



Revue 2018

Automne 2018 - Tome 77

Féminisation des conseils d'administration au Canada :
Le temps de l'audace ?

Ivan TCHOTOURIAN

La récidive : talon d'Achille en matière criminelle
Philippe BENSIMON

À la recherche d'une définition pragmatique de la haine
Denise HELLY, Ahmed-Mahdi BENMOUSSA et
Samuel BACHAND

L'arrêt *Lac d'Amiante* dix-sept ans plus tard : le traitement
judiciaire de l'obligation implicite de confidentialité
Sebastian L. PYZIK et Charbel G. ABI-SAAD

Tout ce qu'on ne vous a jamais dit sur l'étape d'autorisation
dans l'action collective
Catherine PICHE

Le professionnel juridique au sein des organismes d'action
communautaire québécois : portrait d'une pratique en
émergence
Nicolas MICHAUD

L'application de la *Loi sur la protection du consommateur*
aux contrats de crédit
Michel DESCHAMPS

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, Ad. E., président (Montréal)

M^e Pierre Giroux, Ad. E. (Québec)

M^e Claude Laferrière (Longueuil)

M^e Pierre Séguin (Montréal)

M^e Sylvie Champagne, secrétaire

avec la collaboration de M^{me} Josianne St-Laurent, du Secrétariat
de l'Ordre et Affaires juridiques, Barreau du Québec

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

L'abonnement annuel à la version électronique est gratuit pour les membres du
Barreau du Québec qui en font la demande. Le montant de l'abonnement est
prélevé à même le Fonds d'études juridiques composé des intérêts des comptes
en fidéicommis des avocats. L'abonnement annuel à la version papier est
de 158 \$. Vous pouvez vous abonner en communiquant avec le service à la
clientèle des Éditions Yvon Blais au 1 800 363-3047.

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 : Éditions Yvon Blais

ISSN-383669-X

Dépôt légal

Bibliothèque et Archives nationales du Québec, 2019

Bibliothèque et Archives Canada, 2019

Imprimé au Canada



Revue 2018
Automne 2018 - Tome 77

Féminisation des conseils d'administration au Canada :
Le temps de l'audace ?

Ivan TCHOTOURIAN 309

La récidive : talon d'Achille en matière criminelle

Philippe BENSIMON 339

À la recherche d'une définition pragmatique de la haine

Denise HELLY, Ahmed-Mahdi BENMOUSSA et
Samuel BACHAND.....427

L'arrêt *Lac d'Amiante* dix-sept ans plus tard : le traitement
judiciaire de l'obligation implicite de confidentialité

Sebastian L. PYZIK et Charbel G. ABI-SAAD 467

Tout ce qu'on ne vous a jamais dit sur l'étape d'autorisation
dans l'action collective

Catherine PICHE 525

Le professionnel juridique au sein des organismes d'action
communautaire québécois : portrait d'une pratique en émergence

Nicolas MICHAUD 575

L'application de la *Loi sur la protection du consommateur*
aux contrats de crédit

Michel DESCHAMPS	603
Liste des mémoires de maîtrise et thèses de doctorat déposés en 2017-2018	637
Index des auteurs	651
Index analytique	653
Table de la jurisprudence commentée	659

Féminisation des conseils d'administration au Canada : Le temps de l'audace ?

Ivan TCHOTOURIAN

Résumé

La féminisation des conseils d'administration et de la haute direction est un des sujets les plus discutés à l'heure actuelle dans le domaine de la gouvernance d'entreprise. L'identification de la meilleure stratégie juridique pour renforcer la présence des femmes dans les conseils est en effet régulièrement débattue. Sur cette problématique, les États-Unis et le Canada ont une position prudente. D'un côté, les États-Unis s'en remettent au marché et aux entreprises. D'un autre côté, le Canada s'appuie sur un modèle souple : le *comply or explain*. Ce modèle se retrouve tant dans la position des autorités boursières qu'auprès du législateur fédéral. Pourtant, les lignes devraient être amenées à bouger dans un avenir proche au Canada, tant elles sont déjà en mouvement ailleurs. L'observation de la situation canadienne démontre une progression très lente de la féminisation des postes dans les conseils et dans la haute direction. Le choix de la souplesse fait par le Canada devrait être reconsidéré, un *statu quo* étant de moins en moins tenable. Aux États-Unis, depuis quelque temps, les initiatives se multiplient et convergent pour réclamer davantage de diversité de genre. Dernière initiative en date qui est à souligner : l'adoption par l'État de la Californie d'une loi imposant aux entreprises la présence de femmes dans leurs conseils d'administration.

