de résidence habituelle des enfants. Peut-être la raison sous-jacente en serait-elle qu'alors le risque que l'intention de l'autre parent non gardien contredise en fait la volonté du premier deviendrait moindre puisque ce gardien aurait des moyens juridiques de se faire obéir. En conséquence, son intention présenterait une meilleure garantie objective de contrôle de la situation factuelle et permettrait de s'y fier pour la comprendre. Si telle est l'idée implicite, elle paraît bien sinieuse et donne au droit un rôle que l'on peut trouver excessif en regard du principe de départ : la résidence habituelle devrait être une notion essentiellement factuelle, indépendante des violations éventuellement réalisées du droit du gardien.

Quelques arrêts de cours inférieures sont aussi allés plus nettement dans le sens d'une utilisation exceptionnelle de l'intention des parents. Ainsi, dans *Byrn c. Mackin*¹³³, la Cour supérieure, en 1983, a considéré qu'une personne résidente à Vancouver, où elle avait encore une maison où habitait son épouse et ses enfants, y avait conservé sa résidence malgré qu'il passait de

131. « The governing principle for ascertaining the elements of habitual residence is contained in the speech of Lord Scarman in *R.v. Barnet London Borough Council ex parte Shah* [1983] 2 A.C. 309, when he says, at page 314 : "and there must be a degree of settled purpose. The purpose may be one or there may be several. It may be specific or general. All that the law requires is that there is a settled purpose. That is not to say that the propositus intends to stay where he is indefinitely. Indeed his purpose while settled may be for a limited period. Education, business or profession, employment, health, family or merely love of the place spring to mind as common reasons for a choice of regular abode, and there may well be many others. All that is necessary is that the purpose of living where one does has a sufficient degree of continuity to be properly described as settled."

132. [1996] R.J.Q.2509 (C.A.), au par. 64.

133. *Byrn c. Mackin*, (1983) 32 R.F.L. (2d) 207 (C.S.).

très longues périodes de temps à Montréal pour y travailler et qu'il y logeait dans un appartement appartenant à son employeur, parce qu'il n'avait pas exprimé sa volonté de rester à Montréal d'une façon permanente¹³⁴.

Plus récemment, nous l'avons déjà noté, dans *C.E.S. c. E.V.*¹³⁵, une affaire d'enlèvement d'enfant jugée en 2002, à la différence de ce qu'avait affirmé la Cour d'appel dans *Droit de la famille – 2454*¹³⁶ (selon laquelle, pour ne pas assimiler la résidence habituelle, notion de fait, et celle du domicile d'un de ses parents, seule la réalité des enfants devrait être prise en compte et les désirs et intentions des parents ne seraient pas des considérations pertinentes puisqu'alors on ferait intervenir l'élément intentionnel propre au domicile), la Cour supérieure a relevé que « [...] ce point de vue ne semble pas être généralement reconnu par la communauté juridique internationale ». Elle cite à cet égard l'arrêt *Mozes v. Mozes* de la Cour fédérale américaine du 9^e Circuit¹³⁷. La Cour américaine avait jugé pertinent de s'interroger sur l'intention des parents, *par exemple lorsqu'il est nécessaire de déterminer si une absence en un lieu doit être temporaire ou non*¹³⁸. La Cour supérieure a aussi cité la décision de la Chambre des Lords¹³⁹ et le passage écrit par Lord Scarman déjà cité par le juge Chamberland dans *Droit de la famille – 2454*.

La Cour supérieure en a alors déduit¹⁴⁰ :

Il ressort des arrêts précités, que l'interprétation du concept de résidence habituelle ne peut se faire dans l'abstrait. Il faut éviter d'adopter une approche réductionniste dont l'effet serait de confondre le concept de *résidence habituelle* avec celui de *résidence réelle ou effective*. Tout est affaire de circonstances. C'est exactement pour cette raison que les rédacteurs de la *Convention* ont omis de définir le concept de résidence habituelle, permettant ainsi aux tribunaux une plus grande latitude dans l'élaboration des règles

134. Voir le résumé dans : *Droit de la famille québécois*, vol. 1, « La demande en divorce », CCH, par. 32-210, p. 3085.

135. *C.E.S. c. E.V.*, [2002] R.D.F. 874 (C.S.), J.E. 2002-1904, au n° 28.

136. *Droit de la famille – 2454*, [1997] R.J.Q. 2509 (C.A.).

137. *Mozes v. Mozes*, (9th Cir. 2001) 239 F. 3d 1067 ; No. 98-56505 (U.S. Court of appeal), Incadat : HC/E/USf 301, cité au n° 29 de la décision de la Cour supérieure.

138. *Ibid.*, cité par la Cour supérieure au n° 30.

139. *R. v. Barnet, London Borough Council ex parte Shah*, [1983] 2 A.C. 309 (H.L.) à la p. 314, cité par la Cour supérieure au n° 32.

140. [2002] R.D.F. 874 (C.S.), au n° 33.

applicables. La démarche est objective, ce qui ne veut pas dire que la méthode subjective ne soit pas appropriée dans certains cas et que l'intention des parents ne soit jamais pertinente.

Appliquant cette approche subjective à l'espèce, elle en a conclu, afin d'ordonner le retour des enfants en cause en Caroline du Nord¹⁴¹ :

Le tribunal n'hésite pas à conclure, à la lumière des circonstances propres au présent dossier, à l'existence d'un *settled purpose* au sens de la jurisprudence internationale [...] L'« intention arrêtée » des deux parties était de résider aux États-Unis parce que c'est à cet endroit que le requérant gagnait sa vie et qu'il désirait que ses enfants grandissent.

La Cour supérieure a donc admis, en prenant un certain recul par rapport aux affirmations de la Cour d'appel dans l'affaire *Droit de la Famille – 2454*¹⁴², mais en se fondant sur une décision américaine et sur une décision de la Chambre des Lords, que l'on devait tenir compte de l'« intention arrêtée » des deux parents de résider aux États-Unis pour déterminer la résidence habituelle des enfants¹⁴³.

Mais, malgré cette utilisation exceptionnelle de l'intention des parents, la jurisprudence québécoise refuse nettement d'en tenir compte comme condition *générale* de changement de résidence.

4.2 Approche subjective de principe : le changement de résidence nécessite la preuve des intentions arrêtées d'abandonner l'ancienne résidence et de s'installer au nouveau lieu

Comme nous l'avons noté, la citation essentielle en faveur de la conception subjective vient de l'arrêt *R. v. Barnet London Borough Council ex parte Shah*¹⁴⁴, où Lord Scarman a affirmé :

141. *Ibid.* au n° 36.

142. *Droit de la famille – 2454*, [1997] R.J.Q. 2509 (C.A.).

143. Voir aussi : *Rees c. Convergia, Convergia Networks Inc.*, C.S. Montréal 500-17-017494-033, 2004-03-11, AZ-50225541, J.E. 2004-975, D.T.E. 2004T-500, au n. 27 (affaire relative à la compétence du tribunal d'un employé relative à un contrat de travail).

144. [1983] 2 A.C. 309, 314 ; [1983] 1 All E.R. 234.

[...] and there must be a degree of settled purpose. The purpose may be one or there may be several. It may be specific or general. All that the law requires is that there is a settled purpose. That is not to say that the propositus intends to stay where he is indefinitely. Indeed his purpose while settled may be for a limited period. Education, business or profession, employment, health, family or merely love of the place spring to mind as common reasons for a choice of regular abode, and there may well be many others. All that is necessary is that the purpose of living where one does has a sufficient degree of continuity to be properly described as settled.

Ce test, principe fondamental du droit anglais, est aussi la proposition essentielle en droit américain¹⁴⁵.

Toutefois, dans *Mozes v. Mozes*, l'arrêt américain ayant le plus d'autorité dans ce domaine, M. le juge Kozinski affirme qu'il ne faut pas négliger l'élément de durée :

While the decision to alter a child's habitual residence depends on the settled intention of the parents, they cannot accomplish this transformation by wishful thinking alone. First, it requires an actual change in geography [...] Second, [...] it requires the passage of « [a]n appreciable period of time ». C.v. S. (minor...), [1990] 2 All E.R. 961, 965 (Eng. H.L.).

Il faut aussi rappeler que cette approche subjective ne reçoit pas un appui aussi favorable en Nouvelle-Zélande¹⁴⁶. De plus, dans l'arrêt *Armiliato v. Zaric-Armiliato*¹⁴⁷, le juge Pauley souligne que tout le raisonnement fondé sur la commune intention arrêtée des parents exige (souvent ?) de faire appel à des éléments de fait qui la manifestent objectivement afin de la prouver. On reviendrait donc vers un raisonnement comportant une large part d'objectivisme¹⁴⁸.

Par contraste, rappelons que dans *Droit de la famille – 2454*, la Cour d'appel a affirmé que *les désirs, les souhaits ou les intentions* de la mère de ne rester en Californie que pour trois ans

145. *F. v. A.*, 21 avril 2004, Superior Court of California, Placer County, [24/04/2004 ; (USA)], HC/E/USs 582.

146. *Secretary for Justice v. P., ex parte C.*, [1995] N.Z.F.L.R 827, [07/07/1995 ; District Court of New Zealand, Henderson], Incadat : HC-E-NZ 67 ; *K.H. v. S.H.*, Wellington, AP n. 359/94 (High Court of New Zealand), 12 avril 1995 [Incatat : HC-E-NZ30].

147. No. 01 Civ. 0136 (WHP) (S.D.N.Y. 3 mai 2001), Incadat : HC/E/USf 385.

148. Voir en ce sens : *Brennan v. Cibault*, 227 A.2d 965, 643 N.Y.S.2d (N.Y. App. Div. 1996) [31/05/1996], Incadat : HC-E-Uss 135.

n'étaient pas pertinents pour déterminer la résidence habituelle des enfants, mais que seule la réalité des enfants devait être prise en compte pour déterminer le lieu de leur résidence habituelle. De plus, en ce sens, le juge Chamberland citait l'arrêt américain *Friedrich v. Friedrich*¹⁴⁹, comme indication du sens de la recherche relative à la résidence habituelle :

To determine the habitual residence, the court must focus on the child, not the parents, and examine past experience, not future intentions... [...] The Court must look back in time, not forward.

Le juge citait aussi l'arrêt *Application of Ponath*¹⁵⁰, où le juge de district avait écrit :

Although it is the habitual residence of the child that must be determined, the desires and actions of the parents cannot be ignored by the Court in making the determination when the child was at the time of removal or retention an infant. The concept of habitual residence must, in the Court's opinion, entail some elements of voluntariness and purposeful design.

Mais le juge Chamberland n'était pas prêt à suivre cette dernière orientation¹⁵¹. On peut citer aussi en ce sens l'arrêt rendu par la Cour supérieure dans l'affaire *A.I. c. R.M.C.*¹⁵², au n. 21 :

149. 983 F. 2d 1396 (6th Cir.) (1993).

150. 829 F. Supp. 363 (D. Utah 1993).

151. Il affirme au par. 70 : « Je ne suis pas certain que cet énoncé reflète fidèlement l'état du droit américain sur la question ; elle semble être une décision isolée que les auteurs cherchent d'ailleurs à distinguer en la comparant à l'arrêt clef de *Friedrich v. Friedrich* ».

152. [2004] J.Q. n. 7484 (C.S.). Dans le même sens, dans *Droit de la famille – 3451*, le juge Chamberland infirme une décision d'une cour inférieure dans des circonstances assez semblables à celles de l'affaire *Re J.* (enlèvement d'un enfant né depuis un an en Ontario par la mère pour le ramener au Québec) au motif : « C'est donc à tort à mon avis que le juge de première instance s'appuie sur l'intention de l'intimée « to remain in Quebec » pour conclure à la compétence de la Cour supérieure pour statuer sur la garde de W... Appliquant le test de la « résidence habituelle », le premier juge aurait dû conclure qu'au moment où il se saisissait du litige opposant les parties, au début de février 1999, la « résidence habituelle » de W... était à Toronto, Ontario. Il y était né et il y avait vécu, avec ses deux parents, depuis sa naissance jusqu'au 28 janvier 1999 [date de l'enlèvement]. [...] Il avait une chambre bien à lui, équipée de meubles et accessoires d'enfants, dans la maison que ses parents louaient à Toronto. Tous ces facteurs, objectifs, concrets et indépendants des intentions de l'un ou l'autre des parents, devaient amener le juge de première instance à conclure que la résidence habituelle de W... était à Toronto, où demeurerait toujours son père ».

Il importe de rappeler que l'intention des parents ne revêtira aucune importance dans la détermination de la résidence habituelle de B., cette question référant essentiellement à une notion factuelle.

Cette position québécoise est donc totalement contraire à celle soutenue par le juge Kozinski dans *Mozes v. Mozes*, qui la qualifie expressément d'« *unsound* » et même de « *superficial* ». Selon lui, elle suffit pour les cas faciles et évidents. Il rappelle, justement, qu'alors on ne prend pas en compte toutes les circonstances. Il n'admet pas que les liens objectifs développés par l'enfant puissent suffire *en l'absence de* « *settled parental intent* », qui revêt donc le caractère d'une condition à remplir pour admettre un changement de résidence habituelle.

M. le juge Kozinski considère que cette approche concentrée sur la réalité de l'enfant serait proche de la divination, d'autant plus que les enfants s'adaptent facilement à un nouvel environnement. Il considère que la tâche des juges n'est pas de savoir si l'enfant est heureux où il est, mais d'empêcher les parents de modifier unilatéralement le *statu quo* relatif à la situation de l'enfant. Nous avons vu qu'il s'efforce aussi de répondre à l'argument soulevé par le juge Chamberland, en cas d'intentions divergentes des parents, en classant les situations en plusieurs types, selon qu'il existe ou non une intention commune (*settled purpose*) de changer de résidence habituelle.

La position soutenue par le juge Kozinski débouche ainsi sur le type de raisonnement que le juge Chamberland voulait éviter en raison du large pouvoir discrétionnaire et de l'imprévision qu'il entraîne. On peut donc reprocher autant de divination à cette approche qu'il en est fait à celle du juge québécois et ajouter que le but même de la Convention n'est pas de punir celui qui enlève l'enfant, mais de s'assurer que l'enlèvement ne nuit pas à son développement, ce qui justifie aussi la défense exceptionnelle d'intégration au lieu de sa nouvelle résidence.

On peut finalement penser qu'il s'agit d'une conception philosophique admettant que le temps puisse s'apprécier selon un élément subjectif, donc relativement. Comme l'explique de façon pénétrante P. Rogerson¹⁵³ :

153. ROGERSON, *loc. cit.*, note 14, 89.

[...] the conception of what is an « appreciable time » varies depending upon the state of mind of the person in question. Where that person has definitively and obviously made up their mind to live in a particular place for the foreseeable future, the « appreciable time » need only be very short, even a matter of a few days.

Si l'on admet cette analyse, le conflit d'approches se réduit à l'admission ou au rejet d'une conception subjective (ou relative) du temps. La conception traditionnelle n'admet qu'une notion objective du temps, qui serait identique pour tous, ne tenant pas compte de l'intention future de la personne en cause (qui, en notre domaine, ne peut être qu'un parent).

Incidentement, on peut noter qu'en plus des systèmes de common law, le droit européen s'est aussi orienté vers une approche subjective de la résidence habituelle en tenant compte de l'intention de la personne intéressée¹⁵⁴. La résidence habituelle y est en effet considérée comme le lieu où l'intéressé a fixé le centre permanent de ses intérêts *avec la volonté* de lui conférer un caractère stable¹⁵⁵. La Cour d'appel d'Aix-en-Provence a aussi utilisé cette approche le 18 novembre 2004 au sujet d'une question de compétence juridictionnelle en matière de divorce¹⁵⁶.

Toutefois, on peut faire trois remarques à ce sujet, qui diminuent de manière notable la force de l'argumentation qu'on pourrait vouloir en tirer en faveur d'une approche purement subjective.

D'abord, cette jurisprudence navigue entre deux positions. Si les avocats généraux qui ont présenté le débat insistaient assez nettement pour faire de l'intention une condition de la résidence, certains arrêts de la Cour sont restés plus circonspects et affirment plus simplement que l'intention de la personne concernée

154. Voir notamment en matière de sécurité sociale des travailleurs migrants : *Ets. Angénieux c. Hackenberg*, CJCE, 12 juillet 1973, aff. 13/73, Rec.1973, p. 935 ; *Di Paolo c. Office national de l'emploi*, CJCE 13 février 1977, aff. 76-76, Rec. 1977, p. 315 ; *Robin Swaddlind c. Adjudication Officer*, CJCE, 25 février 1999, aff. C-90/97, Rec. 1999, p. I-1075. Voir aussi en matière fiscale : *Rigsadvokaten c. Ryborg*, CJCE 23 avril 1991, aff. C-297/89, Rec. 1991, p. I-1943.

155. Voir P. GUEZ, « La notion de résidence habituelle au sens du Règlement 'Bruxelles II'. À propos de C. Aix-en-Provence, 18 novembre 2004 », *Gaz. Pal.* 2005, Doctrine 64, n. 5. On y retrouve en fait les caractéristiques du *domicile* selon le droit québécois.

156. Aix-en-Provence, 18 novembre 2004, *Gaz. Pal.* 2005, somm. p. 596 ; voir GUEZ, *ibid.*

n'est qu'un des éléments dont il faut tenir compte, *parmi les autres circonstances*¹⁵⁷, ce qui correspond plus à la position québécoise.

157. Dans l'affaire *Anciens Etablissements D. Angenieux fils aîné et Caisse primaire centrale d'assurance maladie de la région parisienne c. Hakenberg*, affaire 13-73. Rec. 1973, p. 935, à l'origine de tout ce courant, l'avocat général Trabucchi propose de conclure que « La notion de résidence entendue comme séjour habituel [...] ne se limite pas à la donnée matérielle de la durée du séjour d'une personne, mais présuppose d'autres éléments de fait établissant une relation caractérisée de la personne avec le territoire. L'importance de ces éléments, tels qu'une certaine stabilité et continuité, [...] l'intentionnalité, l'apparence, devra être appréciée chaque fois, afin de déterminer le caractère habituel du lien avec le territoire » (p. 961). Ainsi, l'avocat Trabucchi ne fait pas lui-même de l'intention une condition décisive de la résidence mais un élément dont on peut se servir lorsqu'il est difficile de la déterminer, comme dans le cas de travailleurs qui se déplacent souvent. La Cour ne va même pas jusque là, puisqu'elle définit la résidence comme « le lieu où ce travailleur a établi le centre permanent de ses intérêts ». De même, dans l'affaire *Di Paolo c. Office national de l'emploi*, affaire 76/76, Rec. 1977, p. 315, rendue le 17 février 1977, l'avocat général Capotorti en citant notamment la jurisprudence anglaise mais surtout celle de la Cour de cassation italienne (p. 331), écrit : « [...] la jurisprudence de la Cour de cassation italienne attache, elle aussi, de l'importance, dans la définition de la résidence, à l'élément subjectif, c'est-à-dire à l'intention de rester, de manière stable, dans un lieu déterminé. Par conséquent, la résidence ne se fonde pas simplement sur le fait matériel de la fixation du domicile, mais encore, sur l'intention de donner à celui-ci un caractère stable, résultant des habitudes de vie et du développement de relations sociales normales » (p. 331). Pourtant la Cour adopte une position moins tranchée, selon laquelle : « 22. Qu'ainsi aux fins de l'application de l'article 71, paragraphe 1, alinéa b), (ii), du règlement no 1408/71, il convient de considérer la durée et la continuité de la résidence avant que l'intéressé se soit déplacé, la durée et le but de son absence, le caractère de l'occupation trouvée dans l'autre État membre, *ainsi que l'intention* de l'intéressé telle qu'elle ressort de toutes les circonstances » (nous soulignons). Voir aussi en ce sens l'arrêt *Witte c. Parlement européen* (affaire 188/83, Rec. 1984, page 3465), rendu en octobre 1984. Cette position modérée se retrouve encore dans l'affaire *Rigsadvokaten c. Ryborg*, datant du 23 avril 1991, affaire C-297/89, Rec. 1991, p. I-01943, une affaire de franchise fiscale. Pour l'avocat général Tesaro, suivi par la Cour, « L'élément intentionnel, qui n'est pas décisif en lui-même, peut effectivement contribuer à qualifier un lieu de lieu de séjour habituel, et donc de résidence, lorsqu'il n'est pas possible de caractériser nettement un lieu par rapport à un autre ». Mais dans l'arrêt du 25 février 1999, *Swaddling c. Adjudication Officer*, affaire C-90/97, Rec. 1999, p. I-01075, l'intention du travailleur est devenue une condition plus importante, puisque la Cour affirme au n. 29 : « A cet égard, la notion d'« État membre dans lequel elles résident », qui figure à l'article 10 bis du règlement n. 1408/71, vise l'État dans lequel les personnes concernées résident habituellement et dans lequel se trouve également le centre habituel de leurs intérêts ; dans ce contexte, il convient de considérer en particulier la situation familiale du travailleur, les raisons qui l'ont amené à se déplacer, la durée et la continuité de sa résidence, le fait de disposer, le cas échéant, d'un emploi stable et l'intention du travailleur, telle qu'elle ressort de toutes les circonstances ». En cette affaire, la preuve de l'intention fut décisive car la Cour a considéré qu'en droit anglais on ne pouvait invoquer une condition de durée fixe de 8 semaines de résidence en Angleterre pour attribuer un bénéfice à une personne qui avait clairement démontré son intention de revenir résider habituellement en ce pays (au n. 30). C'est dire que l'élément intentionnel semble devenir plus important que la durée pour déterminer une résidence habituelle au sens du droit communautaire.

Ensuite, les premiers arrêts ayant déterminé ce courant ont été entraînés dans cette direction par les conclusions des avocats généraux qui citent expressément une résolution du 18 janvier 1972 du Conseil des ministres du Conseil de l'Europe concernant *l'unification des concepts de domicile et de résidence*¹⁵⁸. Par conséquent, non seulement il est clair que cette tendance favorise la confusion entre ces deux notions, risque également dénoncé par la jurisprudence québécoise, mais elle l'envisage consciemment.

Finalement, la jurisprudence européenne dont il est question concerne le droit social, les bénéfices relevant du statut de fonctionnaire européen et les franchises fiscales. Ces situations ne touchent jamais qu'une personne. Donc le risque, très réel en cas d'enlèvement d'enfant et clairement dénoncé par la jurisprudence québécoise, de contradiction dans l'intention des deux parents, entraînant de longs débats coûteux et inopportuns et ralentissant considérablement le rétablissement de la situation de l'enfant, ne peut se manifester.

En tout cas, la différence avec l'approche de common law, telle que celle prônée par Lord Scarman, consiste en ce que l'intention arrêtée (*settled intention* ou *settled purpose*) de s'installer en un nouveau lieu n'est pas une condition exigée en droit québécois pour changer de résidence habituelle. Toutefois, dans les cas où la durée passée au nouveau lieu est brève, cet élément intentionnel a pu intervenir de façon ponctuelle, dans des cas difficiles.

5. *Réalité de l'enfant ou dépendance automatique envers les parents*¹⁵⁹

Rappelons que nous avons pu déceler trois approches sur ce sujet dans la jurisprudence des pays ayant interprété la notion de résidence habituelle de l'enfant selon la convention. La jurisprudence québécoise a utilisé clairement la première et rejette les deux autres.

158. Voir les conclusions de l'avocat Trabucchi, sous l'affaire *Hakenberg*, Rec. 1973, p. 959, reprises par l'avocat général Capotorti sous l'affaire *Di Paolo*, Rec. 1977, p. 330.

159. Cette perspective est proche de celle que nous venons d'envisager, mais ne la recouvre pas totalement. Aussi convient-il de l'aborder séparément, bien que brièvement, au risque d'entraîner certaines répétitions.

5.1 Examen de la réalité de l'enfant et non de celle des parents (*child-centered model*)

Cette approche centrée sur l'enfant est admise notamment aux États-Unis. L'autorité essentielle à ce propos est l'arrêt *Friedrich v. Friedrich*¹⁶⁰, où la Cour affirme :

To determine the habitual residence, the court must focus on the child, not the parents, and examine past experience, not future intentions.

Cet arrêt a été cité avec approbation de nombreuses fois aux États-Unis¹⁶¹ et ailleurs¹⁶². Au Québec, de même, le juge Chamberland reprend ce passage et l'approuve dans l'arrêt *Droit de la famille – 2454 (Y.D.)*¹⁶³.

5.2 Dépendance automatique envers les parents et examen de leur intention (*dependency model*)

Au contraire, selon cette seconde approche, qui donne un poids essentiel à l'intention arrêtée (*settled purpose*), seule celle des parents peut être prise en compte étant donné l'âge de l'enfant¹⁶⁴. L'autorité essentielle est encore sur ce point l'arrêt *Mozes v. Mozes*, où la Cour d'appel fédérale américaine du 9^e Circuit¹⁶⁵, (juge Kozinski) affirme, en rejetant totalement l'approche adoptée au Québec :

[...] the broad claim that observing « la réalité que vivent les enfants » obviates any need to consider the intent of the parents, Y.D., [1996] R.J.Q. at 2533, is unsound.

160. 983 F. 2d 1396 (6th Cir.) (1993), p. 1401.

161. Notamment dans *Brennan v. Cibault*, 227 A.2d 965, 643 N.Y.S.2d (N.Y. App. Div. 1996), Incadat : HC-E-Uss 135.

162. Cour suprême administrative (*Regeringsrätten*) (Suède), 12 septembre 2001, Cas n. 7624-2000, Incadat : HC/E/SE 447.

163. Voir aussi : *Droit de la famille – 3713 (D.M.D. c. E.V.)*, [2000] Q.J. n. 2967.

164. *C v. S (minor : abduction : illegitimate child)*, [1990] 2 All ER 961, 965, [1990] 2 AC 562, 578 ; *In Re B (Minors : abduction) (No. 2)*, [1993] 1 F.L.R. 993 ; *Robertson v. Robertson* 1998 S.L.T. 468, [07/05/1997 ; Inner House of the Court of Session (Second Division) (Écosse)], Incadat : HC/E/UKs 194.

165. *Mozes v. Mozes* (9th Cir. 2001) 239 F. 3d 1067 ; No. 98-56505 (U.S. Court of appeal) (2001), Incadat : HC/E/USf 301, cité au n° 29 de la décision de la Cour supérieure.

5.3 L'intention arrêtée du point de vue de la perspective de l'enfant (*settled purpose from the child's perspective*)

Cette approche intermédiaire, plus modérée, est probablement celle qui devrait devenir majoritaire aux États-Unis. L'autorité essentielle est *Feder v. Evans-Feder*¹⁶⁶, qui l'expose ainsi :

[A] child's habitual residence is the place where he or she has been physically present for an amount of time sufficient for acclimatization and which has a «degree of settled purpose» from the child's perspective ... [A] determination of whether any particular place satisfies this standard must focus on the child and consists of an analysis of the child's circumstances in that place and the parents' present, shared intentions regarding their child's presence there.

Étant donné le rôle de condition essentielle que continue à jouer l'intention des parents dans cette approche, elle ne correspond pas non plus à celle admise actuellement en droit québécois.

6. *Durée de perte et d'acquisition d'une résidence habituelle.*

6.1 La durée nécessaire pour perdre une résidence

La jurisprudence des pays de common law ayant interprété la notion de résidence habituelle selon la convention admet qu'on puisse perdre instantanément cette résidence, en une journée¹⁶⁷. Ceci s'explique dans un système qui donne un rôle central à l'intention et qui exige qu'on prouve une intention de ne pas retourner dans le pays précédent. Cette intention peut se cristalliser instantanément.

En droit québécois, la jurisprudence ne s'est pas prononcée sur cette proposition. Ceci peut s'expliquer dans la mesure où l'on y admet la possibilité de pluralité de résidences habituelles. L'analyse se concentre sur l'acquisition d'une nouvelle résidence sans se demander automatiquement si la première est perdue. Cependant, étant donné le rôle implicite que joue l'intention dans cette possibilité de perte instantanée, et comme ceci rapproche beaucoup la résidence du domicile, on peut croire que cette proposition ne serait pas facilement admise en droit québécois. D'un autre côté, on y admet que l'acquisition d'une nouvelle résidence puisse se faire très rapidement, sans exiger une période mini-

166. 63 F. 3d 224.

167. *Re J. (A Minor) (Abduction : Custody Rights)*; *C. v. S. (Minor)*, [1990] 2 All E.R. 961, 965 (England H.L.); *Al Habtoor v. Fotheringham*, [2001] EWCA Civ 186, [2001] 1 F.L.R. 951.

male, ce qui irait plutôt dans ce sens favorable à l'acceptation d'une telle proposition.

6.2 La durée de l'acquisition de la nouvelle résidence exige un temps de présence « significatif » ou « appréciable » au nouveau lieu

Dans le système québécois comme dans ceux de common law ayant interprété la notion de résidence habituelle selon la convention, on admet cette règle¹⁶⁸. Dans les deux systèmes, on admet que tout dépend des circonstances permettant de prouver l'intégration de l'enfant au nouveau lieu et qu'il n'existe aucune durée *fixe* ou prédéterminée de présence au nouveau lieu.

7. Absence ou multiplicité de résidence(s) habituelle(s)

7.1 Absence de résidence habituelle

Le droit québécois admet sans aucun doute la possibilité d'absence de résidence habituelle puisque l'article 78 C.c.Q. l'énonce. Ceci est maintenant aussi admis dans la jurisprudence des pays de common law¹⁶⁹.

7.2 Multiplicité de résidences habituelles

Le droit québécois admet sans aucun doute la possibilité de multiplicité de résidences habituelles puisque l'article 77 C.c.Q. l'énonce. Mais, afin de respecter l'objectif conventionnel de protection de l'enfant, ceci est majoritairement contesté dans les arrêts des pays de common law¹⁷⁰, qui préfèrent reconnaître la possibilité de roulement de résidences habituelles *consécutives* selon les périodes de présence de l'enfant auprès d'un parent ou de l'autre découlant d'un accord entre eux¹⁷¹. En pratique, dans les situations d'enlèvement d'enfant, il n'est pas évident que cette solution

168. *Re J. (A Minor) (Abduction : Custody Rights)*; *C. v. S. (Minor)*, [1990] 2 All E.R. 961, 965 (England H.L.) ; voir au Québec : *Droit de la Famille – 3713 (D.M.D. c. E.V.)*, [2000] Q.J. n. 2967.

169. Voir *W. and B. v. H. (Child Abduction : Surrogacy)*, [2002] 1 F.L.R. 1008, [18/02/2002 ; High Court (England) ; First Instance], Incadat : HC/E/UK 470 ; *Delvoe v. Lee*, 329 F. 3d 330 (3rd Cir. 2003), Incadat : HC/E/USf 529 ; *F. v. A.*, 21 avril 2004, Superior Court, Californie, Placer County, Incadat : HC/E/USs 582.

170. *Morris v. Morris*, 55 F. Supp. 2d. 1156, 1159 (D. Colo. 1999), Incadat : HC-E-USf 306.

171. *In the Matter of V.*, H.C.J. Fam. Div. 28 juin 1995, Incadat : HE-E-Uke 45 ; *Re A. (Abduction : Habitual Residence)*, [1998] 1 F.L.R. 497, [13/08/1997 ; High Court (England)], Incadat : HC/E/UK 176.

intellectuellement satisfaisante fasse une différence avec celle du droit québécois.

8. *Lien réel et actif entre l'enfant et sa résidence habituelle*

Cette condition, dont l'origine exacte nous paraît nébuleuse, est pourtant clairement énoncée, de manière autonome, par la Cour d'appel au Québec dans l'arrêt *Droit de la famille – 3713 (D.M.D. c. E.V.)*¹⁷².

Elle n'apparaît pas expressément dans la jurisprudence des autres pays ayant interprété la notion de résidence habituelle au sens de la Convention de 1980. Néanmoins, elle se retrouve implicitement dans les arrêts étrangers qui imposent de concentrer l'analyse sur la réalité de l'enfant et non sur celle des parents ou sur leur intention¹⁷³ ou qui dénoncent l'artificialité d'une prétention de l'un des parents¹⁷⁴. Il n'existe donc certainement aucune opposition sur ce point entre la jurisprudence québécoise et la majorité des arrêts étrangers.

CONCLUSION

Pour revenir à l'objectif d'origine de l'utilisation de la résidence habituelle, il faut bien admettre que l'uniformisation du mode de rattachement des situations internationales, censée découler de la mise à l'écart du domicile, n'est pas une réussite totale.

Comme les règles relatives au changement de résidence habituelle, ne sont pas codifiées au Québec, on constate que, sur certains points, la jurisprudence s'est inspirée de celles admises en common law. Il existe néanmoins de notables divergences à ce sujet et les arrêts rendus en common law reflètent eux-mêmes plusieurs tendances difficiles à concilier. L'éventuelle adoption dans les provinces canadiennes de la Convention de 1996 sur la protection des mineurs alimentera probablement ce débat.

Quant à l'objectif propre aux Conventions de La Haye de 1980 et de 1996 de protection de l'enfant par l'utilisation d'un fac-

172. [2000] Q.J. n. 2967.

173. *Friedrich v. Friedrich*, 983 F. 2d 1396 (6th Cir.) (1993).

174. *Falls v. Downie*, 871 F. Supp. 100 (D. Mass. 1994) [28/12/1994 ; U.S. District Court. Massachusetts], Incadat : HC-E-USf 141.

teur de rattachement simple à prouver, sans grande discussion possible, il s'avère aussi assez illusoire dans la mesure où l'on transpose dans l'analyse de la résidence habituelle les règles assez complexes relatives au domicile. Dans cette perspective, on peut se demander si la jurisprudence québécoise ne respecte pas mieux cet objectif de simplicité que la tendance opposée, qui impose la preuve d'une double intention. Toutefois, s'il n'existe pas de divergence d'intentions entre les parties concernées, l'approche « subjective » de la résidence habituelle peut permettre de résoudre les questions les plus difficiles de changement de résidence en cas de déplacements fréquents, ou lorsque la personne intéressée ne se trouve au nouveau lieu que depuis peu. Il ne nous semble pas que l'on doive pour autant en faire un usage systématique. La position qui consiste à ne s'en servir que dans des cas exceptionnels nous paraît préférable parce qu'elle respecte mieux les objectifs à l'origine de la notion.

CHRONIQUES

DROIT TRANSITOIRE

Pierre-André Côté*

Équité et droit transitoire – Commentaire de l'arrêt *Dikranian c. Québec (Procureur général)*

Chez les juristes, le terme équité éveille des sentiments partagés. Comme la plupart des gens, ils considèrent que l'équité devrait, autant que possible, guider l'action du législateur de même qu'inspirer celle du juge, mais leur expérience professionnelle leur a aussi enseigné que, bonne conseillère, l'équité pouvait parfois se révéler, notamment pour les tribunaux, une mauvaise maîtresse. Quant au terme « droit transitoire », il évoque pour bien des juristes une branche du droit qui allie technicité, flou et ésotérisme, un domaine en tout cas qui, de prime abord, n'a que des liens ténus avec la notion d'équité.

Et pourtant, les principes qui gouvernent l'application de la loi dans le temps autant que les décisions particulières du législateur ou du juge dans ce domaine sont, la plupart du temps, inspirés par des considérations qui font une large place à l'équité. Que vaudrait, par exemple, le principe de la non-rétroactivité de la loi s'il ne reposait pas sur l'idée qu'il est fondamen-

talement inéquitable que l'action d'une personne soit jugée à l'aune d'une norme non encore en vigueur ni même, dans certains cas, non encore susceptible d'être connue ?

L'équité a certes droit de cité dans toute discussion de droit transitoire, que ce soit au Parlement ou au prétoire, mais le législateur et le juge ne sont pas, face aux questions d'équité, dans une situation analogue. En principe, il revient au Parlement de déterminer le champ d'application temporelle des lois qu'il adopte, en tenant compte notamment de considérations d'équité. Il s'en faut toutefois que le choix de la solution que réclame l'équité soit toujours dénué de controverses ; plusieurs conceptions de la solution équitable peuvent en effet s'affronter. Dans notre régime politique, c'est d'abord au Parlement de trancher ces controverses, et si la loi contient une disposition transitoire claire qui exprime ce choix, le juge ne devrait pas pouvoir écarter cette solution

* Professeur émérite, Faculté de droit, Université de Montréal et avocat-conseil, Bélanger Sauvé, Montréal.

parce qu'il estime qu'elle blesse l'équité.

Tout ceci pourrait paraître de la plus profonde banalité si la Cour suprême du Canada n'avait décidé, il y a quelques mois¹, d'ignorer une disposition transitoire à mon avis absolument claire pour substituer sa propre solution d'une question d'application de la loi dans le temps à celle choisie par le Parlement québécois. La juge Deschamps, dissidente, ne s'y est pas trompée lorsqu'en conclusion, elle écrit, à l'intention semble-t-il de ses collègues de la majorité (par. 69) :

Le législateur est libre d'énoncer dans ses lois des dispositions qui peuvent paraître dures. Il n'appartient pas aux tribunaux de s'immiscer dans le processus législatif.

S'il ne s'agissait d'un arrêt de la Cour suprême, on pourrait être tenté de l'ignorer en le rangeant parmi les « cas d'espèce » ou les « jugements d'équité », confiant qu'il sera un jour l'objet d'un « distinguishing » plus ou moins artificiel. Mais quand la Cour suprême parle, les juristes écoutent. Ce que l'on risque de retenir de l'arrêt, c'est qu'une disposition transitoire québécoise qui déclare qu'une loi nouvelle s'applique à une « situation juridique en cours » ne rend pas la loi en question applicable à une situation d'origine contractuelle qui est en cours d'effets. Cette conclusion, que l'on pourrait à bon droit

déduire des motifs de la majorité, est difficilement soutenable compte tenu de la notion de situation juridique en cours reçue au Québec. Pour cette seule raison, l'arrêt m'a semblé justifier un commentaire.

1. La décision

Une loi qui modifie le régime d'un prêt étudiant s'applique-t-elle à l'égard d'un prêt en cours ? Voilà, exprimée, le plus généralement possible, la question dont était saisie la Cour suprême dans cette affaire.

Au moment du litige, le régime général des prêts étudiants au Québec est défini par voie législative² et réglementaire³. Les textes envisagent deux phases distinctes. Dans la phase qu'on peut qualifier d'administrative, l'étudiant sollicite le prêt, sa demande est étudiée par l'Administration et, s'il est admissible, le ministre lui délivre un certificat de prêt. Avec ce document, l'étudiant se rend, s'il le souhaite, dans une institution financière et commence alors la seconde phase que l'on peut qualifier de contractuelle.

Le certificat de prêt contient en effet le formulaire d'un contrat, formulaire que les parties n'ont qu'à compléter (en ajoutant des détails tels que la date) et à signer. Rien dans ce contrat n'est abandonné à la libre négociation des parties ; tout est prédéterminé par voie administrative, législative ou réglementaire. Le contrat déclare

1. *Dikranian c. Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 73, [2005] 3 R.C.S. 530.

2. *Loi sur l'aide financière aux étudiants*, L.R.Q., c. A-13.3 (la LAFE).

3. *Règlement sur l'aide financière aux étudiants*, R.R.Q., c. A-13.3, r.1 (le Règlement).

qu'il intervient conformément à la Loi et au Règlement et prévoit notamment (art. 5) que l'étudiant est exempté du paiement de l'intérêt pendant la période définie à l'article 23 de la LAFE. Les termes de l'article 23 sont d'ailleurs reproduits dans le contrat. Pendant cette période d'exemption, c'est l'État qui assume le paiement de l'intérêt.

Dans l'arrêt *Dikranian*, la période d'exemption en vigueur au moment où l'étudiant a contracté son prêt a été modifiée à deux reprises alors qu'il était toujours aux études et par conséquent soustrait à l'obligation de rembourser le capital et de payer l'intérêt. Dans les deux cas, les modifications avaient pour effet de raccourcir la période d'exemption à laquelle Dikranian pouvait prétendre au moment de la formation du contrat. La loi entrée en vigueur en 1997, qui a apporté la première modification à l'article 23 de la LAFE, ne comportait pas de disposition transitoire⁴ tandis que la seconde loi, entrée en vigueur en 1998 et modifiant à nouveau l'article 23, contenait la disposition suivante :

Les autres dispositions de la présente loi ainsi que les premiers règlements pris pour leur application sont applicables aux situations juridiques en cours lors de leur entrée en vigueur⁵.

Au terme des études de Dikranian, l'institution financière

lui a imputé des intérêts en application des règles relatives à la période d'exemption prévues dans l'article 23 LAFE alors en vigueur, plutôt qu'en application des règles qui étaient en vigueur au moment de la formation du contrat de prêt et qui correspondaient au texte de l'art. 23 reproduit dans le contrat. Dikranian a contesté l'application de la loi nouvelle et réclamé la survie des règles relatives à la période d'exemption qui étaient en vigueur au moment de la formation de son contrat avec l'institution financière. Il a été autorisé à intenter un recours collectif en son propre nom et au nom d'un groupe d'étudiants. Rejeté en Cour supérieure et par la majorité en Cour d'appel (le juge Rothman fut dissident), le recours a été accueilli à la Cour suprême, avec la dissidence de la juge Deschamps. Les motifs de la majorité sont du juge Bastarache et y souscrivent les juges McLachlin, Binnie, LeBel, Abella et Charron. La Cour a statué que les étudiants dont le contrat de prêt était en cours lors de l'entrée en vigueur de chacune des modifications jouissaient de droits acquis à l'encontre de celles-ci et pouvaient revendiquer l'application des règles en vigueur au moment de la formation du contrat de prêt.

2. Commentaires

La Cour avait affaire ici à deux problèmes de droit transitoire absolument distincts. L'article 23

4. *Loi modifiant la Loi sur l'aide financière aux étudiants et la Loi sur les collèges d'enseignement général et professionnel*, L.Q. 1996, c. 79.

5. *Loi modifiant la Loi sur l'aide financière aux étudiants*, L.Q. 1997, c. 90, a. 13. Soulignements ajoutés.

LAFE avait subi deux modifications, l'une en 1996, entrée en vigueur en 1997 (la « Loi de 1997 »), et l'autre, en 1997, entrée en vigueur en 1998 (la « Loi de 1998 »). La Loi de 1997 ne comportant pas de disposition transitoire, une analyse faisant appel à la présomption du maintien des droits acquis s'imposait. Par contre, pour la Loi de 1998, la solution dépendait de l'interprétation de la disposition transitoire prévoyant que certaines de ses dispositions « sont applicables aux situations juridiques en cours ». Pour cette seconde modification, l'analyse en termes de droits acquis n'était ni nécessaire, ni même indiquée ; seule l'interprétation de la disposition transitoire était pertinente.

Curieusement, la Cour n'a pas estimé utile d'examiner de façon absolument distincte l'effet temporel des deux lois nouvelles. La majorité, après avoir statué que le contrat avait fait naître des droits acquis, a jugé que ces droits n'avaient été écartés ni par la Loi de 1997, ni par celle de 1998. Pour ce qui est de la Loi de 1997, elle ne comportait pas de disposition transitoire, donc la présomption du maintien des droits acquis s'appliquait ; quant à la Loi de 1998, la majorité a estimé que la disposition transitoire était ambiguë, n'exprimant pas clairement la volonté législative d'écarter les droits acquis nés en raison du contrat.

C'est sur l'interprétation de la disposition transitoire que la juge Deschamps s'est déclarée dissidente : le contrat de Dikranian étant un contrat en cours au

moment où la Loi de 1998 est entrée en vigueur, la disposition transitoire portant que la modification à l'article 23 LAFE s'appliquait aux situations juridiques en cours donnait nettement un effet immédiat à la loi nouvelle. La survie de la loi du jour du contrat était donc écartée. Dans le cas de Dikranian, l'application de la modification de 1998 rendait théorique la question de l'application de la Loi de 1997.

En ce qui concerne la modification de 1997, l'approche retenue par la majorité me semble juste, de façon générale, et la conclusion à laquelle elle arrive me paraît inattaquable. Par contre, en ce qui concerne la disposition transitoire de la Loi de 1998, la majorité en a donné une interprétation très discutable. À mon avis, la juge Deschamps, rejoignant en cela l'opinion des juges Forget et Beauregard de la Cour d'appel, a donné à l'expression « situation juridique en cours » la seule signification qu'elle peut avoir en droit transitoire québécois.

Pour commenter plus ample-ment l'opinion de la majorité, il convient de traiter de la modification de 1997 et de la présomption du maintien des droits acquis (1) puis de la notion de situation juridique en cours, déterminante en ce qui concerne la modification de 1998 (2).

2.1 La modification de 1997 et les droits acquis

En ce qui concerne la modification de 1997, qui ne comportait pas de disposition transitoire, les

principaux éléments du raisonnement de la Cour sont les suivants : 1. l'analyse des relations juridiques entre les intervenants révèle que le contrat entre l'étudiant et l'institution financière est un contrat privé, auquel le ministre n'est pas partie (par. 4) ; 2. la question qui se pose est celle de savoir si le législateur québécois peut modifier des rapports de droit privé entre l'étudiant et l'institution financière et, dans l'affirmative, si la modification de 1997 satisfait aux conditions requises pour que cela soit le cas (par. 5) ; 3. la solution relève de l'application du principe du maintien des droits acquis (par. 30-36) ; 4. le contrat a fait naître, au profit de l'étudiant, des droits acquis à la période d'exemption prévue dans la loi ancienne (par. 41-42) ; 5. rien dans la modification de 1997 ne permet de conclure que la présomption du maintien des droits acquis est écartée (par. 43-44).

On retiendra d'abord de cette partie du jugement, qui me paraît dans l'ensemble bien fondée, la réitération par la Cour de la distinction entre la question de la rétroactivité et celle des droits acquis (par. 30-31). Une loi qui modifie pour l'avenir seulement des rapports juridiques ne devrait pas être considérée comme rétroactive ; elle a plutôt un effet immédiat⁶. La question de savoir s'il faut ou non donner à la loi nouvelle

un effet immédiat est le plus souvent analysée en droit canadien à partir de la présomption du maintien des droits acquis.

Deuxièmement, la Cour reconnaît, à bon droit, qu'un contrat peut donner naissance instantanément à des droits acquis : il n'est pas nécessaire que les droits prévus par le contrat ou les droits que sa formation a fait naître aient été exercés, ou que leur exercice ait commencé (par. 41-43).

Ce qui semble discutable, sur cette question des droits acquis, c'est la qualification donnée par la Cour aux relations qui se tissent à l'occasion d'un prêt étudiant. Le régime de ces prêts met en scène plusieurs intervenants : l'État qui assume les coûts publics du régime ; le Parlement québécois qui adopte la LAFE ; le Gouvernement qui édicte le règlement d'application ; le ministre et l'Administration qui voient à la mise en œuvre du régime ; l'étudiant qui sollicite le prêt ; l'institution financière choisie par l'étudiant pour avancer l'argent.

En contexte de droit transitoire, pour l'application du principe du maintien des droits acquis, il est important de cerner la nature des relations entre les intervenants. Plus précisément, il est important d'identifier la source du droit dont on prétend qu'il est

6. Puisque l'effet d'une telle loi est de modifier pour l'avenir seulement les conséquences du fait passé que constitue la conclusion du contrat, la juge Deschamps, au paragraphe 68, qualifie avec raison d'effet rétrospectif l'effet de la loi nouvelle à l'égard du contrat de prêt en cours. L'effet rétrospectif est une modalité de l'effet immédiat.

acquis. S'il s'agit de droits que les parties à un contrat se sont consentis mutuellement et qui résultent de leur libre négociation, ils mériteraient davantage protection qu'un droit qui ne trouverait sa source que dans l'action du législateur. Ce que le Parlement a donné, on peut admettre qu'il puisse le retirer ; par contre, on estimera que le Parlement ne devrait pas compromettre l'exercice de droits contractuels librement convenus entre deux parties⁷.

Quelle était en l'instance la source des règles relatives au droit à l'exemption : le contrat ou la loi ? La Cour juge que c'est le contrat, un contrat qu'elle qualifie plusieurs fois de contrat privé « Le certificat (de prêt) est [...] suivi d'un contrat privé entre l'institution financière et l'étudiant. Bien que le gouvernement dicte certaines modalités du contrat en les incorporant au certificat qu'il délivre, il n'est pas partie au contrat. » (par. 4) Cette qualification conduit la Cour à poser le problème qui lui est soumis dans les termes suivants : « La question de fond est de savoir si l'Assemblée nationale peut modifier les rapports de droit privé entre l'institution financière et l'étudiant et, dans l'affirmative, si les modifications législatives de 1997 et de 1998 satisfont aux conditions aux-

quelles il est permis de le faire. » (par. 5)

La Cour situe donc la source du droit à l'exemption dans le contrat, contrat qu'elle qualifie de contrat privé. Or, le contrat de prêt étudiant est encadré par la LAFE et ses termes sont presque tous prescrits par la loi ou par l'Administration au moyen du formulaire que constitue le certificat de prêt. En ce qui concerne plus particulièrement la période d'exemption qui est au cœur du litige, le contrat signé par l'appelant le 15 novembre 1996 comportait la clause suivante :

[5] The student is exempt from payment of interest on the principal loaned by the financial institution under the Act respecting financial assistance for students, for the exemption period defined in section 23 of the Act, which is cited in clause 10 of this contract. (soulignements ajoutés)

Cette disposition semblerait reconnaître que la période d'exemption est définie par voie législative et non contractuelle, la convention se bornant à « citer », pour mémoire semble-t-elle suggérer, la disposition pertinente de la LAFE⁸. En outre, c'est le ministre qui assumera le paiement de l'intérêt pendant la période d'exemption (art. 24 LAFE).

7. Sur l'importance d'identifier la source de la règle (contractuelle ou légale) dont on cherche à assurer la survie par un argument de droits acquis, on verra les notes du juge Crockett dans *Board of Trustees of the Acme Village School District c. Steele-Smith*, [1933] R.C.S. 47, 59-60.

8. L'affirmation du par. 51 que l'article 23 LAFE a été « inséré dans un contrat privé » est inconciliable avec le texte du contrat qui se limite à « citer » l'article, sans plus et à l'indiquer comme source de la règle sur la durée de la période d'exemption.

Au plan rhétorique, il pouvait être habile de présenter la situation en termes d'intrusion du Parlement québécois dans des rapports de droit privé, mais au plan juridique, non seulement cette qualification est-elle discutable, mais elle n'était pas nécessaire. La thèse des droits acquis pouvait fort bien être soutenue même si la source des règles relatives à la période d'exemption était légale plutôt que contractuelle. Par la signature du contrat, l'étudiant a manifesté sa volonté de se prévaloir du programme de prêts, qui prévoyait par voie législative aussi bien le principe de la période d'exemption (art. 24 LAFE) que la durée de celle-ci (art. 23 LAFE). Cela était amplement suffisant pour fonder la conclusion que, par la formation du contrat, Dikranian avait posé un geste susceptible de faire naître à son profit des droits acquis à la survie de la version antérieure de l'article 23.

2.2 La modification de 1998 et la notion de situation juridique en cours

Rappelons que la modification apportée en 1998 à l'article 23 LAFE était, en vertu d'une disposition transitoire, applicable « aux situations juridiques en cours » lors de son entrée en vigueur le 1^{er} mai 1998⁹. La majorité a statué que cette disposition, correctement interprétée, n'avait pas pour effet d'assujettir à la loi nouvelle les contrats de prêt en cours à cette date. La juge Deschamps a au contraire estimé que la disposition

transitoire donnait à la loi nouvelle un effet immédiat, plus particulièrement un effet rétroactif, et la rendait donc applicable aux contrats en cours.

Le point de vue de la juge Deschamps me semble nettement préférable. Celui de la majorité, outre qu'il se concilie mal avec le texte de la loi, s'appuie sur une conception de l'équité qui, en toute déférence, n'est pas celle qu'avait retenue le Parlement. Pour conclure qu'une loi que le législateur déclare applicable aux situations juridiques en cours ne s'appliquera pas à une situation juridique contractuelle en cours, il faut de bons arguments. Ceux qui sont mis de l'avant par la Cour ne résistent pas à l'analyse. La façon même dont la Cour a abordé la question est discutable.