Mots-clés

Conseil d'administration, haute direction, femmes, Canada, États-Unis, *comply or explain*, loi californienne, critique

Féminisation des conseils d'administration au Canada : Le temps de l'audace ?

Ivan TCHOTOURIAN*

1. INTRODUCTION	313
2. CANADA : UNE RÉGLEMENTATION SOUPLE CONSTRUITE AUTOUR DU <i>COMPLY OR EXPLAIN</i>	316
2.1 Position des ACVM : la souplesse comme clé de voûte.....	317
2.1.1 Une transparence renforcée	317
2.1.2 Une logique discutable et un bilan en demi-teinte.....	318
2.2 Réforme de la LCSA : une philosophie commune aux ACVM	321
2.2.1 Mise en contexte	321
2.2.2 Nouvelle partie XIV.1	323
2.2.3 Une diversité conçue largement.....	324
2.3 Synthèse.....	326

* Conseiller juridique en loi inscrit au Barreau du Québec, professeur agrégé, codirecteur du Centre d'études en droit économique (CÉDÉ), Faculté de droit, Université Laval, membre-fondateur du Laboratoire Interdisciplinaire sur la Responsabilité Sociale des Entreprises (LIRSE) et chercheur régulier de l'Institut EDS (Université Laval).

3.	ÉTATS-UNIS : VERS UNE RÉGLEMENTATION PLUS CONTRAIGNANTE ?	326
3.1	Information sur des mesures génériques : la solitude de la <i>Securities and Exchange Commission</i>	326
3.2	Multiplication des initiatives : États, villes, investisseurs et autorité boursière au diapason ...	329
3.3	Loi californienne SB-826 : des quotas et des sanctions	331
3.4	Synthèse.....	333
4.	CONCLUSION : « DE L'AUDACE, ENCORE DE L'AUDACE, TOUJOURS DE L'AUDACE ! »	333

While the effects of California's legislative effort remain to be seen, it is clear that efforts by institutional investors to increase gender diversity on public company boards are making real progress¹

C'est l'effet papillon : petite cause, grande conséquence²

1. INTRODUCTION

Parmi les sujets qui animent le plus la gouvernance d'entreprise figure la question de la parité et de la place des femmes dans les conseils d'administration et les postes de la haute direction³. Au Canada par exemple, la féminisation au sein des conseils d'administration est devenue un enjeu politique et culturel. Si la légitimité d'une ouverture des conseils des grandes entreprises n'est guère discutable⁴, ce sujet est abordé de manière différente par les législateurs et les régulateurs étatiques. En effet, la parité dans les conseils d'administration fait l'objet d'une position variable sur le plan juridique : certains pays choisissent la voie de la contrainte en imposant des quotas et en prévoyant des sanctions en cas de non-respect (Norvège, France, Allemagne, Pays-Bas...) ; d'autres