Sauf quelques rares règles d'ordre constitutionnel, l'application de la loi dans le temps dépend entièrement d'un choix qui relève du Parlement. Si la loi est silencieuse, il est normal de rechercher la volonté législative à l'aide de principes tels celui du maintien des droits acquis. Si, par contre, la loi contient une disposition transitoire, la solution doit se trouver dans la juste interprétation de cette disposition. La méthode suivie par la majorité pour résoudre le problème posé par l'application de la modification de 1998 s'écarte de ces principes puisque la Cour, en traitant ensemble les modifications de 1997 et de 1998, a soumis l'examen de la modification de 1998 à un mode d'analyse incompatible avec le fait

9. *Loi modifiant la Loi sur l'aide financière aux étudiants*, L.Q. 1997, c. 90, art. 13.

qu'elle comportait une disposition transitoire.

L'approche retenue par la Cour la conduit, après avoir affirmé que Dikranian jouissait de droits acquis, à se demander si la disposition transitoire de la loi de 1998 était suffisamment claire pour écarter ces droits (par. 46) et elle conclut que ce n'était pas le cas. Cette façon de procéder a eu pour effet d'imposer au Gouvernement le fardeau de démontrer que la disposition transitoire écartait clairement les droits acquis de Dikranian, alors que c'était plutôt, à mon avis, à Dikranian de démontrer comment on pouvait justifier de ne pas considérer un contrat de prêt en cours comme une situation juridique en cours au sens de la disposition transitoire. Doit-on préciser que ce renversement de perspective et de fardeau de conviction a eu pour effet de faciliter la justification de la conclusion à laquelle la majorité souhaitait parvenir ?

« La question [était] donc de savoir ce que signifient les mots « situations juridiques en cours » » (par. 45). Au soutien de la conclusion que ces mots ne visent pas les contrats en cours le 1^{er} mai 1998, la majorité développe une argumentation en trois volets. Premièrement, la Cour estime que le texte de la disposition transitoire ne manifeste pas clairement l'intention législative de modifier ces contrats (par. 46). Le texte renfermerait une « ambiguïté » (par. 50), car il ne vise pas nommément les contrats en cours ou les situa-

tions contractuelles en cours (par. 48).

L'argument de l'ambiguïté de la disposition transitoire ne convainc pas. Les termes « situation juridique » ont une portée générale, étant utilisés dans la pratique législative québécoise pour désigner toute situation juridique, qu'elle soit ou non de source contractuelle. Pour choisir un exemple dans la loi où la Cour elle-même a puisé, il est absolument clair que lorsque l'article 2 de la *Loi sur l'application de la réforme du Code civil*¹⁰ énonce le principe de la non-rétroactivité du droit nouveau, il emploie les termes « situation juridique » dans un sens tout à fait général, qui englobe aussi bien les situations juridiques de source contractuelle que celles qui naissent de la loi seule.

Le contrat de prêt entre Dikranian et la Banque royale du Canada était en cours le 1^{er} mai 1998, date de l'entrée en vigueur de la modification de 1998. Ce contrat avait fait naître les situations juridiques de prêteur et d'emprunteur et ces situations étaient en cours d'effets au moment de l'entrée en vigueur. Elles constituaient indubitablement des situations juridiques en cours au sens de la disposition transitoire.

Le rédacteur aurait commis une erreur s'il avait écrit que la modification de 1998 s'appliquait aux « situations juridiques contractuelles en cours », comme semble le suggérer la Cour. Ainsi qu'on l'a

10. L.Q. 1992, c. 57.

montré plus haut, le régime des prêts étudiants comporte deux phases distinctes : la phase administrative et la phase contractuelle. La première commence au moment de la demande de prêt et se termine soit à la signature du contrat de prêt, soit à l'expiration du délai imparti pour le conclure. La seconde dure ce que dure le contrat. Une simple demande adressée à l'Administration est susceptible de faire naître des droits acquis si le rôle de l'Administration consiste simplement à vérifier la conformité d'une demande avec les exigences légales applicables¹¹. Le rédacteur ne pouvait pas l'ignorer et s'il voulait que la loi nouvelle s'applique à toutes les situations en cours, celles constituées par le dépôt de la demande de prêt aussi bien que celles nées en raison du contrat de prêt, il devait rédiger un texte de portée générale et non un texte limité aux seules situations contractuelles.

La Cour met de l'avant un deuxième argument. Dans la *Loi sur l'application de la réforme du code civil*¹², le législateur a utilisé, à l'article 3, l'expression « situations juridiques en cours » et à l'article 4, l'expression « situations juridiques contractuelles en cours ». La Cour en déduit ceci : « Il est [...] significatif de noter que les deux expressions sont utilisées par le législateur québécois et doivent par conséquent se rapporter à des réalités différentes » (par. 48).

Cet argument repose, à mon avis et en tout respect, sur un para-

logisme. L'expression « situation juridique en cours » est générique et l'expression « situation juridique contractuelle en cours » est spécifique. Autrement dit, la « situation juridique contractuelle en cours » est une sorte de « situation juridique en cours ». Ces deux expressions sont donc effectivement différentes, comme la Cour le fait observer, car elles font référence à deux concepts différents, mais on ne peut pas logiquement en déduire qu'une situation juridique contractuelle en cours n'est pas une « situation juridique contractuelle en cours ». C'est une espèce de situation juridique en cours. Le raisonnement de la Cour est analogue à celui qui consisterait à dire que les mots « insecte » et « papillon » étant des mots différents, ils font référence à des réalités différentes, et donc le papillon n'est pas un insecte.

Troisièmement, puisqu'il faut bien donner quelque effet à la disposition transitoire, la Cour estime que seules étaient visées par l'expression « situations juridiques en cours » les situations dans lesquelles l'étudiant avait reçu son certificat de prêt mais n'y avait pas encore donné suite en contractant un prêt auprès d'une institution financière (par. 47). Sur ce point, je trouve convaincant l'avis de la juge Deschamps qu'il est peu vraisemblable que l'on ait adopté une disposition transitoire pour régir un nombre aussi limité de cas (par. 67). D'ailleurs, il eût été facile, si c'était là l'intention législative, de l'exprimer simplement en

11. Voir les autorités citées dans Pierre-André CÔTÉ, *Interprétation des lois*, 3^e éd. Montréal, Thémis, 1999, pp. 206-207.

12. L.Q. 1992, c. 57.

déclarant que, sous réserve des contrats de prêt en cours, la loi nouvelle avait un effet immédiat.

Pourquoi alors, compte tenu de ce qui précède, la Cour a-t-elle jugé approprié d'accueillir le pourvoi ? Une seule explication, à mon avis : cette décision semble toute inspirée par des préoccupations d'équité¹³. Cela paraît particulièrement évident au paragraphe 52 de l'arrêt. La décision correspond d'ailleurs parfaitement à la définition du jugement d'équité : « Décision de justice dans laquelle le tribunal, pour des raisons d'équité, s'écarte de l'application normale de la loi parce que celle-ci serait trop rigoureuse en l'espèce »¹⁴.

On ne conteste pas qu'on puisse avoir raison de juger inéquitable que le législateur donne à une loi nouvelle des effets qui vont tromper les attentes formées par des étudiants sur le fondement du contenu de la LAFE telle qu'elle existait au moment de la formation du contrat de prêt. Cela est d'autant plus troublant que le texte de l'article 23 de la LAFE, dans sa version ancienne, était cité dans le contrat, donc porté à la connaissance de l'étudiant et susceptible de faire naître chez lui des attentes qui méritaient considération. La fin des études est, pour beaucoup, une période particulièrement précaire au plan financier et toute remise en question à ce moment

des prévisions de dépenses peut causer à certains un préjudice sérieux.

Cela dit, le procureur général (par. 52) a fait valoir, avec raison me semble-t-il, que l'équité militait aussi en faveur d'une application uniforme de la loi nouvelle en matière de période d'exemption : n'était-il pas équitable que tous les étudiants terminant leurs études à un moment donné, et disposant donc théoriquement de ressources financières équivalentes, soient soumis à la même règle en matière de paiement des intérêts, quelle qu'ait été la teneur de l'article 23 LAFE au moment de la formation de leur contrat de prêt ?

Finalement, s'affrontaient ici deux conceptions absolument légitimes de l'équité. Sans doute que, compte tenu de ses conséquences, le choix de donner ou non à la loi nouvelle un effet sur les contrats de prêt en cours a fait l'objet de discussion au plus haut niveau politique avant d'être soumis à l'Assemblée nationale. Dans un cas semblable, le juge ne devait-il pas s'incliner devant la conception de l'équité que le Gouvernement et le Parlement ont clairement voulu favoriser ?

Conclusion

Cet arrêt me semble poser problème à deux égards surtout. Il soulève d'abord la question des

13. La juge Deschamps suggère effectivement, dans le passage du par. 69 cité plus haut, que la majorité, en raison de la dureté des dispositions de la loi, a choisi de « s'immiscer dans le processus législatif ».

14. Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec, *Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues*, 2^e éd., Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 1991, p. 324.

limites du pouvoir d'interprétation du juge. La Cour a plusieurs fois affirmé que l'objectif principal sinon unique de l'interprétation était la recherche de l'intention du législateur¹⁵. Cette préoccupation ne paraît pas être celle qui a d'abord guidé la majorité dans l'arrêt *Dikranian*. Cela est d'autant plus regrettable que c'est bien au Parlement et non aux tribunaux de prendre les décisions relatives à l'emploi des deniers publics. Lorsque ces décisions, prises démocratiquement, sont inscrites dans des textes clairs et se justifient selon une certaine conception de l'équité, on s'attendrait à ce que les tribunaux ne les remettent pas en question.

Deuxièmement, sur un plan plus technique, l'arrêt *Dikranian* lance un pavé dans la mare de la rédaction législative au Québec, où

il est susceptible d'avoir des effets perturbateurs. Jusqu'à maintenant, il était entendu que l'expression « situation juridique en cours » désignait toute situation juridique en cours, que sa source soit contractuelle ou extra-contractuelle. Il est à craindre que les légistes ne soient tentés, à l'avenir, d'éviter toute controverse en employant des formules du genre « La présente loi s'applique aux situations juridiques en cours, y compris les situations contractuelles ». Souhaitons, pour la qualité technique du droit transitoire québécois, qu'ils sauront résister à cette tentation et que le « cas *Dikranian* » sera, dans l'avenir, pris pour ce qu'il est, c'est-à-dire un cas d'espèce qui ne devrait pas ébranler les bases conceptuelles du droit québécois relatif à l'application de la loi dans le temps.

15. Voir, par exemple : *R. c. Jarvis*, [2002] 3 R.C.S. 757, par. 77.

PREUVE PÉNALE

Pierre L. Bienvenue*

L'affaire *Boucher* : a-t-on besoin d'autres tuyaux ?

Introduction

Le 2 décembre 2005, la Cour suprême du Canada prononçait un arrêt des plus importants – et aussi très divisé, avec une majorité de 5 juges contre 4 – en matière de « preuve contraire » pour réfuter les présomptions (aux alinéas 258 (1) c), d.1) et g) du Code criminel) attachées par le législateur au certificat d'analyse des échantillons d'haleine d'une personne accusée de conduite avec plus de 80 mg d'alcool par 100 ml de sang.

Plutôt que de clarifier l'état du droit sur les importantes questions juridiques qu'il a abordées et tranchées, l'arrêt semble avoir suscité une certaine confusion, pour ne pas dire une confusion certaine, chez beaucoup de praticiens en cette matière et de juges, dont le soussigné a reçu plusieurs échos. La nature de notre travail de recherche et de réflexions juridiques nous en facilitant l'analyse, nous avons entrepris d'apporter notre modeste contribution pour jeter un éclairage approfondi sur ces questions, tout en présentant un bilan des suites jurisprudentielles à cet arrêt à jour au 27 avril 2006.

Fidèle à la méthode d'analyse des tribunaux d'appel dans leurs jugements, nous relaterons d'abord les faits mis en preuve puis les décisions des instances inférieures, avant d'aborder successivement les opinions majoritaire et minoritaire en Cour suprême du Canada. Dans le compte-rendu de l'opinion majoritaire, nous discuterons séparément des trois principaux volets traités dans celle-ci : 1) le test de l'arrêt *W. (D.)*, 2) les éléments susceptibles de constituer une « preuve contraire » et 3) l'appréciation de la crédibilité de l'accusé. Puis nous ferons ressortir les principaux enseignements de l'arrêt, tout en retraçant l'important contexte jurisprudentiel qui aide à comprendre les points de vue et divergences des deux partis opposés parmi les juges de la Cour. Finalement, nous verrons comment les tribunaux supérieurs (pour la plupart) ont interprété et appliqué l'arrêt, avant de conclure sur son apport et ses lacunes apparentes.

A) *Les faits mis en preuve*

L'intimé Éric Boucher avait été accusé sous les deux chefs habituels de conduite avec facultés

* Substitut du Procureur général assigné aux dossiers en appel à Québec. Les positions exprimées dans le présent article n'engagent que leur auteur.

affaiblies (art. 253 a) et 255 C.cr.) et de conduite avec plus de 80 mg d'alcool par 100 ml de sang (art. 253 b) et 255 C.cr.). Les alcootests avaient révélé des taux respectifs de 93 et de 92 milligrammes d'alcool par 100 millilitres de sang de l'intimé. Intercepté à un barrage routier, ce dernier n'avait manifesté qu'un seul symptôme d'affaiblissement de ses facultés, soit une odeur d'alcool : ce qui lui valut un acquittement sur le premier chef d'accusation, par la juge de la Cour municipale de Montréal saisie de l'affaire.

Quant au second chef, la preuve de la poursuite consista dans le témoignage des policiers sur les circonstances de l'interception et de l'arrestation, de même que dans la production des certificats d'analyste sur les prélèvements d'échantillons d'haleine et leurs résultats. L'intimé vint alors à son tour témoigner sur sa conduite et pour établir son « scénario de consommation » d'alcool, en termes d'heures, de quantité ingurgitée et de rythme de consommation. Puis il fit entendre un expert chimiste qui déclara se fonder sur ce scénario et les coordonnées physiques de l'intimé (son poids, sa taille et son âge) pour conclure que son alcoolémie devait être, au pire, de 60 mg par 100 ml au moment de l'interception¹.

L'expert a également soumis l'opinion qu'aux taux révélés par les alcootests, l'intimé aurait dû

afficher plus de symptômes physiques que le seul révélé par la preuve. Il expliqua également les taux d'alcool fournis par les alcootests, par le délai d'absorption plus ou moins long des dernières consommations, jusqu'à l'atteinte d'un « plateau » (*ibid.*).

B) Les décisions des instances inférieures

En première instance, la juge de la Cour municipale (M^{me} Louise Baribeau) n'a pas cru l'intimé, en raison de contradictions dans son témoignage sur son choix d'un parcours inhabituel, sur sa réaction aux résultats des alcootests, sur ses heures et son rythme de consommation. Elle a aussi retenu l'invraisemblance de son affirmation voulant qu'il n'ait pas vu le barrage routier².

La juge a conclu à l'absence de preuve contraire, en considérant que « la preuve d'expertise n'a aucune valeur probante puisqu'elle était fondée sur les données fournies par l'accusé », qu'elle n'a pas cru. Les présomptions d'identité, aux alinéas 258 (1) c) et d.1), et d'exactitude, à l'alinéa 258 (1)g), n'étant pas réfutées, elle a déclaré l'intimé coupable sur le deuxième chef d'accusation³.

Saisi de l'appel de sa condamnation par l'accusé en Cour supérieure, l'honorable juge Kevin Downs procède à un long résumé des faits mis en preuve, avant d'énoncer une brève *ratio decidendi*. Ainsi, il se limite à citer

1. Voir la décision en Cour supérieure, rapportée à 2001 II Jcan 10182, au par.18.

2. Voir la décision en Cour d'appel, [2004] R.J.Q. 423, au par. 35.

3. Voir les par. 36 et 37 de la décision en Cour d'appel.

deux arrêts de la Cour d'appel sur le principe que la preuve contraire n'a pas à convaincre, elle ne nécessite pas une détermination que l'accusé dit vrai. Le juge Downs accueille l'appel et acquitte l'accusé, au motif que même si son témoignage n'a pas été cru, le seul symptôme d'odeur d'alcool et le témoignage de l'expert sur l'hypothèse d'une consommation plus élevée fondaient un doute raisonnable en l'espèce⁴.

Le ministère public porta à son tour la décision en appel devant la Cour d'appel, invoquant une erreur de droit du juge de la Cour supérieure, quand il s'est appuyé sur l'opinion du témoin expert malgré qu'elle se soit fondée sur une preuve jugée non crédible⁵. La Cour s'est divisée selon une majorité de 2 juges contre 1 : les juges Beauregard et Rothman rejetant l'appel, tandis que le juge Forget l'aurait accueilli.

Rédigeant l'une des deux opinions majoritaires, l'honorable juge Rothman identifie la question centrale comme relevant de la nature de la « preuve contraire » – au sens de l'alinéa 258 (1)c – pour réfuter la présomption d'*exactitude*

du certificat d'analyse du taux d'alcool⁶. Il endosse totalement les considérations et conclusions de la Cour supérieure⁷, en s'arrêtant davantage sur la jurisprudence, principalement les arrêts *R. c. Dubois*⁸ et *R. c. W. (D.)*⁹. Il conclut à une erreur de droit commise par la première juge sur la norme de preuve associée à la « preuve contraire »¹⁰. Il retient que même non cru, le témoignage de l'appelant suscitait un doute raisonnable quand on le joute à l'opinion de l'expert, à la quasi absence de symptômes et aux taux d'alcool relativement faibles au certificat d'analyse¹¹.

Dissident, l'honorable juge Forget relate au long les motifs de la première juge¹², puis ceux de la Cour supérieure¹³. Il s'appuie sur trois décisions de cours d'appel pour écarter le témoignage de l'expert, fondé sur celui non cru de l'accusé¹⁴. Puis il s'appuie sur l'arrêt *Latour*¹⁵ pour écarter aussi « la faiblesse des symptômes de l'alcool chez l'accusé »¹⁶. Le fait de ne pas croire le témoignage de ce dernier ne laissait subsister aucun élément de preuve pouvant soulever un doute raisonnable : les présomptions édictées par le Code

4. Voir les paragraphes 20 à 24 de sa décision précitée.

5. Voir le par. 8 de la décision de la Cour d'appel.

6. Voir le par. 5 de la décision.

7. Voir notamment les par. 18, 27 et 28 de son opinion.

8. [1990] 62 C.C.C. (3^e) 90 (C.A.Qué.).

9. [1991] 1 R.C.S. 742, 757.

10. Au par. 27.

11. Au par. 28.

12. Aux par. 35 à 37 de son opinion.

13. Aux par. 38, 39, 46 et 47.

14. Aux par. 48 à 50.

15. (1997) 116 C.C.C. (3^e) 279, C.A.Ont.

16. Au par. 51.

criminel n'ont donc pas été contrées¹⁷.

C) *L'opinion majoritaire en Cour suprême du Canada*

Se prévalant de son droit d'appel de plein droit, en raison de la dissidence du juge Forget, le ministère public s'est à nouveau porté appelant, devant la Cour suprême du Canada. Le banc de 9 juges de cette cour se révéla on ne peut plus divisée sur l'affaire : car même si tous étaient d'avis d'accueillir l'appel, quatre d'entre eux auraient ordonné un nouveau procès. Il s'adonna que deux juges de nomination relativement récente rédigèrent les opinions majoritaire et minoritaire, soit respectivement l'honorable juge Deschamps et l'honorable juge Charon.

La juge Deschamps reprend sensiblement la même question en litige que la Cour d'appel avant elle : quelle est la nature de la preuve contraire pouvant réfuter la présomption d'exactitude prescrite à l'al. 258 (1)g) du Code criminel ?¹⁸ Puis elle rappelle trois des présomptions inscrites au par. 1 de cet article : soit les deux présomptions d'identité des taux d'alcoolémie – entre le moment des alcootests et celui de la conduite ou de la garde de l'automobile, cf. les al. 258 (1) c) et d.1) – et la

présomption d'exactitude de la mesure de l'alcoolémie par les alcootests, cf. l'al. 258 (1) g)¹⁹.

La juge rappelle aussi que la « preuve contraire » explicitement prévue par l'al. 258 (1) c), et celle découlant du par. 25 (1) de la *Loi d'interprétation* pour l'al. 258 (1) g), n'exigent qu'un doute raisonnable soulevé par la défense ou dans la preuve du ministère public. Toutefois, la preuve *prima facie* établie par les présomptions impose un fardeau de présentation – non de persuasion – à l'accusé²⁰.

L'objet de la preuve contraire que ce dernier doit présenter varie selon la présomption à laquelle il s'attaque. Dans le cas de la présomption d'identité, il présentera une preuve « tendant à montrer » que son alcoolémie était de moins de 80 mg au moment de l'infraction, sans attaquer l'exactitude des résultats de l'alcootest : le ministère public devra en ce cas compléter sa preuve par une preuve additionnelle²¹. Si l'accusé s'en prend plutôt à la présomption d'exactitude, sa preuve « doit tendre à montrer » que les résultats de l'alcootest indiqués au certificat sont inexacts²².

En l'espèce, la thèse de la défense attaquait la présomption d'exactitude, en prétendant

17. Au par. 52.

18. Au par. 1 du jugement.

19. Au par. 14 du jugement.

20. Aux par. 14 à 17 du jugement.

21. Voir les par. 20 et 22.

22. *Ibid.*, par. 21.

soulever un doute raisonnable sur l'exactitude des résultats de l'alcootest²³.

i) *Le test de l'arrêt R. c. W.(D.)*

Pris littéralement, le début du paragraphe 29²⁴ laisse entendre que ce genre de contestation ne met pas en application l'arrêt *W. (D.)* précité. Toutefois, la suite du paragraphe conclut plutôt qu'il convient de l'appliquer sans rigueur aux jugements oraux rendus quotidiennement par les juges seuls. L'opinion de la majorité l'illustre en invoquant une conclusion implicite de la première juge sur la deuxième étape du test de *W. (D.)*²⁵. Quant à la troisième, la majorité ajoutera plus loin²⁶ que la juge « doit nécessairement avoir évalué la preuve dans son ensemble ». Elle énonce qu'il suffit que les jugements se conforment à la norme de l'arrêt *R. c. Sheppard*²⁷.

ii) *Les éléments susceptibles de constituer une « preuve contraire »*

Si le témoignage de l'accusé n'est pas cru par le juge du procès – comme en l'espèce – quels autres éléments de preuve pourraient constituer une « preuve contraire » ? Pas le témoignage de l'expert sur l'alcoolémie de l'accusé, car cette évaluation se fonde sur un scénario de consommation avancé par un

accusé qui n'est pas cru : elle n'est donc « d'aucune utilité »²⁸.

Quant à la preuve d'absence de symptômes retenue par la Cour supérieure et le juge Rothman, elle n'a de pertinence qu'à l'égard du chef de conduite avec facultés affaiblies : car en l'absence d'une preuve spécifique sur la tolérance de l'accusé à l'alcool – elle ne relève pas de la connaissance d'office – on ne saurait spéculer sur l'importance des réactions physiques de cet accusé à tel ou tel taux d'alcool²⁹.

La minceur de la marge par laquelle l'accusé excède le taux permis d'alcoolémie – en l'espèce, les résultats de 93 et 92 mg à l'alcootest – ne saurait davantage être considérée : car le « résultat ne peut constituer à la fois la preuve et son contraire »³⁰. Il faut également exclure l'explication d'un expert sur les effets du délai d'absorption de l'alcool pour réfuter la présomption d'identité : car l'on doit respecter le choix du législateur, en adoptant cette présomption, d'ignorer les variations prévisibles de l'alcoolémie par assimilation métabolique³¹.

iii) *L'appréciation de la crédibilité de l'accusé*

La majorité rappelle d'abord la « très grande réserve » que les

23. Au par. 24.

24. Voir aussi la fin du par. 41.

25. Voir la fin du par. 29.

26. Au par. 36.

27. [2002] 1 R.C.S. 869.

28. Voir le par. 31.

29. Voir les par. 32 à 35.

30. Voir le par. 35.

31. *Ibid.*, par. 38 et 39.

tribunaux d'appel doivent manifester à l'endroit des conclusions des juges de première instance en cette matière³². Elle relève ensuite deux erreurs de droit de la première juge en l'espèce, mais qu'elle juge non fatales. La première consiste en une erreur dans la formulation de la norme du doute raisonnable : mais la juge Deschamps la relativise, en rappelant que cette norme est appliquée quotidiennement par les juges seuls³³.

La seconde erreur consiste à avoir tenu compte des résultats des alcootests pour évaluer la crédibilité de l'accusé. La Cour écarte cette approche et les deux arrêts qui la fondaient : *R. c. Bernard*³⁴ et *R. c. Gilbert*³⁵. Elle rejette le « raisonnement circulaire » en vertu duquel une preuve à réfuter pourrait réfuter la preuve destinée à la réfuter...³⁶.

Toutefois, les « principaux motifs » du premier jugement ont une base purement factuelle³⁷. Les erreurs de droit de la première juge n'ont pu influencer son appréciation de la preuve : elle a pu apprécier le comportement de l'accusé, ses affirmations et ses omissions. La majorité refuse donc d'intervenir³⁸.

D) L'opinion des juges minoritaires

Ces derniers, à l'opposé de la majorité, concluent à une erreur déterminante de la juge du procès, en raison de son omission à se demander si, malgré qu'elle ne le croyait pas, le témoignage de l'accusé soulevait un doute raisonnable sur son alcoolémie. En conséquence, ils auraient ordonné un nouveau procès³⁹.

La juge Charron convient d'abord que « sans son fondement factuel, l'opinion du témoin expert n'avait aucune valeur probante »⁴⁰. Elle convient également que son témoignage ne pouvait être retenu quant au délai d'absorption dans le sang⁴¹. Elle retient aussi la non-pertinence de l'absence de symptômes d'ébriété autres que l'odeur d'alcool⁴².

Là où elle diverge, c'est dans l'interprétation de l'arrêt *Dubois* précité et sur la rigueur avec laquelle même les juges seuls devraient appliquer le test de l'arrêt *W. (D.)*⁴³. Si elle convient qu'un juge qui déclare « rejeter » le témoignage d'un accusé peut difficilement y associer un « doute raisonnable dans son esprit », elle retient qu'en l'espèce, les motifs de la juge amènent à conclure « qu'elle

32. Au par. 41.

33. *Ibid.*, par. 42.

34. (1999) 140 C.C.C. (3^e) 412 (C.A.Qué.).

35. (1994) 92 C.C.C. (3^e) 266 (C.A.Ont.).

36. Au par. 43.

37. Voir le par. 44.

38. Voir le par. 49.

39. Au par. 51.

40. Voir le par. 54.

41. *Ibid.*, par. 55.

42. *Ibid.*

43. Voir le par. 57.

a imposé un fardeau trop lourd à l'accusé »⁴⁴. En effet, ceux-ci démontrent qu'à ses yeux, elle devait croire la version de l'accusé pour conclure à une preuve contraire : il s'agit donc de plus qu'un simple vice de formulation⁴⁵.

En ce sens, elle partage une partie de l'analyse du second juge de la majorité en Cour d'appel, le juge Beaugard. Elle diverge cependant avec lui lorsqu'il a substitué son appréciation de la crédibilité de l'accusé à celle livrée par la juge des faits, qu'on ne peut qualifier de déraisonnable⁴⁶. Étonnamment, elle l'approuve lorsqu'il conclut que certaines contradictions relevées par la juge n'en étaient pas vraiment. Mais plus important, elle reproche à la juge d'avoir tiré une conclusion défavorable de l'exercice de son droit au silence par l'accusé, suite à une question du policier.

Elle rejoint sa collègue de la majorité lorsque celle-ci écarte les arrêts *Bernard* et *Gilbert* quant à la présomption d'exactitude, mais reconnaît la pertinence d'un « résultat particulièrement élevé » quant à la présomption d'identité : puisque son exactitude n'est pas mise en doute⁴⁷. Elle convient aussi avec elle que la première juge ne s'est pas « fondée sur les résultats

de l'alcootest pour rejeter le témoignage de l'accusé »⁴⁸. Mais outre le fardeau trop lourd qu'elle a imposé à ce dernier, la juge Charron lui reproche maintes erreurs dans l'appréciation de son témoignage⁴⁹. S'il est vrai qu'il n'y avait pas matière à un acquittement, ces deux motifs justifient un nouveau procès⁵⁰.

E) Les enseignements de l'arrêt Boucher sur l'infraction de conduite avec plus de 80 mg

Il ressort de cet arrêt que la Cour suprême est unanime à conclure que ne peuvent constituer une « preuve contraire », réfutant la présomption d'exactitude à l'alinéa 258 (1) g) C.cr., les éléments suivants :

- a) l'opinion d'un expert sur l'alcoolémie d'un accusé qui n'est pas cru⁵¹ (point établi dès 1983 dans *R. c. Stewart*⁵²) ;
- b) l'opinion d'un expert sur l'effet du délai d'absorption de l'alcool quant à l'exactitude des résultats des alcootests⁵³ ;
- c) l'absence de symptômes autres que l'odeur d'alcool, en l'absence d'une preuve

44. *Ibid.*, par. 59.

45. *Ibid.*, par. 60.

46. Voir le par. 63.

47. Voir le par. 65.

48. *Ibid.*, par. 66.

49. *Ibid.*, par. 67.

50. *Ibid.*

51. Voir les par. 31 et 54.

52. (1983) 8 C.C.C. (3^e) 126 (C.A.C.-B.).

53. Voir les par. 38, 39 et 55, point établi dans *R. c. St-Pierre*, [1995] 1 R.C.S. 791.

spécifique à l'accusé de sa tolérance à l'alcool⁵⁴ ;

- d) la faiblesse de la marge par laquelle les résultats excèdent le taux permis⁵⁵.

La Cour est également unanime à écarter les arrêts *Bernard* et *Gilbert* précités sur la pertinence des résultats des alcootests dans l'appréciation de la crédibilité des témoins en défense, face à la présomption d'*exactitude*⁵⁶. C'est elle— et elle seule— qui est visée tant par l'opinion de la majorité (cf. les mots « la présomption » au par. 43) que celle des juges minoritaires⁵⁷, par opposition à l'autre présomption - *d'identité*.

Là où les juges majoritaires et les juges minoritaires divergent fondamentalement, outre sur l'appréciation de la crédibilité de l'intimé, c'est sur l'interprétation des arrêts successifs *R. c. Proudlock*⁵⁸, *R. c. Dubois* et *R. c. W. (D.)* précités. Un rappel sur ces décisions s'impose donc, qui nous permettra d'identifier les problèmes qu'elles ont soulevés.

Dans *Proudlock*, la Cour suprême avait été appelée à se prononcer sur la nature de la preuve

contraire réfutant la présomption prévue à l'al. 348 (2) a) C.cr. Le regretté juge Pigeon, auteur de l'opinion principale— il y a eu unanimité — qualifie la présomption de « preuve *prima facie* », qui n'impose à l'accusé qu'un fardeau de présentation « s'il veut éviter une condamnation »⁵⁹. Il lui suffit d'offrir « une explication qui peut (« may ») raisonnablement être vraie [...] à moins que le juge du fond n'y ajoute pas foi, car alors ce témoignage ne constitue pas une preuve »⁶⁰. Le juge ajoute qu'il n'a qu'à « soulever un doute raisonnable pour éviter une condamnation »⁶¹.

À prime abord, ces deux affirmations semblent contradictoires, car la première exclut la deuxième possibilité avancée dans l'arrêt *W. (D.)*, à savoir que même non cru, le témoignage de l'accusé puisse soulever un doute raisonnable. Nous y reviendrons plus loin. L'autre problème créé est celui de l'introduction d'une notion puisée dans le contexte spécifique de la doctrine de la possession récente, *l'explication pouvant être raisonnablement vraie*, comme l'avait relevé l'honorable juge Fish dans *R. c. Mathieu*⁶². Cet arrêt et plusieurs autres émanant de

54. Voir les par. 33 à 35 et 55 in fine, point établi dans *R. c. Latour*, (1997) 116 C.C.C. (3^e) 279, C.A.Ont.

55. Voir le par. 35, non contredit par l'opinion minoritaire.

56. Voir les par. 43 et 64.

57. Au par. 64.

58. [1979] 1 R.C.S. 525.

59. Aux pages 548 in fine et 549.

60. À la p.551, 2^e al., souligné par nous.

61. À la p. 551 in fine.

62. (1994) 90 C.C.C. (3^e) 415, C.A.Qué., p. 427.

diverses provinces canadiennes⁶³ ont clairement critiqué le recours à un tel test. La Cour suprême du Canada elle-même l'a écarté au moins deux fois, en confirmant l'arrêt *Mathieu*⁶⁴ et en endossant la critique de son aspect théorique au détriment de la preuve du ministère public dans *R. c. L.(D.O.)*⁶⁵.

Le même juge Fish, dans l'arrêt *Dubois* précité – antérieur à cette critique soutenue – emprunte à *Proudlock* le même test, en parlant de preuve qui pourrait (« might ») raisonnablement être vraie, mais en l'appliquant dans le cadre d'une accusation de conduite avec plus de 80 mg. Il en reprend aussi la contradiction apparente, en ajoutant aussitôt⁶⁶ :

Evidence to the contrary that is disbelieved will, of course, fail to neutralize, or to render inoperative, the presumption created by s. 258 (1) c) of the Code (souligné par nous).

À peine 5 mois plus tard, la Cour suprême du Canada rend son arrêt phare sur l'appréciation de la preuve, *R. c. W. (D.)* précité, lequel est résumé au paragraphe 25 de l'arrêt *Boucher*. Essentiellement, il reconnaît que même non cru, le témoignage de l'accusé, placé « ... dans le contexte de l'ensemble de

la preuve... », peut soulever un doute raisonnable⁶⁷. Il propose donc une deuxième étape au questionnement du juge des faits :

Deuxièmement, si vous ne croyez pas le témoignage de l'accusé, mais si vous avez un doute raisonnable, vous devez prononcer l'acquittement.⁶⁸

Malheureusement, la Cour s'est gardée de fournir aux juges des paramètres pour les guider dans l'application de cette deuxième étape, outre la généralité de ce qui précède. Le résultat a été que plus souvent qu'autrement, les juges sont passés rapidement sur cette étape, sans motiver en détail leur conclusion à ce sujet. S'agit-il seulement de constater que la version de l'accusé, non crue, n'en est pas moins théoriquement plausible ? L'arrêt *L. (D.O.)* précité s'y oppose clairement. S'agit-il de considérer d'abord le témoignage de l'accusé à l'exclusion de toute autre preuve, pour reporter à la deuxième étape sa considération à la lumière de l'ensemble de la preuve ? L'arrêt *R. c. Mackenzie*⁶⁹ s'oppose à une telle distinction. Voir aussi *R. c. R.D.*⁷⁰ et *Poitras c. R.*⁷¹.

Certaines décisions nous fournissent des éléments de réponse.

63. Voir *e.g.* *R. c. Tyhurst*, [1992] B.C.J. No. 2770 (C.A.C.-B.), *R. c. Cheung*, [1994] B.C.J. No. 624 (C.A.C.-B., au par. 3) et *R. c. McKelvey*, [1995] M.J. No. 167 (C.A.Man., au par. 8).

64. Voir 101 C.C.C. (3^e) 575.

65. [1993] 4 R.C.S. 419 (voir les pages 469 in fine, 470 et 430, 1^{er} al.).

66. À la p. 430.

67. À la p. 757, 1^{er} al.

68. À la p. 758.

69. [1993] 1 R.C.S. 212, à la p. 240, par. g.

70. 2005 QCCA 1167, au par. 57.

71. [2006] J.Q. n° 2352, C.A.Qué.

Ainsi, dans l'arrêt *Mathieu* précité, le juge Fish mentionne la situation du juge incapable, au terme de son analyse de toute la preuve, de décider qui croire⁷². L'arrêt tout récent *D.I.D.B. c. R.*⁷³ mentionne celle où le juge n'arrive pas à déterminer si l'accusé dit la vérité ou non. Par ailleurs, lorsque le juge ne s'est pas spécifiquement arrêté à la deuxième étape du test de *W. (D.)*, les tribunaux d'appel inféreront que le témoignage de l'accusé n'a soulevé aucun doute dans son esprit, s'il l'a clairement rejeté en raison de son manque avéré de crédibilité : voir e.g. *Lecourt c. R.*⁷⁴ et *R. c. Brown*⁷⁵.

Incidentement, un courant maintenant majoritaire au sein de la jurisprudence canadienne favorise une approche empreinte de souplesse dans l'application de *W. (D.)* par des juges seuls, présumés bien connaître la loi et non « encarcannés » dans un cadre étroit les obligeant à être explicites en tout : voir e.g. l'arrêt *Brown* précité⁷⁶, *R.B. c. R.*⁷⁷ et *R. c. Lake*⁷⁸.

Cette mise en contexte jurisprudentielle aide à comprendre les points de vue opposés

dans l'arrêt *Boucher*. Les juges majoritaires se sont manifestement inspirés du courant précité – sans l'exprimer formellement – et lui ont donné une consécration⁷⁹. Malheureusement, ils évoquent aussi la norme du « raisonnablement vrai », qui prête à confusion⁸⁰. Les juges minoritaires font de même⁸¹, tout en concédant la nécessité d'une certaine souplesse⁸². Toutefois, ils divergent radicalement des premiers en retenant des arrêts *Proudlock* et *Dubois* les passages qui soulignent l'absence d'un fardeau de persuasion pour l'accusé⁸³. À l'opposé, les juges majoritaires s'arrêtent aux passages des mêmes décisions qui concluent qu'une preuve contraire non retenue (« disbelieved ») échoue à réfuter une présomption légale⁸⁴.

En inférant que le fait de ne pas croire l'accusé emportait une conclusion défavorable aussi à la deuxième étape de *W. (D.)*, et en recherchant quelle autre preuve en défense aurait pu soulever un doute raisonnable⁸⁵, la majorité établit l'exclusion du témoignage non cru de l'accusé comme fondement pour un doute raisonnable, face à une présomption légale comme en l'espèce.

72. À la p.430, par. d.

73. [2006] Q.J. n° 2958 (C.A.Qué., au par. 101).

74. [2005] J.Q. n° 13867 (C.A.Qué., par. 2 et 3).

75. [2006] B.C.J. No. 448 (C.A.C.-B., au par. 12).

76. Au par. 11.

77. [2005] J.Q. n° 12444 (C.A.Qué., aux par. 40 et 41).

78. [2005] N.S.J. No. 506 (C.A.N.-É., aux par. 15 et 17).

79. Voir les par. 29, 36 et 42.

80. Au par. 42.

81. Aux par. 57 et 60.

82. Au par. 59.

83. Aux par. 57 et 61.

84. Au par. 28.

85. Aux par. 29 et 30.

La majorité rappelle encore une fois la position privilégiée du juge des faits pour apprécier la crédibilité des témoins, de même que la nécessité de démontrer que les erreurs de droit d'un juge « ont pu influencer son appréciation de la preuve »⁸⁶. La conclusion négative des juges majoritaires à ce sujet a aussi été fortement contestée par la minorité⁸⁷.

Finalement, il convient de préciser certains aspects non traités par l'arrêt : soit les autres présomptions légales prévues en la matière (les al. 258 (1) e) et f) C.cr.) ou en d'autres, ou les cas de « rétro-calculs » par expert, i.e. les calculs fondés sur des projections rétrospectives des résultats des alcootests, faute de pouvoir recourir à la présomption d'identité. De même, nous croyons que la juge Deschamps, bien au fait de l'arrêt *R. c. Déry*⁸⁸ émanant de sa province d'origine, n'a nullement entendu revenir sur le recours à un taux moyen d'élimination de l'alcool, lorsqu'elle s'est limitée à rejeter un argument fondé sur la quasi absence de symptômes physiques chez l'accusé⁸⁹. Nous devons cependant préciser que trois jugements très récents de cours d'appel se sont dissociés de l'arrêt *Déry* et ont nié toute valeur probante à une expertise fondée sur un pareil taux moyen : les deux premiers,

concomitants – *R. c. Gibson*⁹⁰ et *R. c. Cave*⁹¹ – se fondent de façon laconique sur deux passages de l'opinion majoritaire dans *Boucher*, tandis que le troisième – *R. c. MacDonald*⁹² – se base plutôt sur un arrêt antérieur à ce dernier (*R. c. Heideman*⁹³), mais en avançant une argumentation beaucoup plus développée à ce sujet.

F) Application de l'arrêt par la jurisprudence postérieure

L'arrêt *Boucher* étant encore tout récent, on ne se surprendra pas que la jurisprudence l'ayant interprété et appliqué soit peu abondante à ce jour. Nous l'analyserons par niveau d'instance et par point de droit.

L'arrêt *Ross c. R.*⁹⁴ est particulièrement intéressant. D'une part, il reconnaît l'erreur du premier juge d'avoir considéré le résultat de l'alcootest pour écarter le scénario de consommation de l'appelant. Toutefois, il la qualifie de non déterminante, puisque le juge a principalement considéré l'incompatibilité entre le taux d'alcool situé à 0 mg par l'expert, et les divers symptômes d'ébriété qu'il a retenus en preuve dans l'appréciation de la crédibilité du scénario. La Cour admet ainsi la légitimité de considérer, à défaut des taux élevés de l'alcootest, leur

86. Au par. 49.

87. Voir le par. 66.

88. [2001] J.Q. n° 3205, C.A.Qué.

89. Aux par. 32 à 35 du jugement.

90. [2006] N.S.J. No. 178 (C.A.N.-É.), aux par. 18 à 21.

91. [2006] N.S.J. No. 179 (C.A.N.-É.), aux par. 14 à 16.

92. [2006] A.J. No. 706 (C.A.Alb.), aux par. 44 à 64.

93. (2002) 168 C.C.C. (3^e) 542 (C.A.Ont.).

94. 2006 QCCA 146 (du 31-01-2006).

pendant prévisible de symptômes multiples (tel qu'envisagé au par. 33 *in fine* de *Boucher*), pour écarter un taux invraisemblablement faible (et pas seulement de 0 mg, ajoutons-nous). Voir dans le même sens *R. c. Leighton*⁹⁵.

L'arrêt *R. c. Lake*⁹⁶ se fonde sur *Boucher* pour conclure qu'il est clairement acceptable qu'un juge réponde implicitement à l'une ou l'autre des 3 questions de *W. (D.)*⁹⁷. Le jugement dans *R. c. Wutzke*⁹⁸ reprend trois des principes de l'arrêt *Boucher* : 1) un juge n'a qu'à suivre « en substance » les exigences de *W. (D.)*⁹⁹, 2) les erreurs de droit qu'a pu commettre un juge doivent avoir influencé son appréciation de la preuve¹⁰⁰ et 3) une preuve non crue ne peut constituer une preuve contraire¹⁰¹. L'arrêt *R. c. Meunier*¹⁰² fusionne deux des étapes de *W. (D.)*, tandis que la décision dans *R. c. Teja*¹⁰³ présente une application plus traditionnelle de cet arrêt.

Par ailleurs, trois décisions ontariennes confirment la mise à l'écart de la considération des résultats de l'alcootest pour apprécier la crédibilité de

l'accusé : *R. c. Prokosch*¹⁰⁴, *R. c. Leighton* précitée¹⁰⁵ et *R. c. Clack*¹⁰⁶. Cependant, deux autres décisions ontariennes précisent que cette mise à l'écart visait la présomption d'exactitude : *R. c. Brown*¹⁰⁷ et *R. c. Lilek*¹⁰⁸. Toutes ces décisions, à l'exception de celle dans *Clack*, qui n'en traite pas, confirment aussi la mise à l'écart de l'arrêt *R. c. Suttie*¹⁰⁹, en contradiction avec l'arrêt *Boucher* sur la question. L'arrêt *Lilek*, à l'instar de la juge Charron dans ce dernier, reconnaît toutefois la pertinence des résultats de l'alcootest lorsque comme en l'espèce, le ministère public ne s'appuie pas sur la présomption d'exactitude¹¹⁰. Incidemment, il importe de souligner qu'aucune des décisions précitées n'a étendu à la présomption d'identité le dictum à ce sujet dans *Boucher*.

C) Conclusion

L'arrêt *Boucher* ne représente pas en fin de compte une « révolution » en matière de preuve contraire pour réfuter les présomptions prévues au paragraphe 258 (1) du Code criminel, ou plus généralement en

95. [2006] O.J. No. 28 (Ont.Ct.J., au par. 34).

96. [2005] N.S.J. No. 506 (C.A.N.-É.).

97. Au par.17.

98. [2006] B.C.J. No. 43 (C.S.C.-B).

99. Au par. 5.

100. Au par. 11.

101. Au par. 13.

102. [2005] J.Q. n° 18079 (C.S.Q.), au par. 59.

103. [2006] O.J. No. 320 (Ont.Ct.J.), au par. 19.

104. [2006] O.J. No. 998 (Ont.Sup.Ct.J., au par. 50).

105. À son par. 33.

106. [2006] O.J. No. 1003 (Ont.Ct.J., au par. 7).

107. [2005] O.J. No. 5283 (Ont.Sup.Ct.J., au par. 27).

108. [2006] O.J. No. 1158 (*ibid.*, au par. 21).

109. (2004) 188 C.C.C. (3^e) 167 (C.A.Ont.).

110. Aux par. 22 et 23.

matière de preuve contraire pour réfuter quelque présomption légale que ce soit : car il reprend principalement des positions déjà établies dans des arrêts antérieurs. Toutefois, la décision permet de les regrouper en un tout cohérent et global. De plus, elle consacre une approche de souplesse, dans l'application du test de l'arrêt *W. (D.)*, au profit des juges seuls appelés à rendre quotidiennement des jugements oraux. Elle clarifie également les distinctions entre les présomptions d'identité et celle d'exactitude (al. 258 (1) c), d.1) et g) C.cr.).

Cependant, la décision ne dissipe pas tous les doutes sur les rapports de co-existence entre les effets d'une présomption légale et le doute raisonnable, notamment en regard de la deuxième étape de *W. (D.)*, pour lesquels les paramètres jurisprudentiels nous paraissent encore mal définis. De plus, la Cour suprême remet à l'ordre du jour la notion de « l'explication raisonnablement vraie », qu'elle-même et les tribunaux d'appel avaient pourtant critiquée au fil des années. Finalement, si elle exclut clairement la considération des résultats de l'alcootest dans l'appréciation de la preuve contraire, en regard de la présomption d'exactitude, elle n'y ferme pas la porte pour la présomption d'identité, de sorte qu'elle aura éventuellement à se prononcer de nouveau à l'égard de cette dernière.

Nous espérons humblement que cette analyse de l'arrêt en facilitera la compréhension et l'application, tant au bénéfice des

praticiens qu'à celui des juges saisis de dossiers de même nature.

* * *

Depuis la rédaction du projet de cet article, le juge Mario Tremblay, de la Cour du Québec, a rendu un jugement écrit – dans *Procureur général du Québec c. Vachon*, 2006 QCCQ 2304, 30-08-2006 – où il rejette le recours à un taux théorique d'élimination de l'alcool « sans rattachement spécifique à la personne du défendeur dans le contexte des faits exposés devant le tribunal » (au par. 35). Pour ce faire, il s'appuie sur les arrêts *Cave*, *Gibson* et *MacDonald* précités (aux par. 27 à 30 de sa décision), tout en disant partager le souhait « que l'arrêt *Déry* soit revisité à la lumière de l'arrêt *Boucher* » (au par. 32).

Nous croyons personnellement que si le recours à un taux moyen d'élimination n'a qu'une valeur théorique contraire à l'esprit de l'arrêt *Boucher* (lorsqu'il cite à son par. 34 celui de *Latour* également précité), par contre, le recours combiné à des taux minimum et maximum scientifiquement établis (par témoignage d'expert) – couvrant l'ensemble du spectre des possibilités à cet égard dans la population – apparaît comme un compromis acceptable et conforme aux préoccupations jurisprudentielles. En effet, il permet d'atteindre un équilibre entre la nécessité d'assurer un plein effet aux présomptions voulues par le législateur d'une part, et la reconnaissance du simple fardeau de preuve contraire imposé à l'accusé,

qui ne devrait pas exiger le recours systématique à une reconstitution minutieuse de sa consommation d'alcool auprès d'un expert. Tant le ministère public que l'accusé y trouvent leur compte : le second, en raison des frais et des délais qu'une telle reconstitution implique et le premier, en raison de la non-contrainnabilité de l'accusé pour y participer (lorsqu'il ne peut bénéficier des présomptions).

Cette solution consiste à exiger que l'expert – qu'il soit celui de la poursuite ou celui de la défense – établisse que, quel que soit le taux d'élimination que l'on puisse envi-

sager (entre le minimum et le maximum scientifiquement possibles), l'accusé excédait ou ne pouvait excéder le taux d'alcoolémie permis par la loi. Quoi qu'il en soit, la contradiction persistante entre la position de l'arrêt *Déry* dans cette province et la position opposée dans certaines autres provinces, à la lumière des décisions récentes en émanant, sinon au sein même des tribunaux québécois, devrait tôt ou tard amener la Cour suprême du Canada à se prononcer spécifiquement sur cette question importante relative à la « preuve contraire » : d'où la nécessité de « nouveaux tuyaux » de sa part....

RECOURS COLLECTIF

Michel Gagné et Nicolas Moisan*

La preuve à l'étape de l'autorisation d'un recours collectif : à la recherche de l'équilibre

Introduction

Les recours collectifs au Québec connaissent une croissance importante depuis quelques années. Il s'agit en effet d'un domaine fertile, qui soulève des enjeux sociaux et économiques considérables, mais également des questions de droit importantes. À cet égard, les modifications apportées aux règles procédurales du Livre IX du *Code de procédure civile* (ci-après « C.p.c. ») portant sur le recours collectif, lors de la réforme du C.p.c. entrée en vigueur en janvier 2003, fournissent matière à réflexion.

Une des modifications importantes est celle apportée à l'article 1002 C.p.c. Cet article fut modifié de telle sorte que la demande d'autorisation n'a plus dorénavant à être appuyée d'un affidavit et ne peut être contestée qu'oralement. De plus, le juge se voit accorder la discrétion de permettre la présentation d'une preuve appropriée. Ces modifications signifient notamment la perte du droit strict d'interroger les

requérants, la perte du droit pour les intimés de présenter une contestation écrite et la perte du droit de produire une preuve sans restriction à l'étape de l'autorisation.

Cependant, depuis l'entrée en vigueur du nouvel article 1002 C.p.c., des incertitudes subsistent concernant l'interprétation à y donner, notamment quant aux conditions devant être réunies pour être autorisé à présenter une preuve appropriée. Or, un jugement important a été rendu récemment par la Cour supérieure du Québec et accueillant une requête pour permission d'interroger au préalable un requérant au stade de l'autorisation d'un recours collectif : *Young c. Noranda Inc. et P.G. du Québec*¹. Cette décision apporta un éclairage nouveau à la controverse entourant le nouvel article 1002 C.p.c.

Nous proposons dans un premier temps d'examiner ce que nous intitulerons la première vague d'interprétation de l'article 1002

* Les auteurs sont avocats du cabinet McCarthy Tétrault.

1. EYB 2005-97254 (C.S.), j. Godbout [ci-après « *Young* »] ; permission d'en appeler demandée par le Procureur Général du Québec, laquelle fut refusée le 17 février 2006 : *P.G. du Québec c. Noranda Inc.* (17 février 2006), Québec 200-09-005409-054, (C.A.), j. Pelletier.

C.p.c. Dans un deuxième temps, nous analyserons l'affaire *Young*. Nous étudierons ensuite la jurisprudence subséquente à cette affaire et, enfin, conclurons par un certain nombre de commentaires sur la preuve à l'étape de l'autorisation d'un recours collectif.

I- Première vague d'interprétation de l'article 1002 C.p.c.