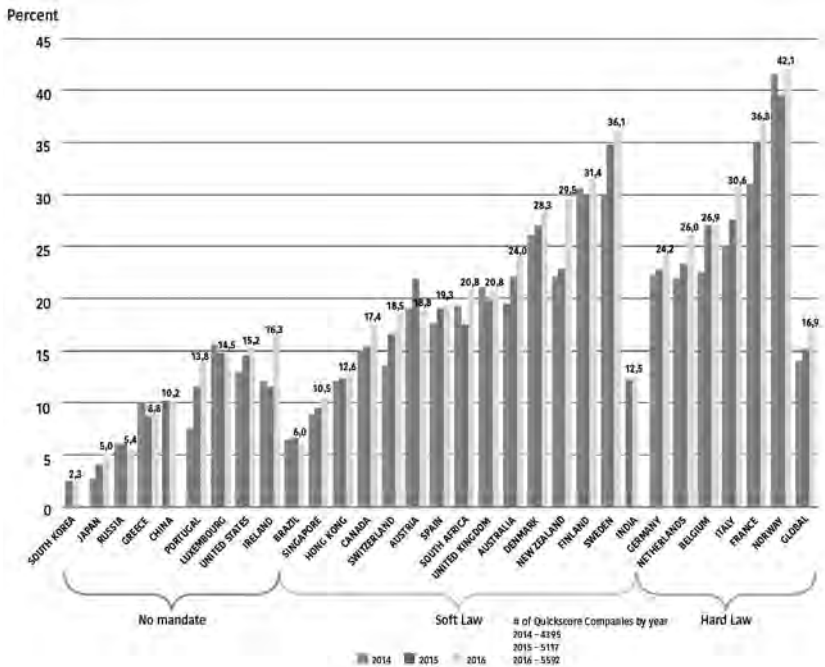
-
1. David A. KATZ et Laura A. McINTOSH, « Gender Diversity on Public Company Boards – Recent Developments », Wachtell, Lipton, Rosen & Katz, 5 octobre 2018, W/3236700.
 2. Parole du chanteur français Bénabar, « L'effet papillon », album *Infréquentable*, Jive Epic, 2008.
 3. Sylvie ST-ONGE et Michel MAGNAN, « Les femmes au sein des conseils d'administration : bilan des connaissances et voies de recherche futures », (2013) 16-1 *Finance Contrôle Stratégie* 2.
 4. Soulignant les multiples avantages de la féminisation des conseils pour l'organisation, le personnel et la société, voir : Sylvie ST-ONGE et Michel MAGNAN, « Les femmes au sein des conseils d'administration : bilan des connaissances et voies de recherche futures », (2013) 16-1 *Finance Contrôle Stratégie* 2. Cette légitimité a été confirmée par les réactions d'indignation suscitées à la suite de la publication d'un rapport réalisé à la demande du gouvernement britannique sur les explications des patrons des 350 plus grandes entreprises cotées à Londres (indice FTSE 350) pour ne pas avoir plus de femmes dans leurs conseils : DEPARTMENT FOR BUSINESS, ENERGY & INDUSTRIAL STRATEGY et Andrew GRIFFITHS, « Revealed: The worst explanations for not appointing women to FTSE company boards », 31 mai 2018, en ligne : <<https://www.gov.uk/government/news/revealed-the-worst-explanations-for-not-appointing-women-to-ftse-company-boards>> (consulté le 20 octobre 2018).

incluent la diversité comme une exigence des codes de gouvernance ou demandent aux entreprises de se soumettre au principe du « *comply or explain* » ou « se conformer ou s'expliquer » (Canada⁵, mais aussi Suisse, Finlande, Danemark, Afrique du Sud, Nouvelle-Zélande...) ; et d'autres enfin, choisissent de ne rien faire et de laisser le marché fonctionner (États-Unis, Chine, Russie, Japon, Grèce...)⁶. Le graphique ci-dessous illustre la diversité des positions des États tout en faisant le lien avec le taux de représentation féminine dans les conseils d'administration (figure 1).