Rapidement après l'implantation de la réforme du C.p.c., une controverse est née concernant l'interprétation à donner à l'article 1002 C.p.c. tel que modifié, et notamment quant au droit de l'intimé de tenir un interrogatoire préalable du requérant. Nous nous rappellerons qu'avant la réforme, cet article ne prévoyait ni n'interdisait expressément la tenue d'interrogatoires préalables et, tout comme d'ailleurs aujourd'hui, cet article ne prévoit ni n'interdit expressément la tenue de tels interrogatoires. Cependant, avant 2003, le droit à l'interrogatoire préalable était clairement reconnu puisque le requérant devait appuyer ses allégations d'un affidavit, ce qui donnait ouverture à l'interrogatoire de plein droit en vertu de l'article 93 C.p.c. Le retrait de l'exigence de l'affidavit fut interprété comme signifiant le retrait du droit à l'interrogatoire préalable. On jugea alors que la tenue de l'interrogatoire préalable à l'étape de l'autorisation était incompatible avec les règles applicables à l'étape de l'auto-

risation du recours collectif.

L'une des décisions qui a en quelque sorte cristallisé cette position est l'affaire *Marcotte*². Dans cette affaire, dans le cadre d'une requête pour autorisation d'exercer un recours collectif, les intimées avaient demandé d'interroger le requérant au préalable. Ces dernières soutenaient qu'elles pouvaient de plein droit procéder à un tel interrogatoire, sans permission, mais demandaient subsidiairement, à défaut, d'y être autorisé. Pour répondre à ces demandes, le juge Tessier entreprit une analyse des modifications apportées à l'article 1002 C.p.c., et révisa les recommandations du Comité de révision de la procédure civile (ci-après « le Comité »). À cet égard, il souligna le constat du Comité à l'effet que les débats sur l'autorisation d'un recours collectif ont parfois pris des proportions démesurées. En outre, il souligna que le Comité avait pris soins de réitérer l'importance de limiter le débat, au stade de l'autorisation, à l'examen des critères de l'article 1003 C.p.c.

Face à ces observations du Comité, le juge Tessier refusa les demandes des intimées. Il affirma que l'article 397 C.p.c. portant sur les interrogatoires préalables ne s'appliquait pas à l'étape préliminaire et non introductive d'instance de la requête en autorisation d'exercer un recours collectif, et que l'article 1019 C.p.c., permettant l'interrogatoire préalable lors du déroulement du

2. *Marcotte c. Banque de Montréal*, REJB 2003-46998 (C.S.), j. Tessier [ci-après « *Marcotte* »].

recours collectif, ne pouvait être importé à l'étape de l'autorisation. Le juge Tessier fut d'avis que le législateur avait voulu éliminer ces interrogatoires qui, selon lui, alourdissaient et retardaient l'audition sur la demande d'autorisation. Le juge Tessier refusa également aux intimées la possibilité de produire une contestation écrite, ainsi qu'une preuve par affidavit détaillée et la preuve documentaire qui s'y rattachait.

Subséquemment, dans l'affaire *Daviault c. Climatisation G.R. Inc.*³ la même position fut adoptée par le juge Plouffe. Dans des propos laconiques, le juge Plouffe rappela que depuis le 1^{er} janvier 2003, la requête en autorisation n'avait plus à être accompagnée d'un affidavit. Ce faisant, il souligna que le législateur avait suivi les recommandations du Comité. Le juge Plouffe référé ensuite aux propos du juge Tessier dans l'affaire *Marcotte* pour conclure qu'il abondait dans le même sens⁴.

Ces deux décisions constituaient alors l'essentiel de la jurisprudence rapportée sur cette controverse au moment où le juge Bernard Godbout de la Cour supérieure fut saisi lui aussi de ce débat.

II- Un point tournant : l'affaire *Young*

L'affaire *Young* constitue un point tournant en jurisprudence puisqu'elle fournit, au moyen d'une analyse détaillée et motivée, une tout autre interprétation des dispositions du C.p.c. et des règles procédurales entourant la preuve à l'étape de l'autorisation d'exercer un recours collectif, se distinguant nettement de l'analyse proposée par le juge Tessier dans l'affaire *Marcotte*.

Dans son jugement, le juge Godbout rappela dans un premier temps qu'au stade de l'autorisation du recours collectif, le fardeau du requérant relativement au droit réclamé en est un de démonstration et non de preuve⁵, et indiqua également, à titre

3. REJB 2004-61603 (C.S.), j. Plouffe [ci-après « *Daviault* »].

4. Voir également *Option Consommateurs c. Novopharm*, REJB 2004-53762 (C.S.) [ci-après « *Novopharm* »], où la juge Julien adhère aux principes énoncés dans l'affaire *Marcotte*. Par ailleurs, soulignons que dans le cadre de cette première vague d'interprétation, une seule décision semblait adopter une position opposée. En effet, dans le cadre du même dossier où le juge Tessier avait refusé aux intimées la possibilité d'interroger le requérant, la juge Courteau, dans l'affaire *Marcotte c. Banque de Montréal*, EYB 2003-43624 (C.S.), avait affirmé que : « [l]es nouveaux articles 151.1 et 151.6 C.p.c. permettent l'interrogatoire d'une partie. Le Tribunal estime que l'interrogatoire [...] devrait être autorisé ». Cependant, ces propos avaient été tenus dans le cadre d'une décision portant uniquement sur la détermination d'un échéancier et la juge avait elle-même insisté sur le fait que ses motifs devaient être considérés comme des commentaires, comme des *obiters* non pertinents sur la question de l'échéancier, seule question dont elle était véritablement saisie.

5. Quant à la distinction à faire entre un « fardeau de démonstration » et un « fardeau de preuve », nous référons le lecteur au sous-titre IV du présent texte intitulé *Commentaires*.

préliminaire, qu'il pouvait être justifié de croire que l'intimée ne pouvait tenir un interrogatoire préalable du requérant. Il s'empessa toutefois d'ajouter que malgré ces constats et malgré les amendements apportés à l'article 1002 C.p.c., on ne pouvait ignorer les autres dispositions du C.p.c. et que la réponse à cette controverse se trouvait dans cet ensemble législatif.

Le juge Godbout entreprit alors une analyse attentive des dispositions applicables en matière de recours collectif, mais aussi de celles particulières à l'interrogatoire préalable. Il accueillit la requête de l'intimée et l'autorisa à tenir un interrogatoire au préalable du requérant. Ses principales conclusions sont les suivantes :

- Malgré qu'au stade de la requête pour autorisation, le fardeau du requérant en est un de démonstration et non de preuve, cette requête peut néanmoins être contestée oralement et, à cette fin, le juge peut permettre la présentation d'une preuve appropriée ;
- L'interrogatoire préalable est une façon d'élaborer et de présenter une preuve ;
- L'article 397 C.p.c., en vertu duquel il est possible d'obtenir un interrogatoire préalable, s'inscrit dans le contexte du déroulement de l'instance et n'est pas incompatible avec les demandes pour les fins desquelles on exerce un recours collectif ;
- Il est possible d'adapter l'interrogatoire préalable au

stade de la requête pour autorisation d'exercer un recours collectif ;

- Rien ne s'oppose à la tenue d'un interrogatoire préalable visant à préparer la présentation d'une preuve appropriée, dans la mesure où il se limite à l'examen des critères devant être rencontrés pour être autorisé à exercer un recours collectif ;
- Malgré qu'un interrogatoire préalable ait été autorisé, l'introduction en preuve de l'ensemble ou des extraits des dépositions recueillies sera soumise à la discrétion du juge qui devra vérifier le caractère approprié de cette preuve.

L'analyse proposée par le juge Godbout est importante et rappelle que l'article 1002 C.p.c., à l'origine de la controverse, doit être interprété avec l'éclairage de l'ensemble des dispositions du C.p.c. L'interprétation qu'il propose reconnaît en outre la possibilité de tenir un interrogatoire préalable au stade de l'autorisation d'un recours collectif, lequel épouse les objectifs poursuivis par le législateur à cette étape. En effet, un interrogatoire préalable est susceptible de fournir des éléments requis au juge pour les fins de l'évaluation des critères prévus à l'article 1003 C.p.c. et qui doivent tous être rencontrés pour l'exercice d'un recours collectif. Cette interprétation se concilie également avec le rôle du juge à cette étape d'un recours collectif, rôle qui fut rappelé à maintes reprises par les tribunaux, à savoir mettre en œuvre le mécanisme de

filtrage et de vérification prévu par le législateur.

III- Évolution récente de la jurisprudence

Les décisions subséquentes à l'affaire *Young*, analysées ci-après, démontrent que l'approche privilégiée par le juge Godbout est accueillie à ce jour favorablement⁶.

En outre, l'interprétation proposée par le juge Godbout fut adoptée afin de permettre à une partie intimée, au stade de l'autorisation, d'élaborer et d'utiliser des éléments de preuve, autrement que par le biais uniquement d'un interrogatoire préalable. Par exemple, dans l'affaire *Dallaire c. Eli Lilly Espace Canada*⁷, le juge Lachance a accueilli une requête des intimées demandant la permission de déposer des expertises afin de contester la demande d'autorisation d'exercer un recours collectif, lequel portait sur les effets secondaires d'un médicament aux propriétés amaigrissantes. Les intimées demandaient la permission de déposer des rapports d'expertises pour contester la demande d'autorisation. Ce faisant, elles souhaitaient démontrer l'histoire du médicament, la nature et la diversité des maladies pour lesquelles il était prescrit et donc expliquer de façon générale la diversité du groupe potentiel que proposaient les requérants. En

outre, par ces expertises, les intimées souhaitaient démontrer le caractère individuel des décisions en matière de prescriptions qu'ont prises les médecins ayant traité les membres du groupe, les divergences de vue quant aux risques allégués par les requérants et les autres solutions de traitement et, enfin, que la connaissance et l'acceptation des risques par chaque membre devaient être évaluées en fonction de facteurs subjectifs et propres à chacun. Citant longuement les propos du juge Godbout dans l'affaire *Young*, le juge Lachance conclut que l'article 402.1 C.p.c., qui permet la production de rapports d'expertises et qui se trouve énoncé au chapitre du C.p.c. relatif aux procédures spéciales d'administration de la preuve, pouvait également être appliqué en matière de recours collectifs, au même titre que les articles portant sur l'interrogatoire préalable. Reconnaissant qu'il faut raccourcir les débats au stade de l'autorisation, celui-ci souligna que : « [r]ien dans le *Code de procédure civile* n'empêche la production d'une ou d'expertises avant la présentation de la requête en autorisation »⁸. En somme, le juge Lachance jugea que la demande des intimées n'était pas incompatible avec les dispositions applicables en matière de recours collectifs. Il réserva cependant sa discrétion quant à la détermination du carac-

6. À l'exception d'une décision récente du juge Baker, l'affaire *Vermette c. General Motors du Canada ltée.*, 2006 QCCS 1717, où ce dernier affirme simplement partager l'opinion de la juge Julien dans l'affaire *Novopharm*. Le juge Baker ne commente toutefois pas le raisonnement adopté dans l'affaire *Young*.

7. (28 décembre 2005), Québec 200-06-000050-057, (C.S.), j. Lachance.

8. *Ibid.*, au para. 16.

tère approprié de cette preuve, une fois qu'il l'aurait examinée.

Fait intéressant, de façon préliminaire, le juge Lachance souligna que quoique le législateur ait voulu simplifier les débats et limiter la présentation d'une preuve à l'étape de l'autorisation, il ne l'avait pas interdit. Cependant, de façon surprenante, il affirma que la présentation d'une preuve est l'exception à la règle générale. Permettons-nous un commentaire à cet égard. Il est rigoureusement exact de dire que le constat principal du Comité, en matière de recours collectifs, est que les débats sur l'autorisation ont parfois pris des proportions démesurées. C'est pourquoi d'ailleurs il présenta les trois recommandations suivantes en relation avec l'article 1002 C.p.c. :

R.6-62 De maintenir à dix jours le délai de présentation de la demande d'autorisation.

R.6-63 De prévoir que la demande d'autorisation est présentée sans être appuyée d'un affidavit et qu'elle ne peut être contestée qu'oralement.

R.6-64 D'attribuer au juge le pouvoir de permettre, lors de l'audition de la demande d'autorisation, la présentation d'une preuve appropriée.⁹

Nous devons ici faire quelques observations sur la recommandation R.6-64, laquelle traite expressément de la preuve à l'étape de l'autorisation. Dans un

premier temps, le Comité n'identifie ni n'exclut aucun moyen de preuve à l'étape de l'autorisation. Dans un deuxième temps, il est intéressant de souligner que les termes « lors de l'audition de la demande d'autorisation » n'ont pas été retenus par le législateur. Il est donc possible de conclure que le législateur a exclu toute restriction quant aux moyens de preuve disponibles à l'étape de l'autorisation, mais aussi quant au moment opportun où un juge peut statuer sur une demande de présentation d'une preuve appropriée. Enfin, rien ne permet d'affirmer que la présentation d'une preuve doit être exceptionnelle, tant à la lumière des recommandations du Comité qu'en vertu du texte retenu par le législateur. Tout au plus, nous devons reconnaître que la présentation d'une preuve est assujettie à la discrétion du juge qui doit en déterminer le caractère approprié. Là encore, la jurisprudence subséquente à l'affaire *Young* nous éclaire sur la portée de ce critère et sur la discrétion du juge. Soulignons à cet égard deux décisions.

D'abord, dans l'affaire *Lachance*¹⁰, une intimée, qui demandait la permission de produire une preuve par affidavit au stade de l'autorisation, vit sa demande accueillie par la juge Capriolo. À cette fin, celle-ci analysa la nature des amendements apportés à l'article 1002 C.p.c., tout en tenant compte

9. Comité de révision de la procédure civile, *Une nouvelle culture judiciaire*, Éd. officielle du Québec 2001, p. 204.

10. *Lachance c. Cleyne & Tinker inc.*, 2006 QCCS 399, j. Capriolo.

de l'éclairage apporté par la décision *Young*. La juge Capriolo insista dans un premier temps sur le fait que l'amendement apporté à l'article 1002 C.p.c. n'interdit en aucune façon la présentation d'une preuve. Elle ajouta en fait que toute preuve pertinente et utile pour trancher le débat sur l'un des quatre critères de l'article 1003 C.p.c. peut être présentée, mais qu'au contraire, une preuve pertinente uniquement quant au fond du litige doit être écartée. Elle souligna par ailleurs que l'article 1002 C.p.c. ne restreint en aucune façon le type de preuve qu'il est alors possible de présenter. Elle appliqua *mutatis mutandis* les propos du juge Godbout à l'article 404 C.p.c., faisant en sorte que la preuve par affidavit au stade de l'autorisation est possible. La juge Capriolo ne vit rien d'incompatible avec cet article du C.p.c. et l'article 1002 C.p.c., rappelant avec raison que le critère essentiel est uniquement de limiter le débat à l'examen des quatre critères prévus à l'article 1003 C.p.c. En l'espèce, le but des affidavits proposés était de permettre un débat davantage constructif sur la composition du groupe, les rendant d'autant plus pertinents.

Cette affaire est intéressante puisqu'elle propose une approche relativement simple. La juge Capriolo ramène en effet le débat à sa plus simple expression, nous rappelant finalement que toute preuve pertinente par rapport aux quatre critères de l'article 1003

C.p.c., quelle que soit sa forme, devrait être permise au stade de la requête pour autorisation, alors qu'une preuve, bien qu'elle pourrait être pertinente quant au fond du litige, sera exclue n'étant plus alors appropriée à cette étape du débat.

En ce sens, il a été décidé dans l'affaire *Spieser*¹¹ qu'un examen médical pouvait ne pas être nécessaire pour permettre une analyse des critères de l'article 1003 C.p.c. Le juge Godbout, s'appuyant sur les principes qu'il avait énoncés dans l'affaire *Young*, refusa la demande des intimés :

Permettre à cette étape-ci que M^{me} Spieser se soumette à un examen médical pourrait faire en sorte de modifier « le fardeau de démonstration » que lui impose l'article 1003 C.p.c. en un « fardeau de preuve » qu'elle aura à administrer lors du déroulement du recours, s'il est autorisé.

Tel n'est pas le cas avec l'interrogatoire préalable qui permet à un « plaideur de mieux connaître les fondements de la réclamation présentée contre lui, d'évaluer la qualité de la preuve [même si le fardeau en est seulement un de démonstration] et, à l'occasion, d'évaluer l'opportunité de maintenir la contestation ou, au moins, de mieux définir le cadre de celle-ci ».

L'interrogatoire au préalable peut s'avérer utile pour contrer un fardeau de preuve de démonstration sans que l'une et l'autre des parties ne soient à cette

11. *Spieser c. Canada (Gouvernement)*, EYB 2006-101320 (C.S.), j. Godbout [ci-après « *Spieser* »].

étape de l'autorisation obligées de s'immiscer au cœur même de l'administration de la preuve normalement prévue lors du déroulement du recours.

La question n'est pas ici de sous-estimer l'étape de l'autorisation du recours. Au contraire, cette étape est fort importante car si le recours est autorisé, il est le point de départ d'une démarche judiciaire qui peut s'avérer très ardue pour l'une et l'autre des parties, et cela à plusieurs égards. Toutefois, cette étape est sujette à l'application d'une règle procédurale à l'intérieur de laquelle le législateur a précisé la nature du fardeau qui repose sur les épaules du requérant, soit un « fardeau de démonstration », tel que l'a qualifié la Cour d'appel.

C'est d'ailleurs dans ce contexte bien précis de l'article 1003 C.p.c. que le tribunal peut permettre la présentation d'une preuve appropriée.

Cette preuve, lorsqu'elle est autorisée, ne doit pas avoir pour effet

de modifier le fardeau qui repose sur l'une et l'autre des parties à cette étape et surtout, ne pas faire en sorte d'y introduire des règles, des modalités ou des contingences que l'on retrouve normalement à l'étape du déroulement du recours.¹² [références omises]

En somme, sans affirmer que la tenue d'un examen médical en vertu de l'article 399 C.p.c. est incompatible avec l'étape de l'autorisation d'un recours collectif, il considéra que l'examen médical demandé était en l'espèce une procédure trop invasive et non appropriée puisque non pertinente pour l'analyse de critères de l'article 1003 C.p.c. L'examen médical, dans cette affaire et tenant compte du dossier qui lui était présenté, ne s'adressait pas à l'une des conditions d'autorisation, mais tendait plutôt à introduire une preuve qui relevait du fond, soit une preuve visant à contester le préjudice allégué, c'est-à-dire des problèmes de santé physique et psychologique¹³.

12. *Ibid.*, aux para. 16 à 21.

13. Dans *Union des consommateurs c. Canada (Procureur général)*, 2006 QCCS 448, l'interrogatoire d'une personne qui avait été initialement désignée pour représenter le groupe, mais subséquemment écartée à la demande de la requérante, fut refusé. Le juge Prévost considéra que les motifs de cet interrogatoire ne recoupaient en aucune façon les conditions de l'article 1003 C.p.c. Les interrogatoires hors cour du représentant du groupe et du responsable des communications de la requérante (auxquels la requérante consentait) furent cependant autorisés. Le juge Prévost pris soin de préciser qu'ils se limiteraient aux éléments ayant un rapport direct avec les conditions de l'article 1003 C.p.c. Par ailleurs, dans *Lenzi c. Apple Canada inc.*, EYB 2005-99370 (C.S.), la juge Richer refusa les demandes de l'intimée questionnant de façon générale la pertinence de cette preuve et considérant, ultimement, qu'elle relevait du fond. Voir également *Association des citoyens et citoyennes pour un environnement sain de Fatima inc. c. Bois & placage généraux ltée*, 2006 QCCS 2787, où le juge Mercure a autorisé le dépôt en preuve de photographies aériennes du secteur résidentiel du quartier de Fatima, considérant qu'elles faciliteraient la compréhension et la bonne marche de l'argumentation, mais où il a refusé la présentation d'autres éléments de preuve qui relevaient essentiellement du fond du litige.

IV- Commentaires

Ces décisions suggèrent une approche beaucoup plus nuancée en matière de preuve à l'étape de la requête pour autorisation d'exercer un recours collectif. La jurisprudence récente tend clairement à favoriser la présentation d'une preuve appropriée, c'est-à-dire *une preuve pertinente relativement aux quatre critères de l'article 1003 C.p.c.* Une preuve qui relève du fond du litige sera généralement écartée puisque jugée non appropriée à cette étape du recours collectif.

Ces décisions impliquent que la discrétion accordée aux juges à l'article 1002 C.p.c. doit être exercée avec une plus juste mesure. L'on tend en effet à indiquer que le rôle du juge vise essentiellement à vérifier la pertinence de la preuve en relation avec les critères de l'article 1003 C.p.c. Le tribunal devrait généralement permettre une preuve pertinente aux critères de l'article 1003 C.p.c., sauf peut-être en de rares cas, lorsque par exemple, celle-ci a une faible valeur probante et que son admissibilité serait susceptible de prolonger inutilement l'audition, d'entraîner la confusion des questions en litige ou de porter inutilement préjudice à une partie, un témoin ou un tiers. Ce faisant, le mécanisme de la preuve appropriée prévu à l'article 1002 C.p.c. vient épouser les principes fondamentaux en matière de

preuve énoncés au C.c.Q. et notamment à l'article 2857 C.c.Q.

En somme, la preuve que les parties pourraient demander de présenter à l'égard des critères de l'article 1003 a), c) et d) C.p.c. devrait être en principe permise puisqu'il s'agit de conditions spécifiques à l'étape de l'autorisation d'un recours collectif qui doivent obligatoirement être remplies et sur lesquelles il ne devrait plus y avoir de débat si l'étape de l'autorisation devait être franchie. Évidemment, la tâche du tribunal est plus délicate lorsque l'on demande la permission de présenter une preuve en relation avec le critère prévu à l'article 1003 b) C.p.c. En effet, ce critère touche les questions en litige qui devront être tranchées au mérite, mais impose néanmoins au requérant un fardeau de démonstration plutôt qu'un fardeau de preuve, tel que le soulignait la Cour d'appel dans l'arrêt *Piro*¹⁴ :

Il ne faut donc pas confondre l'action intentée une fois autorisée et la procédure visant cette autorisation. L'objet et la finalité de l'une et l'autre sont antinomiques. Dans le premier cas, le tribunal doit statuer sur le mérite même de l'action ; seront alors appliquées toutes les règles de procédure et de preuve imposées par la loi. Dans le second, le juge ne fait que vérifier si les conditions stipulées à l'article 1003 C.p.c. sont satisfaites, c'est-à-dire la qualité du représentant, la similarité ou connexité des ques-

14. *Pharmascience inc. c. Option Consommateurs*, EYB 2005-89683 (C.A.), j. Gendreau, Rochon et Robert [ci-après « *Piro* »] [autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée (25 août 2005)].

tions de fait ou de droit et le rapport juridique entre les allégations et la conclusion recherchée. *Dans ce dernier cas, le fardeau en est un de démonstration et non de preuve.*¹⁵

Ce concept de « fardeau de démonstration » et ce qui le distingue du « fardeau de preuve » mériterait une analyse exhaustive que nous n'avons pas la prétention de faire dans le cadre du présent texte. Quelques observations méritent cependant d'être faites.

Ce « fardeau de démonstration » découle de l'analyse qui a été faite par les tribunaux de l'article 1003 b) C.p.c., incluant celle de la Cour suprême du Canada qui a, dès les débuts du recours collectif, affirmé que le juge ne devait, au stade de l'autorisation, que s'assurer qu'il y a une apparence sérieuse de droit à la lumière des faits allégués, sans égard au bien-fondé du recours¹⁶. En fait, le juge doit examiner le syllogisme juridique au regard des faits allégués, les tenant, à ce stade, pour avérés¹⁷.

Tel que souligné, la difficulté réside dans le fait que les arguments qui doivent être présentés par le requérant pour satisfaire au critère de l'article 1003 b) C.p.c. sont étroitement liés au mérite de la cause. Cependant, le tribunal est invité à faire une étude de la requête en autorisation sans se saisir du mérite. Le requérant doit en fait *démontrer* le sérieux de ses

prétentions à la lumière des faits allégués, mais non pas *prouver* les faits allégués. La ligne où cesse l'analyse et où l'on considère que le requérant a rempli son fardeau de démonstration paraît néanmoins, en pratique, difficile à tracer. Conséquemment, nous pouvons nous interroger sur ce qu'implique ce fardeau de démonstration pour le requérant.

À notre avis, pour que le requérant puisse démontrer le sérieux de ses prétentions – même si l'on tient pour avérés les faits allégués – il peut néanmoins être requis, dans certaines circonstances, de faire une preuve que nous pourrions qualifier de sommaire et qui démontre, à première vue, que certains faits *essentiels* existent.

Ceci rejoint d'ailleurs les propos de la Cour d'appel dans l'arrêt *Piro*, où elle affirme : « Dès lors, puisque, dans le cadre du mécanisme de filtrage et de vérification, le juge doit, si les allégations de fait paraissent donner ouverture aux droits réclamés, accueillir la requête et autoriser le recours, *il n'y aura pas, dans tous les cas, la nécessité d'une preuve.* »¹⁸ [nos italiques] Ceci paraît exact, en ce sens qu'une preuve ne sera pas toujours nécessaire si le dossier, à sa face même, démontre que les faits essentiels à l'appui des prétentions du requérant existent. L'affaire *Dorion c. Compagnie des*

15. *Ibid.*, au para. 25.

16. *Comité régional des usagers des transports en commun de Québec c. Commission des transports de la Communauté urbaine de Québec*, [1981] 1 R.C.S. 424.

17. *Piro*, *supra* note 14, au para. 29.

18. *Ibid.*, au para. 30.

*chemins de fer nationaux du Canada (CN)*¹⁹ résume bien ce fardeau de démonstration :

Le Tribunal doit examiner si les faits allégués dévoilent une apparence sérieuse de droit.

[...]

La Cour d'appel du Québec dans *Meese c. P.G. Canada et al.* reprend l'arrêt de principe de la Cour suprême dans *Guimond* et ajoute ce qui suit :

Dans cette affaire, le juge Gonthier rappelle qu'en vertu de l'article 1003 b) C.p.c., le juge doit éviter de se prononcer sur le fond de l'affaire. Il doit plutôt exercer son pouvoir discrétionnaire afin de décider si la demande présente une apparence sérieuse de droit. Dans le cadre de cet exercice, il examine les allégations de la procédure, les témoignages rendus lors des interrogatoires en vertu de l'article 93 C.p.c. ainsi que les pièces au dossier. Puis, il décide si la réclamation présente une apparence sérieuse de droit.