-
5. Au Québec, en vertu de l'article 43 2^e de la *Loi sur la gouvernance des sociétés d'État* (RLRQ, c. G-1.02) promulguée en 2006, le gouvernement devait établir une politique destinée à promouvoir à terme la parité hommes-femmes au sein des conseils d'administration. Un décret de 2007 adopté en vertu de cette loi a exigé que 50 % des postes au sein des conseils d'administration ciblés soient occupés par des femmes à compter du 14 décembre 2011 (*Décret fixant au 1^{er} mars 2007 la date d'entrée en vigueur de certains articles de la Loi*, (2007) 141 Gaz. Can. II, 128 (n^o 4, 2007-02-21)). En cinq ans, la représentation globale des femmes au sein des conseils de ces organismes publics est passée de 28 % à 52,4 % (FINANCES QUÉBEC, *Statistiques sur les conseils d'administration des sociétés visées par la Loi sur la gouvernance des sociétés d'État au 1^{er} décembre 2011*, en ligne : <http://www.finances.gouv.qc.ca/documents/Communiques/fr/COMFR_20111214-1ann.pdf> (consulté le 15 septembre 2018)). En 2013, une stratégie a été proposée par la *Table des partenaires influents* afin d'accélérer la progression des femmes dans les sociétés cotées en bourse dont le siège social est situé au Québec. Selon la *Table des partenaires influents*, l'établissement de quotas légaux ne constituait pas la solution à privilégier. La Table a privilégié la mise en œuvre de mesures volontaires. Ainsi, sans imposer de contraintes, la Table a invité les sociétés visées à s'inspirer des cibles et des délais suivants pour hausser la représentation des femmes dans les conseils d'administration : 20 % d'ici 5 ans, 30 % d'ici 10 ans, 40 % d'ici 15 ans.
 6. Pour une comparaison, voir : INSTITUTIONAL SHAREHOLDER SERVICES, INC., « Gender Parity on Boards around the World », *Harvard Law School Forum on Corporate Governance and Financial Regulation*, 5 janvier 2017, en ligne : <<https://corpgov.law.harvard.edu/2017/01/05/gender-parity-on-boards-around-the-world/>> (consulté le 15 septembre 2018) ; Linda SENDEN, « The Multiplicity of Regulatory Responses to Remedy the Gender Imbalance on Company Boards », (2014) 10-5 *Utrecht Law Review* 51, 62 ; Deirdre AHERN et Blanaid CLARKE, *Listed Companies' Engagement with Diversity: A Multi-Jurisdictional Study of Annual Report Disclosures*, Working Paper no. 221/2013, 2013 (SSRN).

Figure 1

Comparaison des choix de politique législative et du taux de représentation des femmes dans les conseils d'administration⁷



Le Canada et les États-Unis font partie des deux dernières catégories de pays adoptant une position médiane, voire « absente » ou silencieuse (du côté américain), sur la question de la féminisation des conseils d'administration et des postes dans la haute direction.

Le Canada n'a pas encore modifié le choix de politique législative qu'il a fait en 2014 et se montre peu enclin à traiter de la place de la parité dans la gouvernance des entreprises, malgré

7. Tableau extrait de l'étude suivante : INSTITUTIONAL SHAREHOLDER SERVICES, INC., « Gender Parity on Boards around the World », *Harvard Law School Forum on Corporate Governance and Financial Regulation*, 5 janvier 2017, en ligne : <<https://corpgov.law.harvard.edu/2017/01/05/gender-parity-on-boards-around-the-world/>> (consulté le 15 septembre 2018).

un bilan peu satisfaisant (2.). Le Canada a même confirmé son attitude dans sa récente réforme du droit des sociétés par actions adoptée le 1^{er} mai 2018, même s'il a reconnu une plus grande portée à l'exigence de diversité. Au contraire, les États-Unis paraissent vouloir avancer⁸, comme l'État de Californie l'illustre à travers une loi adoptée en août 2018 (3.). Nous concluons nos propos en soulignant que choisir la voie législative susceptible d'accroître la présence des femmes dans les conseils d'administration et dans la haute direction est complexe à identifier. La question n'est pas tant juridique que politique. En effet, c'est un choix de nature politique qu'il convient dorénavant de faire. Si le modèle « *one size-fits all* » n'est sans doute pas approprié, le droit (notamment canadien) peut de moins en moins se désintéresser de cet enjeu. Si le droit canadien s'est déjà ouvert à la notion plus large de « diversité » dans les conseils et à la haute direction, il va devoir se durcir davantage dans un avenir proche⁹, sans que la forme de ce durcissement soit aisée à déterminer (4.).

2. CANADA : UNE RÉGLEMENTATION SOUPLE CONSTRUITE AUTOUR DU *COMPLY OR EXPLAIN*

Au Canada, la féminisation des conseils d'administration repose, à l'heure actuelle, sur un dispositif de *soft law* (de type « *comply or explain* ») s'appuyant sur la transparence. Il en va ainsi des positions les plus récentes adoptées non seulement par les autorités canadiennes en valeurs mobilières (ci-après « ACVM ») (2.1), mais encore par le législateur fédéral dans le cadre de sa récente réforme de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions* (ci-après « LCSA ») (2.2).

8. Voir aussi les initiatives juridiques et politiques citées dans : Jena McGREGOR, « Could legislation help boost women on boards? », *The Washington Post*, 11 janvier 2016, en ligne : <[https://www.washingtonpost.com/news/on-leadership/wp/2016/01/11/could-legislation-help-boost-women-on-boards-2/?hpid=hp_hp-top-table-main-business-leadership:homepage-link&utm_term=.763bfa4b0191](https://www.washingtonpost.com/news/on-leadership/wp/2016/01/11/could-legislation-help-boost-women-on-boards-2/?hpid=hp_hp-top-table-main-business-leadership:homepage-link%3Fhpid=hp_hp-top-table-main-business-leadership:homepage-link&utm_term=.763bfa4b0191)> (consulté le 15 septembre 2018).

9. En faveur d'un projet de loi imposant des quotas et assorti de sanctions, voir : Céline (Hon.) HERVIEUX-PAYETTE, « Femmes dans les CA : une loi pour la performance économique », dans S.F.C.B.Q., vol. 435, *Développements récents en droit des affaires*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2018, p. 395.

2.1 Position des ACVM : la souplesse comme clé de voûte

Alors que la transparence est perçue par les ACVM comme un outil pertinent de surveillance des entreprises (2.1.1), son efficacité sur l'augmentation de la parité des conseils d'administration et de la haute direction prête le flanc à la critique (2.1.2).

2.1.1 Une transparence renforcée

La Commission des valeurs mobilières de l'Ontario et les autorités en valeurs mobilières des autres provinces ont adopté des obligations d'information accrue concernant la représentation féminine dans les conseils d'administration et la haute direction. Les modifications apportées à l'Annexe 58-101A1, *Information concernant la gouvernance*, du *Règlement 58-101 sur l'information concernant les pratiques en matière de gouvernance d'entreprise*¹⁰ entrées en vigueur le 31 décembre 2014 se sont appuyées prioritairement sur un modèle de type « se conformer ou s'expliquer » reposant sur de nouvelles règles en matière de communication d'information¹¹. Les entreprises inscrites à la bourse de Toronto (« *Toronto Stock Exchange* », ci-après « *TSX* »)¹² doivent présenter des renseignements sur différents aspects de leurs efforts en vue de promouvoir la diversité dans les postes au conseil d'administration et à la haute direction : le nombre et le pourcentage de femmes siégeant au conseil d'administration et occupant des postes de membres de la haute direction ; l'adoption ou non d'une politique écrite sur la recherche et la sélection de candidates aux

10. *Règlement 58-101 sur l'information concernant les pratiques en matière de gouvernance*, c. V-1.1, r. 32.

11. Ces règles d'informations accrues n'ont cependant pas été adoptées au Yukon, en Alberta et en Colombie-Britannique. Le 23 février 2018, la *British Columbia Securities Commission* a néanmoins sollicité les commentaires du public sur d'éventuelles modifications devant être apportées à la Norme canadienne 58-101 (le *Règlement 58-101* au Québec) concernant la représentation des femmes au conseil d'administration et à la haute direction. La *British Columbia Securities Commission* a demandé aux émetteurs assujettis de lui faire part notamment de leur expérience et de leurs difficultés à l'égard des obligations d'information pour savoir s'ils fournissent aux investisseurs des renseignements utiles et si des lignes directrices plus précises sur les processus de communication d'information et de présentation de candidats aux postes d'administrateur seraient utiles. La période de consultation a pris fin le 10 avril 2018.