Il est important de souligner que le législateur, tout comme dans le cas de l'injonction interlocutoire, parle d'une apparence sérieuse de droit. *Une apparence sérieuse de droit consiste en une apparence qui repose sur des allégations sérieuses qui « prima facie » semblent bien fondées. Une réclamation reposant sur des allégations frivoles et qui s'avèrent mensongères à la suite d'un*

interrogatoire n'est certes pas fondée sur une apparence sérieuse de droit. (nos italiques)

Pour déterminer s'il y a apparence sérieuse de droit, le Tribunal doit examiner si, à première vue, les faits essentiels sont établis et s'ils sont suffisants pour justifier les conclusions recherchées. Dans *Vignola c. Chrysler Canada ltée*, la Cour d'appel s'exprime comme suit :

On a déjà décidé que la requête en autorisation d'exercer le recours collectif doit faire voir au Tribunal « une apparence sérieuse de droit ». Il va de soi que cette requête, complétée par affidavit et précisée ou corrigée par le témoignage du requérant lui-même, doit également faire voir une apparence sérieuse des faits essentiels qui sont une condition sine qua non du droit au recours collectif. *Se contenter d'une vague possibilité que ces faits essentiels existent, plutôt que d'une apparence sérieuse de leur existence, inviterait les justiciables à abuser de la procédure exceptionnelle du recours collectif.* (nos italiques)²⁰ [références omises]

En ce sens, une requête pour être autorisé à exercer un recours collectif devrait à notre avis contenir des allégations de faits suffisamment précises et particulières qui – si elles sont tenues pour avérées – permettent de conclure à l'*existence de faits essentiels* qui, par déduction, peuvent mener aux con-

19. EYB 2005-86254 (C.S.), j. Jacques.

20. *Ibid.*, aux para. 87 à 91.

clusions du requérant. Dans l'affaire *Option consommateurs c. Novopharm Limited*²¹, la juge Roy affirmait d'ailleurs :

Le Tribunal doit examiner le syllogisme juridique au regard des faits allégués. Le Petit Robert définit le syllogisme comme un « [...] raisonnement déductif rigoureux qui ne suppose aucune proposition étrangère sous-entendue ».

Une apparence sérieuse de droit consiste en une apparence qui repose sur des allégations sérieuses qui, *prima facie*, semblent bien fondées. Une réclamation qui repose sur des allégations frivoles ou qui s'avèrent mensongères, suivant un interrogatoire, n'établit pas d'apparence sérieuse de droit. Le Tribunal ne peut se fonder sur de pures spéculations pour conclure à une apparence sérieuse de droit.

Le requérant doit alléguer des faits particuliers, des circonstances précises suffisantes pour permettre au Tribunal de déterminer si la condition du paragraphe 1003 b) C.p.c. est satisfaite. Il ne suffit pas d'alléguer les conclusions recherchées.

Les allégations qui relèvent de l'argumentation juridique et les allégations d'opinion n'ont pas à être tenues pour avérées.²² [nos italiques]

D'ailleurs, depuis le début de l'année 2006, nous constatons que certains juges adoptent avec raison une approche beaucoup plus rigoureuse lors de l'analyse du critère prévu à l'article 1003 b) C.p.c. et ne semblent plus se satisfaire d'allégations vagues et générales²³. Les tribunaux tendent de plus en plus à effectuer une analyse rigoureuse et approfondie du recours proposé à la lumière des critères de l'article 1003 C.p.c. Comme l'explique de façon éloquente le juge Fraiberg dans *Ata c. 9118-8169 Québec Inc.*²⁴ :

Bien qu'il soit vrai que le Tribunal devrait résoudre tout doute à savoir si la requérante démontre oui ou non une apparence de droit sérieuse pour autoriser le recours collectif, le doute ne doit pas être, toutefois, le produit de l'incertitude ou de l'ignorance demeurant après un examen trop hâtif ou superficiel de la loi pertinente et des allégations de faits. Il devrait plutôt être le reliquat d'une analyse rigoureuse appropriée de la question soulevée. De même, bien qu'il faille un certain effort d'interprétation pour que le Tribunal soit convaincu que le recours proposé est sans fondement juridique, cet effort ne lui confère pas une légitimité plausible qu'il n'a pas autrement.²⁵

21. EYB 2006-100093 (C.S.) [ci-après « *Option Consommateurs* »].

22. *Ibid.*, aux para. 78 à 81.

23. Voir en ce sens les affaires suivantes : *Option Consommateurs*, *supra*, note 21, Ref133815422h * MERGEFORMAT 21, *Lenzi c. Apple Canada Inc.*, 2006 QCCS 453, j. Richer (inscription en appel) ; *Jobin c. Montréal (Société de transport)*, EYB 2006-102616 (C.S.), j. Matteau (inscription en appel) ; *George c. Québec (Procureur général)*, EYB 2006-109753 (C.A.), j. Trudel, Bich et Vézina ; *Lachance c. Cleyn & Tinker Inc.*, J.E. 2006-1433 (C.S.), j. Capriolo, (inscription en appel) ; *Brindle c. Canada (Procureur général)*, 2006 QCCS 3981, j. Tessier ; et *Pellemans c. Lacroix et al.* (12 septembre 2006), Montréal 500-06-000302-055, (C.S.), j. Jasmin.

24. J.E. 2006-1470 (inscription en appel).

25. *Ibid.*, au para. 112.

Cette approche nous semble fort sage en ce sens qu'elle permet de rétablir un certain équilibre entre les droits des intimés et des requérants, d'autant plus que ces derniers n'ont plus à appuyer leur demande pour être autorisés à exercer un recours collectif d'un affidavit. Une analyse rigoureuse est essentielle afin de s'assurer que l'étape de l'autorisation d'un recours collectif ne devienne pas qu'une simple formalité. Ce faisant, on aborde plutôt cette étape conformément à son objet, soit un mécanisme de filtrage et de vérification. Cet exercice de filtrage et de vérification doit être tangible et réel, dans l'espoir d'écarter les demandes frivoles et mal fondées, ou encore celles inadaptées au recours collectif. L'étape de l'autorisation confie en fait aux juges un rôle capital afin d'éviter que l'on abuse de la procédure du recours collectif. Par conséquent, exiger du requérant des allégations de faits particuliers et

précis à l'appui de ses conclusions s'accorde pleinement avec ce rôle.

À défaut de comporter un énoncé cohérent de faits détaillés, clairs et indispensables aux conclusions recherchées, et qui en quelque sorte de par sa précision tend à lui seul, *prima facie*, à démontrer l'apparence sérieuse du droit du requérant, nous sommes d'avis que le fardeau de démonstration de ce dernier n'est pas rencontré, sauf s'il présente alors une preuve additionnelle et pertinente. Dans certains cas, l'intimé devrait pouvoir présenter une preuve appropriée relativement à l'article 1003 b) C.p.c. qui, sans s'immiscer dans le fond du litige, permettrait de neutraliser les faits essentiels allégués. Cette preuve devrait être autorisée lorsqu'elle démontre par exemple qu'un fait essentiel allégué par le requérant est erroné ou mensonger, mais non pas, par exemple, pour appuyer des arguments qui relèvent de la contestation au fond²⁶.

26. Voir en ce sens *Association des résidents riverains de la Lièvre c. Canada (Procureur général)*, 2006 QCCS 3050, j. Isabelle. Dans cette affaire, les requérants ont entrepris un recours à l'endroit du Procureur général du Canada (ci-après « P.G. du Canada »), du Procureur général du Québec (ci-après « P.G. du Québec ») et de trois autres compagnies, les Industries James MacLaren, Services Énergie Brascan Inc. et Nexfor Inc. (ci-après « Compagnies »), afin de faire déclarer discriminatoire la *Loi concernant le barrage-réservoir des Rapides de Cèdres* (L.Q. 1992, c. 52) (ci-après « Loi ») à l'endroit des riverains, et afin qu'il soit ordonné aux intimées de procéder à la gestion et à l'exploitation du barrage de façon à garantir l'intégrité des rives et la protection des immeubles riverains. Les *Compagnies* ont demandé la permission de présenter en preuve leurs organigrammes corporatifs et le témoignage d'une conseillère juridique afin de démontrer qu'elles ne sont ni propriétaires, ni gestionnaires du barrage, et par conséquent qu'il y a absence de lien de droit entre elles et les requérants. Le juge Isabelle a autorisé cette preuve, la considérant pertinente pour l'analyse du critère de l'apparence de droit prévu à l'article 1003 b) C.p.c. Notons cependant que le juge Isabelle a rejeté la requête du *P.G. du Canada* qui souhaitait démontrer par témoignage son respect de ses obligations statutaires, jugeant que cette preuve relevait du fond. La requête du *P.G. du Québec*, qui souhaitait démontrer également par témoignage son respect de la *Loi* relativement au niveau de l'eau, a également été rejetée, le juge Isabelle étant d'avis que cette preuve n'était pas pertinente pour contrer la démonstration que devaient faire les requérants.

En outre, nous croyons qu'une demande de l'intimé pour être autorisé à présenter une preuve appropriée devrait recevoir un accueil favorable dans le mesure où le requérant s'est également vu autoriser à présenter une preuve. Par mesure d'équité, l'intimé devrait pouvoir répondre à l'aide d'éléments de preuve aux prétentions du requérant elles-mêmes supportées par des éléments de preuve. C'est d'ailleurs en ce sens que s'exprimait récemment le juge Godbout dans l'affaire *Spieser*, alors qu'il refusa la demande des intimés pour que la requérante se soumette à un examen médical :

Qu'en serait-il si M^{me} Spieser avait produit une expertise médicale à l'appui des allégations de sa requête ?

Dans *Brochu c. Société des loteries du Québec*, notre Cour, alors présidée par l'honorable Julie Dutil maintenant à la Cour d'appel, écrit : « S'il a cru ces rapports pertinents au stade de l'autorisation, il est difficile de refuser à la Société le droit de le contredire et de présenter au tribunal des opinions différentes ».

Si le requérant choisit d'appuyer sa requête avec une opinion d'expert, il s'impose ainsi un fardeau non prévu aux paragraphes a) et b) de l'article 1003 C.p.c. qui limitent l'analyse du tribunal à décider si :

a) les recours des membres soulèvent des questions de droit ou de fait identiques, similaires ou connexes ;

b) les faits allégués paraissent justifier les conclusions recherchées.

*Dans ce cas, il ne serait que normal que l'intimé bénéficie des mêmes possibilités que le requérant, chaque cas devant toutefois être analysé à son mérite.*²⁷ [nos italiques, références omises]

Cette approche nous apparaît logique et raisonnable car elle veille à préserver un juste équilibre entre les droits des parties et assure une certaine proportionnalité en ce qui a trait aux moyens qu'elles peuvent utiliser pour appuyer leurs prétentions.

Évidemment, dans tous les cas, l'intimé devra faire preuve de prudence et de discernement car le tribunal cherchera à limiter le débat aux questions qui relèvent de l'autorisation et éviter de permettre un procès au mérite à cette étape. À cette fin, il peut être sage d'emprunter la voie d'un interrogatoire préalable du requérant qui, comme le soulignait d'ailleurs le juge Godbout dans l'affaire *Young*, permet à un plaideur de mieux connaître les fondements de la réclamation présentée contre lui, d'évaluer la qualité de la preuve du

27. *Speiser, supra*, note 11, aux para. 22 à 25. En ce sens, voir également l'affaire *Piro c. Novopharm Limited*, REJB 2004-64967 (C.S.), j. Roy, aux para. 51 et s. Dans cette décision, la juge Roy permet la présentation d'une preuve par les intimées (des articles de journaux) pour faire preuve de la notoriété publique du droit d'action et donc démontrer que le recours est prescrit. Reconnaissant qu'il peut être inapproprié de décider la question de prescription au stade de l'autorisation, la juge Roy affirme cependant qu'en l'espèce cette preuve est pertinente et souligne que « ce sont les requérantes elles-mêmes qui ont amené l'allégation d'absence de connaissance du droit de poursuivre avant février 2003 ».

requérant et, parfois, d'évaluer l'opportunité de maintenir la contestation ou, au moins, de mieux définir le cadre de celle-ci. L'interrogatoire préalable est une façon d'élaborer une preuve qui ne transforme pas le fardeau de démonstration du requérant en un fardeau de preuve, mais permet plutôt de vérifier si le requérant rencontre son fardeau de démonstration. Au surplus, et tel qu'en font foi les décisions discutées auparavant, les tribunaux semblent réceptifs aux demandes visant à interroger au préalable le requérant, dans la mesure où cet interrogatoire respecte les objectifs de l'étape de l'autorisation d'un recours collectif²⁸.

Notons également que le ministre de la Justice invite à poursuivre la réflexion en cette matière. Tenu en vertu de l'article 180 de la *Loi portant réforme du Code de procédure civile*²⁹ de procéder à l'évaluation de cette réforme, le ministre fit un certain nombre de recommandations qualifiées de « voies d'orientations »³⁰. En matière de recours collectifs, cette voie d'orientation se lit ainsi :

Maintenir la règle actuelle en matière de recours collectif, mais poursuivre tout de même la réflexion et les recherches en cette matière. Cependant, si l'interrogatoire du requérant devait être de nouveau admis, il faudrait que le tribunal en précise les limites afin d'éviter les dérives et le prolongement des délais.³¹

Il sera donc fort intéressant de suivre l'évolution de la jurisprudence relativement à l'étape de l'autorisation des recours collectifs, où le rôle accru confié aux juges par la réforme du C.p.c. est important et délicat. En effet, ceux-ci devront gérer cette étape de manière à respecter les objectifs de la réforme et les droits de toutes les parties, face à des dossiers susceptibles de soulever des enjeux considérables. Les tribunaux ont la difficile tâche de permettre l'accès à la procédure du recours collectif dans les cas appropriés, tout en évitant de permettre que l'on abuse de cette procédure. De tels objectifs délicats à concilier mais également importants ne peuvent être atteints que par une approche très rigoureuse des tribunaux.

28. Voir également en ce sens la récente décision de la Cour d'appel *Bouchard c. Agropur coopérative* (18 octobre 2006), Québec 200-09-005067-050, (C.A.), j. Gendreau, Mailhot et Pelletier, au para. 45.

29. L.Q. 2002, c. 7.

30. Québec, Ministère de la justice, *Rapport d'évaluation de la Loi portant réforme du code de procédure civile*, mars 2006.

31. *Ibid.*, à la p. 78.

DROIT DE L'ARBITRAGE

Babak Barin & Katherine Taylor*

Confidentiality and Commercial Arbitration in Canada – A Tale with a Cautious Ending

*A moment's insight is sometimes
worth a life's experience.*

Oliver Wendell Holmes

Ask any businessperson in Canada why they wish to resort to arbitration to resolve their company's large, important and complex business dispute, and nine out of ten times, the answer will be as follows: first, because arbitration is confidential and second, because it is an expedient way to resolve disputes. While there may be a grain of truth encysted in the second assertion (this is not the paper in which we wish to enter into that debate), the first is clearly more problematic. Readers should immediately take solace in the fact that this problem is not unique to Canada or any of its jurisdictions.

Around the globe, confidentiality has been hailed by some as one of the principal advantages of arbitration. These individuals have advanced the argument that confidentiality is a sort of *sine qua non* without which the future of arbitration may be in jeopardy. Others have been less dramatic. While there have been doubts

about the true nature of the relationship between arbitration and confidentiality, no such rumours have been circulated about the private nature of arbitration, or the facts that non-parties may be excluded from it and that intruders may be refused access to view documents prepared or produced during it. Nor has anyone questioned the fact that when it comes to international contracts, big or small, arbitration is the *only* way to go.

While there is no case law in Canada on point, decisions from other jurisdictions suggest that when it comes to arbitration and confidentiality, nothing ought to be assumed, particularly where there may be public interest in the outcome of the dispute. From a commercial party's perspective, the objective of protecting critical information from disclosure to non-parties (and indeed sometimes from disclosure to opposing parties) must be balanced against a company's other legal obligations, particularly its obligation to comply with securities laws. Disclosure of the existence of a dispute

* Admitted to practice law in Quebec, Ontario, Alberta and England & Wales – Partner at Woods LLP in Montreal. Ms. Taylor is admitted to practice law in New York and Quebec and is an associate at Sullivan & Cromwell in New York.

and its potential financial impact on the company may be required. There are other examples of conflicting interests, such as the need to disclose potential liabilities where assets that are the subject of an arbitration proceeding are being sold to a third party. Although confidentiality agreements may seek to protect the use of confidential information obtained by a purchaser in a due diligence process, if the purchaser is a competitor of either the claimant or the responding party to the arbitration, disclosure may well cause commercial concerns.¹

During the past decade or so, while courts in Australia, Europe, Asia and the United States of America have had to grapple with and take legal position on the issue of whether arbitration is private, confidential or both, Canadian courts have managed to avoid this thorny issue. As a result, the Canadian position on the issue of confidentiality in arbitration remains to this date unclear.

English law has long-recognised an implied duty of confidentiality in arbitration. This general principle was expounded in *Dolling-Baker v. Merrett and others*,² in which the English Court of Appeal asserted the existence of an “implied obligation arising out of the nature of arbitration itself”³

not to disclose or use for other purposes any documents prepared for the arbitration or disclosed or produced in the arbitration in addition to transcripts of evidence or the award itself. Accordingly, such documents could not be the subject of discovery in later court proceedings. This implied obligation arose from the “essentially private nature”⁴ of consensual arbitration. An exception to this implied obligation of confidentiality was carved out in *Hassneh Insurance Co. of Israel and others v. Mew*,⁵ which allowed for the disclosure of an award and reasons to a third party when such disclosure is reasonably necessary to protect the rights of an arbitrating party as against that third party. The court did not extend this carve-out to the evidence and pleadings from an arbitration.

The notion of an implied duty of confidentiality subject to a still-developing range of exceptions received a significant blow with the Australian case of *Esso Australia Resources Ltd. and others v. Plowman (Minister of Energy and Minerals)*.⁶ According to one observer, this case “caused ripples in the state of Victoria, where it originated and was highly publicized, but ... crashed like a giant wave – a veritable Australian tsunami – on the shores of jurisdic-

1. Barin *et al*, *The Osler Guide to Commercial Arbitration in Canada*, (The Netherlands: Kluwer Law International, 2006) at 157. With respect to the last point, see also: *PanCanadian Petroleum Ltd. v. Nova Scotia Resources (Ventures) Ltd.* (2000), 301 A.R. 287 (Q.B.).

2. [1990] 1 W.L.R. 1205.

3. *Ibid.* at 1213.

4. *Ibid.*

5. [1993] 2 Lloyd's Rep. 243 [*Hassneh*]

6. (1995), 128 A.L.R. 391 [*Esso Australia*]

tions around the world.”⁷ In *Esso Australia*, the High Court of Australia took the world by surprise when it held that confidentiality cannot be implied in an agreement to arbitrate since it is not an “essential attribute” of private arbitration. The High Court also rejected the notion that an absolute duty of confidentiality could be said to arise from the private nature of arbitration. Instead, the court drew a distinction between the notions of privacy and confidentiality with the former, but not the latter, being an inherent characteristic of arbitration. The court then went on to hold that if a duty of confidentiality did exist, it would be subject to a general public interest exception, which is triggered when the public has “a legitimate interest in knowing what has transpired in an arbitration.”⁸

Five years later, and already fatally wounded by the Australian High Court, “the myth about the duty of confidentiality in arbitration”⁹ took yet another blow – this time, a final one, at least as far as Sweden is concerned. In *Bulgarian Foreign Trade Bank Ltd. v. A.I. Trade Finance Inc.*,¹⁰ the Swedish Supreme Court held that while arbitration is based upon an agreement from which it generally follows that the proceedings will

be private, unless the parties have agreed otherwise, there is no legal duty of confidentiality implied or inherent in such an agreement.

It is interesting to note that both the *Esso Australia* and *Bulbank* decisions were rendered against the backdrop of the famous 1988 U.S. Federal District Court decision in *U.S. v. Panhandle Eastern Corp.*,¹¹ which had taken an early and even more extreme approach to this issue by completely rejecting any duty of confidentiality bearing upon the participants in an international arbitration held pursuant to the arbitration rules of the International Chamber of Commerce (“ICC”).

In the meantime, in an apparent attempt to rescue “the emperor of arbitration” whose “raiments of secrecy [had so far been] torn off with surprising ease,”¹² the English Court of Appeal in *Ali Shipping Corporation v. Shipyard Trogir*,¹³ reconfirmed the English position¹⁴ that there is an implied obligation of confidence not to use material generated in the course of arbitration outside the four walls of the proceedings. The court firmly rooted this duty of confidentiality in the private nature of arbitration and, in so doing, temporarily restored in the emperor

7. L. Yves FORTIER, “The Occasionally Unwarranted Assumption of Confidentiality” (1999) 15 Arb. Int’l 131 at 134-5.

8. *Esso Australia*, *supra*, note 6 at para. 38.

9. H. BAGNER, “Confidentiality – A Fundamental Principle in International Commercial Arbitration?” (2001) 18 J. Int’l Arb. 243 at 248.

10. Case No. T 1881-99, October 27, 2000 [*Bulbank*].

11. 118 F.R.D. 346 (D. Del. 1988).

12. J. PAULSSON & N. RAWDING, “The Trouble with Confidentiality” (1995) 11 Arb. Int’l 303 at 303.

13. [1998] 2 All E.R. 136 [*Ali Shipping*].

14. See *Dolling-Baker v. Merrett*, *supra* note 2.

what little honour it could – at least as far as his reign in England was concerned. Specifically, the court asserted that this broad duty of confidentiality arises as a matter of law and that it constitutes an “essential corollary of the privacy of arbitration proceedings.”¹⁵

The English position, as revitalized by *Ali Shipping*, was recently endorsed by the High Court of Singapore in *Myanma Yaung Chi Oo Co. v. Win Win Nu & another*.¹⁶ Indeed, Kan Ting Chiu J. expressly declined to follow the *Esso Australia* approach on the grounds that it is inconsistent with the nature and purpose of arbitration:

I prefer the English position over the Australian. Parties who opt for arbitration rather than litigation are likely to be aware of and influenced by the fact that the former are private hearings while the latter are open hearings. Rather than to say that there is nothing inherently confidential in the arbitration process, it is more in keeping with the parties' expectations to take the position that the proceedings are confidential, and that disclosures can be made in the accepted circumstances.¹⁷

On this basis, the court proceeded to approve of and apply the reasonable necessity exception to the duty of confidentiality put forth in *Hassneh*.

At the same time, the English courts themselves have now cast a shadow of doubt over the *Ali Ship-*

ping approach as a result of the ruling in *Associated Electric and Gas Insurance Services v. European Re-insurance Company of Zurich*.¹⁸ This case required the construction of an express confidentiality agreement between arbitrating parties and, accordingly, the Privy Council declared it unnecessary to comment on the nature or extent of any implied duty of confidentiality in arbitration. However, the court made the following rather disquieting comments with regard to the *Ali Shipping* approach:

[t]he *Ali Shipping* case, like the present case, concerned the use in one arbitration of material obtained in an earlier arbitration with a view to supporting a plea of issue estoppel in the later arbitration ... Potter LJ, who delivered the leading judgment ... affirming the privacy of arbitration proceedings, went on to characterise a duty of confidentiality as an implied term ... and then to formulate exceptions to which it would be subject. Their Lordships have reservations about the desirability or merit of adopting this approach. It runs the risk of failing to distinguish between different types of confidentiality which attach to different types of documents or to documents which have been obtained in different ways and elides privacy and confidentiality. Commercial arbitrations are essentially private proceedings and unlike litigation in public courts do not place anything in the public domain.¹⁹

15. *Ali Shipping*, *supra*, note 13 at 146.

16. [2003] 2 S.L.R. 547.

17. *Ibid.* at para. 17.

18. [2003] 1 All E.R. (Comm.) 253 [*Aegis*].

19. *Ibid.* at para. 20.

Of course, this does not constitute an overturning of the *Ali Shipping* decision. Furthermore, given that the court had the benefit of an express confidentiality provision in this case, these statements could merely reflect the sentiment that the delimitation of the scope of confidentiality is a complex issue that is properly addressed on a case-by-case basis.²⁰ However, these statements quite pointedly remind us of the uncertainty and instability which continues to besiege the issue of confidentiality.²¹

Despite this potentially relentless uncertainty, the English arbitration community can, at the very least, take comfort in the fact that the issue of confidentiality has been persistently and openly debated in the jurisprudence. The same cannot be said in Canada.

In fact, the only clear Canadian position to which one can point with respect to the duty of confidentiality in arbitration can be found in a NAFTA Chapter Eleven interpretive note which states: “[n]othing in the NAFTA imposes a general duty of confidentiality on disputing parties to a Chapter Eleven Arbitration, and subject to the application of Article 1137(4), nothing in the NAFTA precludes the Parties from providing public access to documents submitted to, or issued by, a Chapter Eleven tribunal.”²² Leaving aside arbitration proceedings under the NAFTA which, by their very nature, require special consideration, a review of Canadian Civil and Common law-inspired case law on arbitration reveals that decisions relating to any kind of obligation of confidentiality

20. N. RAWDING & K. SEEGER, “*Aegis v. European Re* and the Confidentiality of Arbitration Awards” (2003) 19 Arb. Int’l 483.

21. See also *City of Moscow v. Bankers Trust Company*, [2004] E.W.C.A. Civ. 314 [*City of Moscow*] in which the English Court of Appeal considered whether legal proceedings arising from an arbitration are necessarily confidential. The court stated that a judgment arising out of a hearing on an arbitration claim will generally contain little confidential information and should be disclosed to the public. This case has been characterised as “reflecting a growing judicial reluctance to impose blanket confidentiality protection on parties to commercial arbitrations” (M. YOUNG & L. SHORE, “Confidentiality of Court Proceedings Related to an Arbitration – Comments on *City of Moscow v. Bankers Trust Company*” (2004) 22 ASA Bulletin 628 at 628).