12. Sur la base de la *Loi [québécoise] sur les valeurs mobilières* (RLRQ, c. V-1.1 ; 1981, c. 48 ; 2001, c. 38, article 1), ces sociétés qui ont fait appel publiquement à l'épargne sont qualifiées d'émetteurs assujettis (articles 5 et 68).

postes d'administrateurs ; la fixation ou non d'un nombre ou d'un pourcentage cible de femmes devant occuper des postes d'administrateurs ou de membres de la haute direction ; le fait de tenir compte de la représentation féminine dans la recherche et la sélection des candidats aux postes d'administrateurs et la nomination de membres de la haute direction ; et la fixation ou non de la durée du mandat des administrateurs ou l'instauration d'autres mécanismes de renouvellement du conseil.

2.1.2 Une logique discutable et un bilan en demi-teinte

Le choix du Canada d'un encadrement souple responsabilisant davantage le marché et les investisseurs s'inscrit dans un mouvement de fond caractérisant notre époque¹³. L'enjeu de cette divulgation d'informations en matière de parité est pourtant de taille : c'est la transparence des entreprises qui est au cœur des débats¹⁴ et, parallèlement, l'émergence d'une régulation par l'information¹⁵. Mais, pour que cette logique porte ses fruits, encore faut-

13. W. GROVER et J.-C. BAILLE, « Exigences en matière de divulgation », dans *Avant-projet d'une loi canadienne sur le marché des valeurs mobilières*, Consommation et corporations Canada, 1979, p. 395-448, à la p. 432. Instrument vieux comme le monde (Arnaud REYGROBELLET, *Les vertus de la transparence*, Paris, Presses de Sciences Po et CREDA, 2001, p. 17), la transparence est aujourd'hui vue dans beaucoup de pays comme un outil de contrôle et de sanction des entreprises, notamment sur le plan réputationnel (pour une revue de la littérature, voir notamment : Stephen J. BRAMMER et Stephen PAVELIN, « Corporate Reputation and Corporate Social Responsibility », dans Güler ARAS et David CROWTHER (dir.), *A Handbook of Corporate Governance and Corporate Social Responsibility*, Farnham, Gower, 2010, p. 437 et s.). En effet, « [l']information se conçoit [...] comme un instrument de discipline et d'équilibre » (Yves DE CORDT et Gaëtane SCHAEKEN WILLEMAERS, *La transparence en droit des sociétés et en droit financier*, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 166, n° 179).
14. Cette philosophie du droit des marchés trouve son fondement dans le débat qui a eu lieu aux États-Unis au début des années 1930. À l'occasion de l'élaboration du *Securities Act* de 1933, les promoteurs d'une « *disclosure regulation* » fondée sur l'idée qu'une appréciation des mérites financiers d'une opération appartient aux investisseurs auxquels il s'agit de fournir une information fiable et pertinente l'ont emporté sur les partisans d'une « *merit regulation* » (Louis LOSS et Joel SELIGMAN, *Fundamentals of Securities Regulations*, New York, Aspen Publishers, 2004, p. 32 et s.).
15. Jean-Baptiste POULLE, « La régulation par l'information en droit des marchés financiers », (2009) 15 *LPA* 6. Dans la littérature anglo-américaine de droit environnemental, voir notamment : David W. CASE, « Corporate Environmental Reporting as Informational Regulation: A Law and Economics Perspective », (2005) 76 *University of Columbia Law Review* 379 ; William F. PEDERSEN, « Regulation and Information Disclosure: Parallel Universe and Beyond », (2001) 25 *Harvard Environmental Law Review* 151 ; Richard B. STEWART, « A New Generation of Environmental Regulation? », (2001) 29 *Capital University Law Review* 21 ; Cass R.

il que les investisseurs assument leur responsabilité et utilisent l'information fournie. Les investisseurs doivent être sensibles aux préoccupations liées à la parité dans leurs placements (et, donc, doivent s'éloigner de la recherche d'une performance uniquement financière). Pourtant, l'expression d'une telle vertu n'est peut-être pas aussi naturelle qu'on le voudrait¹⁶. L'information mise à disposition des investisseurs, que le droit canadien encourage, ne préjuge pas de l'utilisation qui va en être faite ni du comportement des investisseurs qui, lorsqu'ils traversent une période de crise, encourage à la spéculation à court terme¹⁷.