However, in *Glidepath BV and others v. Thompson and others*, [2005] All E.R. (Comm) 833, Colman J. of the Queen’s Bench refused to grant the claimant, a non-party to the arbitration in question, access to documents which arose on proceedings that took place before the court action was stayed in favour of arbitration. Colman J. relies upon *Ali Shipping* and appears to limit the application of *City of Moscow*, holding that “even at the stage before the court has ordered a stay, the private and confidential character of proceedings ancillary to the arbitral process ought to be protected” (at para. 20). More generally, the court commented that “[i]t is important that the courts do not allow vague principles of open justice to cause them to pay mere lip service to the confidentiality of arbitration proceedings, while permitting inroads into that regime, unless it is really necessary to give access in the interests of justice” (at para. 28).

22. NAFTA Free Trade Commission, “Notes of Interpretation of Certain Chapter 11 Provisions” (July 31, 2001).

in arbitration proceedings are both scarce and confusing.

This lack of guidance is troubling. This is particularly true in a country whose commercial well-being depends almost entirely on international trade, a country that was the first in the world to enact provincial (in the case of the nine common law provinces) and federal legislation based on the Model Law,²³ and that produces the largest number of Model Law-related cases in the world.

What is clear is that an obligation of confidentiality in arbitration must be rooted in a sharp distinction between arbitration as a fundamentally private proceeding and all other public proceedings. After all, the principle of openness in public proceedings is deeply entrenched in Canada.

According to the Supreme Court of Canada, “one of the underlying principles of the judicial process is public openness, both in the proceedings of the dispute, and in the material that is relevant to its resolution.”²⁴ Moreover, there is a strong public policy in favour of openness: “[p]ublic confidence in the integrity of the court system

and understanding of the administration of justice are thereby fostered.”²⁵ Exceptions to this public policy are only justified where it is necessary to protect social values of “superordinate importance.”²⁶ But, as Lord Hobhouse of Woodborough quite aptly put it in *Aegis*, “[c]ommercial arbitrations are essentially private proceedings and unlike litigation in public courts do not place anything in the public domain.”²⁷ The Supreme Court of Canada has previously addressed this public/private distinction in *Lac d’Amiante du Québec v. 2858-0702 Québec*,²⁸ where it concluded that examinations on discovery, which occur “in the private sphere”²⁹ rather than the open, public sphere of a trial, are subject to an implied obligation of confidentiality.

In *Lac d’Amiante*, the specific question that was raised before the Supreme Court of Canada was the following: “[i]s there an implied rule of confidentiality concerning evidence or information obtained at examinations on discovery under the *Quebec Code of Civil Procedure* (“CCP”)?” Following an examination of Article 23 of the *Quebec Charter of Human Rights and Freedoms*,³⁰ the Supreme Court con-

23. Note that the Model Law is also referred to in Book VII (Arbitrations) of the *Quebec Code of Civil Procedure*.

24. *Sierra Club of Canada v. Canada (Minister of Finance)*, [2002] 2 S.C.R. 522 at 526.

25. *Nova Scotia (Attorney General) v. MacIntyre*, [1982] 1 S.C.R. 175 at 185.

26. *Ibid.*

27. *Supra*, note 18.

28. *Lac d’Amiante du Québec Ltée v. 2858-0702 Québec Inc.*, [2001] 2 S.C.R. 743 [*Lac d’Amiante*].

29. *Ibid.* at 777.

30. R.S.Q., c. C-12.

cluded that, despite the publicity requirement set out in that provision,³¹ there is nonetheless an implied rule of confidentiality with respect to the contents of examinations on discovery. This is what the Supreme Court had to say in this regard:

[t]he changes that have been made to these rules [the CCP] confirm that in Quebec civil procedure, the examination on discovery has become essentially exploratory, despite some opinions to the contrary [...] Common law discovery, like the Quebec procedure allows the adverse party to obtain information about the case so that he or she can take a position regarding the claim that has been filed. The parties may also try to obtain admissions from their opponents regarding certain aspects of the case. There are procedural rules regarding discovery in every Canadian province, as well as in the Federal Court. The content of the rules is equivalent, with minor variations.

First there is what is called the "examination for discovery" that takes place after the exchange of pleadings. This procedure is widespread, particularly in the United States and in the Canadian common law provinces. Elsewhere in the Commonwealth, it is available only with a court order ... A second form of discovery relates to documents. Each party must prepare a sworn statement listing all docu-

ments relevant to the proceedings which the party has in its control or possession. Any adverse party may demand full access to those documents. With the exception of objections based on certain privileges prohibiting disclosure, it appears that a broad range of information may be demanded [...]

On the whole, this procedure does not differ substantially from what now exists in Quebec law. It appears that the preferred approach is far-reaching and liberal exploration that allows the parties to obtain as complete a picture of the case as possible. In return for this freedom to investigate, an implied obligation of confidentiality has [...] emerged in the case law, even in cases where the communication is not the subject of a specific privilege [...] The aim is to avoid a situation where a party is reluctant to disclose information out of fear that it will be used for other purposes. The aim of this procedure is also to preserve the individual's right to privacy [...] It should be noted that this implied obligation of confidentiality does not exist in the United States...³²

By virtue of *Lac d'Amiante*, the threads of an implied obligation of confidentiality were certainly woven into the fabric of Canadian law relating to examinations on discovery by the Supreme Court of Canada. However, the full impact of this case may have been

31. Article 23 of the Quebec Charter reads as follows:

23. Every person has a right to a full and equal, public and fair hearing by an independent and impartial tribunal, for the determination of his rights and obligations or of the merits of any charge brought against him.
The tribunal may decide to sit in camera, however, in the interests of morality or public order.

32. *Lac d'Amiante*, *supra*, note 28 at 770-72.

to sow the seeds for such an obligation (*albeit* accidentally) in the *lex arbitri* of Canada's unique Civil law-inspired province, Quebec.

While Canada's Civil law-inspired jurisprudence on confidentiality in arbitration is, at best, scarce, its Common law-inspired cases on the subject are more properly characterised as confused. In the province of Ontario, one of the first decisions to touch upon this issue was 887574 *Ontario v. Pizza Pizza*.³³ In that case, one of the parties to an arbitration appealed the award and Ontario's superior court was asked to render a confidentiality/sealing order with respect to the appeal materials. In requesting the sealing order, the respondent argued that the parties would not have entered into arbitration without an assurance of confidentiality (in this case there was an express confidentiality agreement), and that to refuse the order would discourage the use of the arbitration mechanism. In refusing to grant the order, Farley J. notes that the case was now "re-entering" the court system after functionally having been in the private confidential sector before the Arbitrator³⁴ and evokes the fundamental principle of openness in the public court system.

On the one hand, this can be interpreted as an implicit recognition of an obligation of confidentiality in

arbitration. Indeed, Farley J. later cites with approval the public/private distinction drawn by Smith J. in *S.(P.) v. C.(D.)*³⁵ as follows: "secrecy can only attend a private system of justice, not a public one."³⁶ On the other hand, it must be recalled that the parties in this case had reached an explicit agreement as to confidentiality, such that Farley J.'s comments may not in fact speak to any implied duty of confidentiality in arbitration. In either case, the court concludes that, once the parties avail themselves of the public system of justice for the purpose of appeal, they are subject to the principle of openness and the necessity for publicity in order to ensure a fair and functioning public judicial system. The court then goes on to say that only in exceptional circumstances will a curtailment of this publicity requirement be justified, that is, openness can be curtailed only to protect social values of "superordinate" importance. Such values were obviously not engaged in this case.

Any hope that Farley J.'s comments in *Pizza Pizza* might be used to lend a supporting hand to the emperor in Canada as a recognition of an implied duty of confidentiality in arbitration was not bolstered by the judgment given in *Auction Finance Group v. Bob Dickinson Auction Service*.³⁷ In that case, Ontario's superior court

33. [1994] O.J. No. 3112.

34. *Ibid.* at para. 6.

35. (1987) 22 C.P.C. (2d) 225 (Ont. H.C.J.).

36. *Ibid.* at 229.

37. [2000] O.J. No. 3384.

was asked to order the production of pleadings, awards, and reasons from past arbitral proceedings involving the parties before the court when the parties themselves, the arbitrator and a related court, had all agreed that those materials be kept confidential. In refusing to grant such an order, C. Campbell J. concluded that “a corollary to the recognition of the arbitration process itself is the recognition of the confidentiality that the parties may [themselves] agree to place on those proceedings.”³⁸ C. Campbell J. then went on to hold that, in the case before him, there was no justification for interfering with the confidentiality agreement concluded between the parties. Again, the presence of an express confidentiality agreement in this case impedes our ability to rely on it as support for the existence of an implied obligation of confidentiality in arbitration.

There is no ambiguity, however, as to the impact of the Ontario’s superior court ruling in *Adesa Corp. et al. v. Bob Dickenson Auction Services Limited et al.*³⁹ on the status of arbitral confidentiality in Canada. In that case, the defendant sought the production of transcripts of discoveries and testimony generated during the course of a prior arbitration between the plaintiff and a third party in light of the fact that certain issues and witnesses in the lawsuit in question were identical to those in the arbi-

tration. Cameron J. notes that the arbitration was “private” and that “[i]t was contemplated by the parties to the Arbitration that the Arbitration would be a private, confidential process.”⁴⁰ Moreover, the arbitrator had rendered a confidentiality order at the end of the arbitration to the effect that “no portion of the transcripts of the hearing or the examination for discovery in this matter or the evidence contained therein shall be provided or communicated to any person apart from counsel on the record to the parties in the arbitration.”⁴¹ Clearly, the confidentiality of the arbitration was specifically bargained for by the parties, was critical to meeting their expectations and was necessary to protect the obviously sensitive nature of the information involved.

Nevertheless, Cameron J. granted the request to encroach on the confidentiality order, and did so on the basis of what he called “fairness to the defendant in the circumstances.”⁴² Specifically, the court disregarded the provisions of the Ontario *Arbitration Act* on the grounds that this Act governs court appeals of awards and court intervention in arbitration only as between the parties to the arbitration. Cameron J. then referred to the court’s status as a superior court of general jurisdiction having all powers necessary to ensure justice is done between the parties before it and stated the following:

38. *Ibid.* at 2.

39. (2004), 247 D.L.R. (4th) 730 [*Adesa Corp.*].

40. *Ibid.* at para. 16.

41. *Ibid.* at para. 22.

42. *Ibid.* at para. 65.

I am satisfied that there was an expectation of confidentiality in the Arbitration. The arbitration relationship generally benefits greatly from the element of confidentiality. The confidentiality of arbitration proceedings should be fostered to maintain the integrity of the arbitration process. I do not regard confidentiality as essential to the arbitration process ... In balancing the interests served by confidentiality against the interests served in determining the truth and disposing correctly of the litigation, I do not think the confidentiality of arbitration proceedings should be elevated to the status of a privilege ... I am not persuaded that the confidentiality of the arbitration process, including the need to encourage the truth of the evidence therein, is so important as to outweigh the need in this court for justice if that requires disclosure.⁴³

The court proceeded to set aside the arbitrator's confidentiality order and order the production of transcripts and discoveries to the extent necessary to afford fairness and justice to the defendant before it. Cameron J. could have buttressed the notion of confidentiality in this case by applying section 25 of the Arbitration Act, which allows a court to enforce an arbitrator's direction as if it was a direction of the court. Furthermore, in choosing to privilege fairness and justice to the defendant in this case, the court completely denied fairness and justice to the parties to the arbitration, who had expected, agreed upon, and been ordered to maintain the confidentiality of their private pro-

ceedings.

The most recent case to consider and – once again – leave unresolved the issue of confidentiality in arbitration is *Hi-Seas Marine Ltd. v. Boelman*.⁴⁴ In this case, the plaintiff attempted to produce the transcripts and award from its arbitration against a corporation in the context of its application for summary judgment against an individual it argued was the alter ego of that corporation (to which the defendant responded with an application for summary dismissal). The defendant succeeded in having the award and transcripts excluded as evidence against it for the purpose of the summary judgment analysis on the basis that they were irrelevant; however, the court did admit these materials for the purpose of the summary dismissal arguments. The defendant had, in part, based its argument on *Ali Shipping* and the straightforward contention that there is in British Columbia an inherent duty of confidentiality in arbitration; predictably, the plaintiff cited *Esso Australia* in response. For its part, the court quotes at length from *Ali Shipping*, but ultimately refuses to take a clear position on the issue of the implied duty of confidentiality: “[w]hile it may eventually be necessary for the courts of this province to comprehensively address the contradictory positions taken by the English Court of Appeal in *Ali Shipping* and the Australian High Court in *Esso Australia*, it is not necessary that I do so in this case.”⁴⁵ However, the court seems

43. *Ibid.* at para. 56.

44. [2006] B.C.J. No. 655 [*Hi-Seas Marine*].

45. *Ibid.* at para. 66.

to conclude that, even accepting the *Ali Shipping* framework for assessing confidentiality, the circumstances of the case before it would fall within the “reasonable and necessary” exception to confidentiality set out by the English Court of Appeal. This case, together with *Adesa Corp.*, suggest that to the extent that Canadian courts do view *Ali Shipping* as authority for the existence of a duty of confidentiality in arbitration, they are giving such broad effect to the exception developed therein as to render this duty relatively meaningless.

But, as it has been eloquently though anonymously put, “just when the caterpillar thought the world was over, it became a butterfly,” and there is yet another decision, not even referred to in *Adesa Corp.* or *Hi-Seas Marine*, which touches upon the issue of confidentiality in arbitration proceedings and which requires comment. In *Mantini v. Smith Lyons LLP*,⁴⁶ the Ontario Court of Appeal was asked to consider the application of an arbitration clause inserted in a law firm’s partnership agreement to a series of disputes between the firm and one of its recently-resigned partners. While neither the arbitration clause nor the Partnership Agreement in question contained a confidentiality clause, Ontario’s highest court adopted the assertion made in the appellant law firm’s factum, and concluded that:

[...] by agreeing to such a broadly-worded arbitration provision, the

parties expressed a clear intention to have the disputes between them arbitrated in a private setting as opposed to being litigated in a public forum. Indeed, there are very logical reasons for wishing the internal affairs of a law firm such as Smith Lyons to be kept private and confidential, and so it is unremarkable that the parties would have agreed to such an all-encompassing arbitration provision.⁴⁷

Accordingly, the court in *Mantini* characterises arbitration as being necessarily both private and confidential, despite the absence of any express confidentiality clause. In so doing, the court seems to distinguish arbitration from court proceedings in both conceptual and functional terms, and embraces the private/public distinction on which an implied duty of confidentiality must be based.

The importance of upholding and promoting arbitration in Canada as an inherently confidential process is significant; as discussed above, “[c]onfidentiality is often perceived as one of the great advantages of arbitration.”⁴⁸ The UNCITRAL Notes on Organizing Arbitral Proceedings indicate that “confidentiality is one of the advantageous and helpful features of arbitration.”⁴⁹ Confidentiality is of particular importance to the players in some of Canada’s most active commercial sectors, including the oil and gas industry as well as the technology industry, particularly when it comes to outsourcing agreements, since disputes might re-

46. [2003] O.J. No. 1831, leave to appeal to the Supreme Court of Canada was refused.

47. *Ibid.* at para 26.

48. Rawding & Seeger, *supra* note 20 at 483.

49. UNCITRAL, *UNCITRAL Yearbook*, vol. XXVII, 1996, part one.

quire the disclosure of confidential and proprietary as well as strategic information.⁵⁰ In fact, a recent case – this time, from the province of Alberta – has confirmed that it is within the jurisdiction of an arbitral tribunal to order arbitrating parties to produce information in breach of their confidentiality commitments to non-parties. In *Jardine Lloyd Thompson Canada Inc. v. Western Oil Sands Inc.*,⁵¹ the Alberta Court of Queen's Bench based this conclusion on Article 19 of the Model Law, which grants the tribunal the power to determine its own procedure over the parties to the arbitration. As a result of this ruling, the likelihood that information and documents coming to light in an arbitration may be sensitive and confidential in nature is that much greater. In the face of this, it is that much more important that arbitration offer commercial parties a sufficient measure of confidentiality.

Unfortunately, the law of arbitration in Canada does not offer such assurances, and will not do so until case law tackles the issue of confidentiality head-on. In the meantime, as one Canadian observer quite aptly put it, we are all “well advised to explicitly opt for confidentiality, if this is in fact [what we] want – not doing so, may mean taking a leap of faith and hoping for the best.”⁵² An example

of what a confidentiality provision in an arbitration clause might look like may be inspired from Article 30.1 of the London Court of International Arbitration (LCIA) Rules which provides:

Confidentiality

30.1 Unless the parties expressly agree in writing to the contrary, the parties undertake as a general principle to keep confidential all awards in their arbitration, together with all materials in the proceedings created for the purpose of the arbitration and all other documents produced by another party in the proceedings not otherwise in the public domain – save and to the extent that disclosure may be required of a party by legal duty, to protect or pursue a legal right or to enforce or challenge an award in bona fide legal proceedings before a state court or other judicial authority.

Alternatively, one could consider the much shorter and narrower provision offered in Article 13 of Schedule B (Expedited Arbitration Procedure) of the Commercial Arbitration Act of the Province of Nova Scotia.⁵³ That provision reads:

Confidentiality

13 All oral hearings and meetings shall be held in private and all written documents shall be kept confidential by the arbitrator and

50. K. NAIRN, “Confidentiality in Arbitration: An Overview” in *Confidentiality and Energy Disputes: Proceedings of a Conference Held May 29-31, 1993* (Canadian Bar Association, 2003).

51. [2005] A.J. No. 943, aff'd [2006] A.J. No. 32 (Alta. C.A.), though partially reversed on other grounds. Leave to appeal to the Supreme Court of Canada was refused.

52. M. LALONDE, “Commercial Arbitration and Confidentiality in Canada” (2002) Euromoney Publications.

53. *Commercial Arbitration Act*, 1999, c. 5, s.1.

the parties and shall not be disclosed to any other person, except with the consent of all parties.

As the common saying goes, there are “different strokes for different folks.” But, there is one

thing which all users of arbitration must be cognizant of in light of the current state of Canadian law: if they want their bargains and expectations to be upheld, better be safe than sorry!

LISTE DES MÉMOIRES DE MAÎTRISE ET THÈSES DE DOCTORAT ACCEPTÉS EN 2005

UNIVERSITÉ D'OTTAWA

Thèses et mémoires approuvés en 2005 et 2006

N.B. : Veuillez noter que les thèses de doctorat et de maîtrise sont disponibles pour consultation à la bibliothèque Brian Dickson située dans l'édifice de la Faculté de droit de l'Université d'Ottawa (Pavillon Fautoux, 57, Louis-Pasteur).

Thèses de Doctorat

BOURASSA, Luce, Les modalités d'écoute de la parole de l'enfant en matière de garde.

BUCKINGHAM, Donald, Feeling the Squeeze ! National Food Labelling Legislation in a WTO World : Case Studies – France, Canada & Ghana/Ça coince ! La co-existence de la réglementation nationale de l'étiquetage alimentaire sous l'ombre de l'OMC : Cas d'études – France, Canada, Ghana.

N.B. : M. Buckingham a complété un programme de cotutelle au niveau du LL.D. avec l'Université d'Ottawa et l'Université de Montpellier I.

ROY, Ingrid, La reconnaissance du « droit de participation » des minorités à la « vie de l'État » : évolution du droit international et pratique des États.

ROY, Simon, La communication de la norme pénale et la légitimité de la peine.

Thèses de Maîtrise en droit (LL.M.)

GREENE, Jo-Ann Earla, Wikwemikong First Nation : Unceded Aboriginal Title To Manitoulin Island ?

HUANG, Yingliang, Reservations to Multilateral Human Rights Treaties.

LEWIS, Glennis, Protecting Canada's Natural Ecosystems from Invasive Alien Plant Species : Is Sub-National Weed control Legislation Up to the Task ?

NSANZABAGANWA, Richard, La législation canadienne et internationale en matière de drogue : Les difficultés du droit criminel appliqué aux illicites à double face.

Mémoires de Maîtrise en droit (LL.M.)

N.B. : Veuillez noter que les mémoires ne sont pas disponibles pour consultation.

AUDET, Sylvain, L'évaluation utile de la valeur des brevets : la pièce manquante pour l'épanouissement des systèmes de brevets actuels.

AUER, Monica, The CRTC's Enforcement of Canada's Broadcast Legislation : Concern, Serious Concern and Grave Concern.

BARRIGAR, Jennifer, Is You Is Or Is You Ain't ? : Making PIPEDA's Rights Language Meaningful By Re-Viewing Social Value.

BIRCHALL, Charles, Water Source Protection in Ontario : International and Domestic Comparisons.

BROWN, Tenille, From Victoria to The Draft Declaration : A Reoccurring Argument for Substantive Aboriginal Land Title.

CRUISE, Shelley, Personal Responsibility for Health Care : Could it be the next step in the judiciary's willingness to succumb to the Charter's regressive tendencies ?

GAUTHIER, Irene, International and Domestic Implications – Should Canada Support or Not the Realization of a Right to Water at International Law as Set Out in General Comment No.15.

GUANABARA, Ana Karinny, Workplace Discrimination Through Internet and Emails.

HAYKAL-SATER, Mathilda, La surcriminalisation du droit électoral canadien en vertu de la *Loi électorale du Canada*.

HENRIE, Dominique, Le rôle de l'emploi dans le système canadien des marques de commerce.

INKSATER, Kimberly, Resolving Tensions between Indigenous Law and Human Rights Norms through Transformative Juricultural Pluralism.

KEIVER, Michael, Has the WTO Demoted the Precautionary Principle ?

LAI, Yi-Ching, Independent Directors : Theories and Empirical Studies.

MacGREGOR, Bruce, Canadian Military Boards of Inquiry in the Line of Fire of Procedural Fairness.

MAGRO, Mark, Transnational Harmonization of Merger Notification and Review Procedure.

MATHIEU, Melissa, The Question of Arming Canada's Border Services Officers : a Legal Analysis.

MAYNE, Aharon, Voice, Memory, Truth and Hope : The Jewish/Muslim Encounter in Islamic Law and Society.

MOSCHOPOULOS, Ourania, Shrimp-Turtle, Gambling and the Introduction of International Human Rights in the WTO.

NZOHABONAYO, Anaclet, Traitement National et Nation la Plus Favorisée : Deux Principes Clés dans la Protection de l'Investissement Étranger dans l'Espace ALENA.

OSAJDA, Konrad, One European Succession Law : Harmonizing the civil law and common law concepts relating to the appointment of successors.

PELLETIER, Julien, La résurrection des droits linguistiques pour les provinces de la Saskatchewan et de l'Alberta.

PINERO, Veronica, Modern Penal Rationality : The Cases of the Youth Criminal Justice Act.

WANG, Yi, Liberalization and Restructuring : Analysis of China's GATS Obligations and Commitments in the Banking Sector.

ZAGORSKA, Agnieszka, The "Truth" and the Pharmaceutical Industry : Pharmaceutical Companies Must be Held Liable for the Failure to Warn.

Mémoires de Maîtrise en droit avec concentration en droit et technologie

N.B. : Veuillez noter que les mémoires ne sont pas disponibles pour consultation.

AL-SHARIEH, Saleh, Birth, Hibernation, and Renaissance : The Life Cycle of Balance under the Canadian Copyright Law.

ARKOWSKA, Kinga, Eat a Cake and Have a Cake – How to Keep the Benefit of the Use of Electronic Signatures Without Giving Up Personal Privacy.

- BELLEFEUILLE, Natalie, Tessling and the Quality of Information : A Potential Threat to the Protection of Privacy under the Charter.
- BERGERON-GUYARD, Sébastien, La provocation policière dans le cyberspace : le test de l'arrêt *Mack* mis à l'épreuve.
- CASALE, Andrew, Resolving Business to Consumer E-Commerce Disputes : Will ODR carry through ? Challenges and Issues Pertaining to the Enforcement of Dispute Resolutions Involving Extra-Jurisdictional Parties.
- CORREA PEREIRA, Karina, The Role of the State in the Collective Management of Copyright in Latin America.
- FINESTONE, Martin, Making it Personal : Bioveillance and Interferences with the Security of the Person.
- GARDNER BIGGS, Alison, The Broadcast Flag : Canadian Regulation and Protection of the Public Interest.
- LIU, Yang, What Can Work For .cn : A Comparative Study of Anti-Cybersquatting Legal Systems in North America and China.
- LUCOCK, Carole, Anonymity : A Strange Case of Identity Theft.
- MOREK, Rafal, Regulation of Online Dispute Resolution : Between Law and Technology.
- RODRIGUEZ DROUIN, Nelia, The Spyware Phenomenon : A Good Candidate for "Audited" Self-Regulation in Canada.
- SABA, Tracey, The Aggregation and Display of News Website Content on Another Website : Entitlement or Copyright Infringement ?
- SEIFERLING, Steven, Internet Regulation without Deputization : An Examination of the Current Internet Regulation Systems in Canada and China and an Argument Advocating the Creation of a Bordered Internet without Deputizing Private Actors.
- THOMPSON, Marcelo, Property Enforcement of Retrogressive Measure ? Copyright Reform in Canada and the Human Right of Access to Knowledge.
- TOMKOWICZ, Robert, Right of Exclusive Access : Using Copyright to Expand Patent Protection.
- VALIQUET, Dominique, Le Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité) : l'arbitre pris entre deux feux.

Mémoires de maîtrise en droit avec concentration en common law et commerce international

RICCIO, Stéphanie, La lutte des pays en voie de développement contre le VIH/SIDA : le rôle des États et des entreprises pharmaceutiques.

Mémoires de maîtrise en droit avec concentration en études des femmes

LESNIEWSKI, Sarah, "We Can Do it ! The Feminist Rehabilitation of Equality".

RYLANDS, Karla, African-Canadian Women and the Battered Woman Syndrome.

UNIVERSITÉ LAVAL

Maîtrise en droit avec mémoire

BOURGAULT, Julie (LL.M.), L'impact juridique des nouvelles dispositions de la *Loi sur les normes du travail en matière de harcèlement psychologique* sur le régime légal préexistant.

BOURQUE, Dorothee-Anne (LL.M.), La divulgation de la preuve devant les tribunaux administratifs exerçant des fonctions juridictionnelles.

DESJARDINS, Tristan (LL.M.), Étude de la norme de tolérance de la société canadienne contemporaine, une balise interprétative à géométrie variable s'appliquant aux infractions d'ordre moral prévues au Code criminel canadien.

DESMEULES, Charles (LL.M.), La réforme de la structure législative du droit des entreprises à participation étrangère en république populaire de Chine.

GARNEAU, Dominic (LL.M.), Le droit moral de l'auteur au Canada : superflu ? Perspective du droit civil québécois.

HAMELIN, Éric (LL.M.), Le contrôle arbitral du règlement d'entreprise en milieu de travail syndiqué au Québec.

HÉBERT, Philippe G. (LL.M.), Pour une interprétation renouvelée du critère de l'exécution des fonctions de l'article 1463 C.C.Q.

LAMPRON, Louis-Philippe (LL.M.), L'encadrement juridique de la publicité et de l'étiquetage écologiques : une voie vers la mise en œuvre du développement durable au Canada ?

PELLETIER, Marie-Louise (LL.M.), L'adaptation d'Hydro-Québec aux enjeux de l'intégration économique.

SOCQUÉ, Mathieu (LL.M.), Spécialisation des fonctions et expertise aux fins de l'application de l'approche pragmatique et fonctionnelle en matière de contrôle judiciaire de l'action gouvernementale.

Programme de doctorat en droit

DALIR, Katayoon (LL.D.), Towards the Harmonized Interpretation of International Trade Law Texts : A New Approach to Discover Effective Methods.

DESCHÊNES, Michel (LL.D.), Les catastrophes naturelles et le droit. Étude comparée du droit français et du droit applicable au Québec en matière de protection contre les risques naturels majeurs : l'exemple de l'inondation.

GAGNÉ, Mathieu (LL.D.), L'État et la régulation des médicaments : un dialogue normatif.

PARENT, Geneviève (LL.D.), La contribution des accords de l'OMC à la sécurité alimentaire mondiale : l'exemple des produits agricoles issus des biotechnologies modernes.

QI, Xuefeng (LL.D.), La normalisation graduelle des rapports entre le droit chinois et le droit international public : aspects généraux et question d'intégration des normes internationales en matière d'investissements étrangers en Chine.

ROUX, Dominic (LL.D.), Le principe du droit au travail : juridicité, signification et normativité.

Maîtrise en droit avec essai

BERNIER, Amélie (LL.M.), L'impact du recours en cas d'abus sur les conventions entre actionnaires.

BŒUFS, Géraldine (LL.M.), Les web radios, nouveau fléau pour l'industrie musicale ?

BRETON, Martin (LL.M.), L'entreprise familiale : préserver l'harmonie pour en assurer la survie.

- CARSTEA, Ana-Maria (LL.M.), Les rapports entre le droit des brevets et la protection des intérêts des malades atteints de HIV/SIDA.
- CASTEL, Maela (LL.M.), La traite des enfants à des fins sexuelles : la protection juridique internationale et européenne.
- COUTURE, Bruno (LL.M.), Les devoirs des assureurs et experts en sinistre à l'égard des assurés et des tierces parties.
- LE GOUILL, Jean-Noël (LL.M.), Le label biologique en Europe, un outil de régulation durable des marchés agro-alimentaires.
- LORANGER, Kim (LL.M.), La retransmission d'œuvres audiovisuelles sur Internet en droit canadien.
- MEKKI, Sabine (LL.M.), La participation publique dans le cadre des ententes volontaires prévues par la *Loi canadienne sur la protection de l'environnement*.
- SOTOUSEK, Julia (LL.M.), La gestion écosystémique intégrée des milieux marins – vers une coopération environnementale transfrontière en mer adriatique.
- VACHON, Louis-M. (LL.M.), Les droits relatifs au travail et leurs sanctions dans le projet d'accord de libre-échange des Amériques.

UNIVERSITÉ DE MONTRÉAL

Grades de deuxième et troisième cycle en droit décernés par le Comité exécutif de l'Université de Montréal sur recommandation de la Faculté des Études supérieures

DOCTORAT (LL.D.)

- GALLIÉ, Martin, L'Accord de Cotonou et les contradictions du droit international : L'intégration des règles de l'Organisation mondiale du commerce et des droits humains dans la coopération ACP-CE.
- GERVAIS, Marie-Claude, Conjoncture et historicité de l'accèsion de la norme à sa juridicité : les droits linguistiques au Canada.
- LABBE, Éric, Les équilibres juridiques à l'épreuve de la contrainte technique – Conflits et défis normatifs de la société de l'information.

LECLERC, Normand, La monnaie en droit : nature d'une abstraction outre fondée – Essai dialectique et logique sur la dualité dans la catégoricité juridique et sur l'abstraction d'hérité monétaire.

MOYSE, Pierre-Emmanuel, Le droit de distribution électronique.

MAÎTRISE (LL.M.)

ADIL, Hind, La responsabilité du transporteur maritime international des marchandises sous connaissance : causes d'exonérations et limitations légales.

AL-ATTRACH, Mohamad, Le sang : entre l'amour et l'argent.

AL-NADDAF, Hani, L'application de la notion d'entreprise entre le Code de commerce français et le *Code civil du Québec*.

BEAUDOIN, Marie-Hélène, L'âge, un motif autorisé de discrimination ? Étude critique des effets conjugués des articles 10 de la *Charte des droits et libertés de la personne* et 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* comme obstacles à la protection contre la discrimination fondée sur l'âge.

BIRON, Julie, La responsabilité de l'intermédiaire de marché et la protection du petit investisseur : à la recherche d'un certain équilibre.

BORGOGNON, Mélanie, La protection juridique des odeurs.

CHARRON-GEADAH, Nicolas, La corporation sert-elle bien ses stakeholders.

CÔTÉ, Geneviève, Les investissements étrangers directs en Chine ; vers un équilibre entre la protection des investisseurs et la protection du marché chinois.

COUSINEAU, Julie, Enjeux éthiques et légaux des applications du diagnostic préimplantatoire au Canada.

EL HAJJAMI, Mustapha, Le rôle de la bonne foi dans la nouvelle théorie générale de contrat.

EL KHOURY, Pierre, Le fair use et le fair dealing, étude de droit comparé.

FLORES, Alejandro, La compétence du tribunal arbitral dans l'arbitrage commercial.

JACQUES, François, L'égalité de traitement des actionnaires dans le cadre d'une offre publique d'achat : perspective québécoise.

JANNELLE, Martin, Les enjeux du droit des sûretés grevant des valeurs mobilières indirectement détenues en Amérique du nord.

JEAN-BAPTISTE, Gilbert, Les sociétés de personnes et la problématique de l'*intuitus personæ*, en France et au Québec.

JOLICOEUR, Pénélope, Conséquences d'une redéfinition du concept de vie privée sur l'environnement informationnel propre aux étudiants fréquentant une institution d'enseignement...

LAOUARI, Jeremy, La brevetabilité des logiciels.

LÉTOURNEAU, Emmanuelle, Le comité de vérification et l'information financière : la réforme des autorités canadiennes en valeurs mobilières et la loi sarbanes-oxley sont-elles gages d'efficacité ?

MANIRABONA, Amissi, La problématique du consentement à l'arbitrage multipartite au sein des groupements de sociétés.

MC SWEEN, Anne-Marie, Les droits économiques dans l'environnement numérique : portrait de notions en mutation.

MERLIER, Alix, Lutte contre la contrefaçon sur internet et protection des données personnelles : analyse comparée.

MRABET, Zoubair, Les obligations du franchiseur : étude du droit civil et du guide d'unidroit sur les accords internationaux de franchise principale.

RAKOTONANAHARY, Salohy, La fraude et la dématérialisation du crédit documentaire.

RICHARD, Thierry, L'application de la loi sur les valeurs mobilières du Québec aux produits dérivés de crédit.

RIVARD-ROYER, Maude, Le meilleur intérêt de l'enfant, les tests de paternité et le droit civil québécois.

SIMON, Julie, Le Peer-to-Peer et l'œuvre musicale vers la licence légale.

ST-MARTIN, Frédéric, The right to health, the TRIPS Agreement and the public health safeguards supporting the universal access to essential medicines.

TAGODOE, Amavi, Diffusion du droit et internet en Afrique de l'Ouest.

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Maîtrise en droit et politiques de la santé (LL.M.)

BRISSON, Sophie, L'évolution de l'obligation de soigner du médecin qui pratique la télémédecine.

ST-JEAN, Isabelle, L'accès des personnes âgées aux services de santé et le respect de leur dignité.

UNIVERSITÉ DU QUÉBEC À MONTRÉAL

Mémoires de Maîtrise en droit (LL.M.)

ALAOUI, Amina, Travail décent et mondialisation : éléments d'interdépendance.

ARAUJO SILVA, Juliana Silva, Les droits des travailleurs migrants dans le Mercosur.

BUTEAU, Caroline, Les défis posés par la conduite contemporaine des hostilités : étude de la notion d'objectif militaire en droit international humanitaire.

CLERJUSTE, Kerline, Protection sociale et juridique des enfants travailleurs en Haïti : le cas des *Restavek*.

DESCOTEAUX, Benoît, Les modèles d'analyse de risques politique : synthèse et regard critique.

LEBLANC, Bruno, Le Protocole de Kyoto et le marché du carbone : vers une fongibilité asymétrique à l'échelle internationale.

MONTERREY-DUARTE, Eli, La législation nationale du travail et les *maquila doras* au Nicaragua : un problème d'effectivité du droit.

ROY, Andrée, L'assujettissement des contrevenants mineurs à la procédure et aux peines applicables aux adultes.

UMURUNGI, Providence, L'obligation de coopération avec la Cour pénale internationale face à la question des immunités internationales.

NOS DISPARUS EN 2005

Nom	Prénom	Année d'admission	Dernière section
Bélanger	Ginette	1983	Québec
Baudry	Edouard	1968	Montréal
Beauchamp	Claude R.	1969	Saint-François
Boucher	Gérald	1956	Hull
Boulet	Raymond	1957	Québec
Brassard	Alain	1983	Richelieu
Brassard	Denis	1968	Longueuil
Briskin	Julius	1941	Montréal
Carrell	Nancy	1983	Montréal
Champagne	Jean-Claude	1989	Montréal
Charland	Louis-Philippe	2002	Montréal
Cliche	Lucien	1940	Abitibi- Témiscamingue
Cloutier	Robert	1971	Québec
Coulombe	Louis	1990	Québec
Côté	Jocelyne	1992	Montréal
Dagenais	Michel Maurice	1974	Laval
Dicaire	Guy	1984	Laurentides – Lanaudière
Dion	Paul-Emile	1969	Montréal
Dubuc	Claude	1975	Montréal
Dugas	Jacques	1948	Laurentides – Lanaudière
Duguay	Gérard	1969	Montréal
Elliott	Roy Fraser	1948	Montréal
Gélinas	Paul	1946	Laurentides – Lanaudière
Gérin	François	1970	Saint-François
Gariépy	Mélanie	2004	Québec
Germain	Pierre	1968	Saint-François
Gilbert	Marc	1988	Québec
Godbout	Ernest	1936	Québec

Gold	Alan B.	1942	Montréal
Gravel	Jacques	1968	Laurentides – Lanaudière
Hadjis	Dimitrios	1960	Montréal
Hadjis	Evangelos	1969	Montréal
Holden	Richard B.	1956	Montréal
Lépine	Christian	1981	Laval
Lajeunesse	Roger	1943	Laurentides – Lanaudière
Legris	Réal	1940	Mauricie
Lemoine	Maurice	1971	Richelieu
Lesage	Paul	1966	Montréal
LeBlanc	Pierre	1972	Québec
Marin	Godfroy	1957	Montréal
Mendelson	Joseph A.	1952	Montréal
Meng	François	1995	Montréal
Merifield	Russel Roy	1942	Montréal
Noble	William Randolph	1948	Montréal
Nour	Mona	1984	Montréal
O'Bready	Jacques	1960	Saint-François
Orenstein	Avrum	1971	Montréal
Pagé	Patrice	1995	Montréal
Picard	Manon	1993	Montréal
Ratelle	Gilles	1968	Laurentides – Lanaudière
Robillard	Roland	1953	Laurentides – Lanaudière
Roche	J. Redmond	1930	Montréal
Segall	Alfred N.	1954	Montréal
Simard	Claude	1950	Montréal
St-Louis	Jean-Paul	1952	Montréal
Tessier	Maurice	1939	Bas St-Laurent et Gaspésie
Toulet	Jeanne-Michelle	1971	Montréal
Tremblay	Hélène	1991	Laurentides – Lanaudière
Tremblay	Fernand	1974	Québec
Tremblay	Ginette	1979	Saint-François

INDEX DES AUTEURS

Note : Sous chaque entrée de l'index des auteurs vous trouverez les informations nécessaires pour repérer les articles ou les chroniques de la Revue du Barreau, soit le titre suivi, en caractères gras des pages.

BARIN, Babak et Katherine TAYLOR / Confidentiality and Commercial Arbitration in Canada : A Tale with a Cautious Ending, **335-348**

BIENVENUE, Pierre L. / L'affaire *Boucher* : a-t-on besoin d'autres tuyaux ?, **305-318**

BURKE, Tanaquil / La législation québécoise en matière de travail des enfants : une protection nécessaire et à parfaire, **1-38**

CLAXTON, John B. / Bill 136 of 2005 and trust company R.R.S.Ps ; *Bank of Nova Scotia v. Thibault*, **179-218**

CÔTÉ, Pierre-André / Équité et droit transitoire : commentaire de l'arrêt *Dikranian c. Québec (Procureur général)*, **293-304**

DIETZE, Sterling H. / Legal Opinions in Financing Transactions, **67-114**

GAGNÉ, Michel et Nicolas MOISAN / La preuve à l'étape de l'autorisation d'un recours collectif : à la recherche de l'équilibre, **319-332**

GOLDSTEIN, Gérald / Analyse comparative de la notion de résidence habituelle en droit civil québécois et selon les *Conventions de La Haye de 1980* sur l'enlèvement international d'enfants et de 1996 sur la protection des mineurs, **219-292**

MORIN, Pierre W. / Chèques portant mention « en règlement final », **36-66**

TURGEON, Jean / Le *Code civil du Québec*, les personnes morales, l'article 317 C.c.Q. et la levée de l'immunité des administrateurs, des dirigeants et des actionnaires, **115-178**

INDEX ANALYTIQUE

Note : Sous chaque entrée de l'index analytique vous trouverez les informations nécessaires pour repérer les articles ou les chroniques de la Revue du Barreau, soit le titre suivi, en caractères gras, des pages.

ADMINISTRATEUR

Le *Code civil du Québec*, les personnes morales, l'article 317 C.c.Q. et la levée de l'immunité des administrateurs, des dirigeants et des actionnaires, **115-178**

ADMINISTRATEUR – DROITS ET OBLIGATIONS

Le *Code civil du Québec*, les personnes morales, l'article 317 C.c.Q. et la levée de l'immunité des administrateurs, des dirigeants et des actionnaires, **115-178**

ALCOOTEST

L'affaire *Boucher* : a-t-on besoin d'autres tuyaux ?, **305-318**

ARBITRAGE COMMERCIAL – CONFIDENTIALITÉ

Confidentiality and Commercial Arbitration in Canada : A Tale with a Cautious Ending, **335-348**

BUREAU INTERNATIONAL DU TRAVAIL

La législation québécoise en matière de travail des enfants : une protection nécessaire et à parfaire, **1-38**

CHÈQUE

Chèques portant mention « en règlement final », **39-66**

COMPAGNIE ET SOCIÉTÉ

Le *Code civil du Québec*, les personnes morales, l'article 317 C.c.Q. et la levée de l'immunité des administrateurs, des dirigeants et des actionnaires, **115-178**

CONDUITE AVEC FACULTÉS AFFAIBLIES

L'affaire *Boucher* : a-t-on besoin d'autres tuyaux ?, **305-318**

CONDUITE EN ÉTAT D'IVRESSE

L'affaire *Boucher* : a-t-on besoin d'autres tuyaux ?, **305-318**

CONTRAT DE PRÊT

Équité et droit transitoire : commentaire de l'arrêt *Dikrastian c. Québec (Procureur général)*, **293-304**

CONVENTION DE LA HAYE

Analyse comparative de la notion de résidence habituelle en droit civil québécois et selon les Conventions de La Haye de 1980 sur l'enlèvement international d'enfants et de 1996 sur la protection des mineurs, **219-292**

CRÉANCIER – PAIEMENT

Chèques portant mention « en règlement final », **39-66**

DÉONTOLOGIE – AVOCAT

Legal Opinions in Financing Transactions, **67-114**

DROIT TRANSITOIRE – DROITS ACQUIS

Équité et droit transitoire : commentaire de l'arrêt *Dikrastian c. Québec (Procureur général)*, **293-304**

ENFANT – ENLÈVEMENT

Analyse comparative de la notion de résidence habituelle en droit civil québécois et selon les Conventions de La Haye de 1980 sur l'enlèvement international d'enfants et de 1996 sur la protection des mineurs, **219-292**

ÉQUITÉ

Équité et droit transitoire : commentaire de l'arrêt *Dikrastian c. Québec (Procureur général)*, **293-304**

ÉTUDIANT – PRÊT ET BOURSE

Équité et droit transitoire : commentaire de l'arrêt *Dikranian c. Québec (Procureur général)*, **293-304**

FIDUCIE

Bill 136 of 2005 and Trust Company R.R.S.Ps ; *Bank of Nova Scotia v. Thibault*, **179-218**

IMMUNITÉ – ADMINISTRATEUR

Le *Code civil du Québec*, les personnes morales, l'article 317 C.c.Q. et la levée de l'immunité des administrateurs, des dirigeants et des actionnaires, **115-178**

INTERPRÉTATION – PERSONNE MORALE DE DROIT PUBLIC

Le *Code civil du Québec*, les personnes morales, l'article 317 C.c.Q. et la levée de l'immunité des administrateurs, des dirigeants et des actionnaires, **115-178**

INTERPRÉTATION – RÉSIDENCE HABITUELLE

Analyse comparative de la notion de résidence habituelle en droit civil québécois et selon les Conventions de La Haye de 1980 sur l'enlèvement international d'enfants et de 1996 sur la protection des mineurs, **219-292**

OPINION JURIDIQUE – TRANSACTION COMMERCIALE

Legal opinions in financing transactions, **67-114**

ORGANISATION INTERNATIONALE DU TRAVAIL

La législation québécoise en matière de travail des enfants : une protection nécessaire et à parfaire, **1-38**

ORGANISATION DES NATIONS UNIES

La législation québécoise en matière de travail des enfants : une protection nécessaire et à parfaire, **1-38**

PAIEMENT

Chèques portant mention « en règlement final », **39-66**

PERSONNE MORALE

Le *Code civil du Québec*, les personnes morales, l'article 317 C.c.Q. et la levée de l'immunité des administrateurs, des dirigeants et des actionnaires, **115-178**

PRÊT

Équité et droit transitoire : commentaire de l'arrêt *Dikranian c. Québec (Procureur général)*, **293-304**

PREUVE

L'affaire *Boucher* : a-t-on besoin d'autres tuyaux ?, **305-318**

La preuve à l'étape de l'autorisation d'un recours collectif : à la recherche de l'équilibre, **319-332**

PROTECTION DE LA JEUNESSE

Analyse comparative de la notion de résidence habituelle en droit civil québécois et selon les Conventions de La Haye de 1980 sur l'enlèvement international d'enfants et de 1996 sur la protection des mineurs, **219-292**

La législation québécoise en matière de travail des enfants : une protection nécessaire et à parfaire, **1-38**

RECOURS COLLECTIF

La preuve à l'étape de l'autorisation d'un recours collectif : à la recherche de l'équilibre, **319-332**

RÉGIME ENREGISTRÉ D'ÉPARGNE RETRAITE

Bill 136 of 2005 and Trust Company R.R.S.Ps ; *Bank of Nova Scotia v. Thibault*, **179-218**

RÉGIME ENREGISTRÉ D'ÉPARGNE RETRAITE – INSAISSABILITÉ

Bill 136 of 2005 and Trust Company R.R.S.Ps ; *Bank of Nova Scotia v. Thibault*, **179-218**

RENTE

Bill 136 of 2005 and Trust Company R.R.S.Ps ; *Bank of Nova Scotia v. Thibault*, **179-218**

RÉSIDENCE HABITUELLE

Analyse comparative de la notion de résidence habituelle en droit civil québécois et selon les Conventions de La Haye de 1980 sur l'enlèvement international d'enfants et de 1996 sur la protection des mineurs, **219-292**

RESPONSABILITÉ CIVILE – ADMINISTRATEUR

Le *Code civil du Québec*, les personnes morales, l'article 317 C.c.Q. et la levée de l'immunité des administrateurs, des dirigeants et des actionnaires, **115-178**

SÛRETÉS

Legal Opinions in Financing Transactions, **67-114**

TRANSACTION COMMERCIALE

Legal Opinions in Financing Transactions, **67-114**

TRAVAIL – ENFANT

La législation québécoise en matière de travail des enfants : une protection nécessaire et à parfaire, **1-38**

TABLE DE LA JURISPRUDENCE COMMENTÉE

Note : Sous chaque entrée de la table de jurisprudence commentée, vous trouverez, en caractères gras, les pages pour repérer les articles ou les chroniques de la Revue du Barreau du Québec.

Bagnoud, Pierre Roy & Associés inc. c., [2005] R.J.Q. 1378 (C.A.),
64-114

Banque de Nouvelle-Écosse c. Thibault, [2004] 1 R.C.S. 758,
179-218

Boucher, R. c. [2005] 3 R.C.S. 499, **305-318**

Coopérants (In re) : Firstcliff Development Inc. c. Raymond, Chabot, Fafard, Gagnon Inc., [1994] R.L. 268 (C.A.), **179-218**

Dikranian c. Québec (Procureur général), [2005] 3 R.C.S. 530,
293-304

Jobin (In re) : Blais, Fortier, Touche, Ross Ltée c. Monarch Life Assurance Co., [1986] R.J.Q. 1755 (C.A.), **179-218**

Monarch Life Assurance Co., Jobin (In re) : Blais, Fortier, Touche, Ross Ltée c., [1986] R.J.Q. 1755 (C.A.), **179-218**

Noranda Inc., Young c., EYB 2005-97254 (C.S), **319-332**

Pierre Roy & Associés inc. c. Bagnoud, [2005] R.J.Q. 1378 (C.A.),
179-218

Québec (Procureur général), Dikranian c., [2005] 3 R.C.S. 530,
293-304

R. c. Boucher, [2005] 3 R.C.S. 499, **305-318**

R. c. W. (D.), [1991] 1 R.C.S. 742, **305-318**

Raymond, Chabot, Fafard, Gagnon Inc., Coopérants (In re) : Firstcliff Development Inc. c., [1994] R.L. 268 (C.A.), **179-218**

Thibault, Banque de Nouvelle-Écosse c., [2004] 1 R.C.S. 758,
179-218

W. (D.), R. c., [1991] 1 R.C.S. 742, **305-318**

Young c. Noranda Inc., EYB 2005-97254 (C.S), **319-332**

TABLE DE LA LÉGISLATION COMMENTÉE

Note : Sous chaque entrée de la table de la législation commentée, vous trouverez, en caractères gras, les pages pour repérer les articles ou les chroniques de la Revue du Barreau.

LÉGISLATION FÉDÉRALE

Banques (Loi sur les) (L.C. 1991, c. 46), **67-114**

Code criminel, (L.R.C. 1985, c. C-46), art. 253, 255, 258 (1) (g), **305-318**

Sociétés par actions (Loi canadienne sur les) (L.R.C. 1985, c. C-44), **115-178**

LÉGISLATION PROVINCIALE

Aide financière aux étudiants (Loi sur l'), (L.R.Q., c. A-13.3), art. 23, **293-304**

Aide financière aux étudiants (Loi modifiant la Loi sur l') (L.Q. 1997, c. 90) art. 13, **293-304**

Aide financière aux étudiants et la Loi sur les collèges d'enseignement général et professionnel (Loi modifiant la Loi sur l') (L.Q. 1996, c. 79), **293-304**

Assurances et d'autres dispositions législatives (Loi modifiant la Loi sur les) (L.Q. 2002, c. 70), **179-218**

Assurances et la Loi sur les sociétés de fiducie et les sociétés d'épargne (Loi modifiant la Loi sur les) (L.Q. 2005, c. 51), **179-218**

Code civil du Bas-Canada, art. 356, 363, 1024, **115-178**

Code civil du Québec (L.Q. 1991, c. 64), **67-114**

Code civil du Québec (L.Q. 1991, c. 64), art. 6, 7, 988, 1432, 1440, 1687, 2631, 2811, 2846, 2849 et 2860, **39-66**

Code civil du Québec (L.Q. 1991, c. 64), art. 317, **115-178**

Code de procédure civile (L.R.Q., c. C-25), art. 1002, 1003, **319-332**

Compagnies (Loi sur les) (L.R.Q., c. C-38), **115-178**

Normes du travail (Loi sur les) (L.R.Q., c. N-1.1), **1-38**

RÉGLEMENTATION PROVINCIALE

Aide financière aux étudiants (Règlement sur l') (R.R.Q., 1981, c. A-13.3, r.1), **293-304**

Code de déontologie des avocats (R.R.Q., 1981, c. B-1, r.1), art. 3.02.04, 3.06.05 et 3.06.05.01, **67-114**

Normes du travail (Règlement sur les) (R.R.Q., 1981, c. N-1.1, r. 3), **1-38**

TRAITÉS ET CONVENTIONS INTERNATIONALES

Convention concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants Conférence de La Haye de droit international privé. Actes et documents de la dix-huitième session (1996). Tome II Protection des enfants, **219-292**

Convention concernant l'interdiction des pires formes de travail des enfants et l'action immédiate en vue de leur élimination (OIT 182), 38 I.L.M. 1207 (1999), **1-38**

Convention n° 138 concernant l'âge minimum d'admission à l'emploi (CIT 1973), **1-38**

Convention relative aux droits de l'enfant (1992 R.T. Can. 3), **1-38**

Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants Conférence de La Haye de droit international privé. Actes et documents de la quatorzième session (1980). Tome III Enlèvement d'enfants, **219-292**

Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail et son suivi (CIT/1998/PR20A), **1-38**

Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (1976 R.T. Can. 46), **1-38**

Barreau
du Québec



445, boulevard Saint-Laurent
Montréal (Québec) H2Y 3T8
514-954-3400 | 1 800 361-8495
www.barreau.qc.ca