Par ailleurs, des rapports d'étape mettent en lumière le peu de progrès de la féminisation des conseils d'administration et de la haute direction. Les femmes occupent actuellement 14,5 % des sièges aux conseils d'administration des émetteurs assujettis inscrits à la bourse de Toronto qui ont fourni cette information, même si le pourcentage des conseils d'administration composés uniquement d'hommes a parallèlement diminué et que le pourcentage de sociétés ayant adopté une politique écrite en matière de diversité au sein des conseils a progressé. Depuis l'instauration de l'obligation d'information spécifique sur la féminisation des conseils d'administration et de la haute direction, les ACVM ont publié quatre bilans successifs peu flatteurs de la situation canadienne : les Avis 58-307 de 2015¹⁸, 58-308 de 2016¹⁹, 58-309

16. En matière de responsabilité environnementale et sociale, voir : Hugues BOUTHINON-DUMAS, *Le droit des sociétés cotées et le marché boursier*, Paris, LGDJ, 2007, p. 247 et s., n° 300.

17. Cependant, il apparaît que de plus en plus d'actionnaires adhèrent à de nouvelles préoccupations, notamment celles liées à la responsabilité sociale des entreprises. Parmi une vaste littérature, voir : Stephen DAVIS, Jon LUKOMNIK et David PITT-WATSON, *The New Capitalists: How Citizen Investors are Reshaping the Corporate Agenda*, Boston, Harvard Business School Press, 2006.

18. AUTORITÉS CANADIENNES EN VALEURS MOBILIÈRES, *Avis multilatéral 58-307 du personnel des ACVM. Examen du personnel sur les femmes aux postes d'administrateurs et de membres de la haute direction – Conformité au Règlement 58-101 sur l'information concernant les pratiques en matière de gouvernance*, 28 septembre 2015. Voir : Andrew MACDOUGALL, Sonam PANDYA, Matthew QUINTIERI et Corinne XU, avec l'assistance de Lipi MISHRA et Dave MARSHALL, *Diversity disclosure practices*, Osler, 2015, p. 1 (« *The overall picture is disappointing* »).

19. AUTORITÉS CANADIENNES EN VALEURS MOBILIÈRES, *Avis multilatéral 58-308 du personnel des ACVM. Examen du personnel sur les femmes aux postes d'administrateurs et de membres de la haute direction – Conformité au Règlement 58-101 sur l'information concernant les pratiques en matière de gouvernance*, 28 septembre 2016. Pour un commentaire, voir : Stacy McLEAN, Matthew MERKLEY, Stefania ZILINSKAS et Amy LEE, « Diversité hommes-femmes : Les

de 2017²⁰ et 58-310 de 2018²¹. L'observation suivante a été faite : l'information fournie par les sociétés est souvent constituée de formules vagues ou toutes faites, ou est carrément omise²². Dans son rapport annuel, le cabinet *Davies* dresse de manière identique un portrait critique du dispositif canadien reposant sur la transparence : « Les progrès sont très lents, et les améliorations notables nécessaires pour atteindre la parité entre les hommes et les femmes font toujours défaut »²³. En 2018, le même cabinet d'avocats a confirmé sa constatation en écrivant que si les progrès demeurent constants, ils sont lents²⁴ et encore plus lents lorsque la question porte sur la représentation des femmes à la haute direction²⁵. De même, selon la troisième édition du rapport annuel sur les pratiques de divulgation en matière de diversité d'*Osler*, « [m]algré certaines percées, ces conclusions reflètent des progrès négligeables pour ce qui est de la composition des conseils, et [...] démontre[nt] qu'on ne peut uniquement se fier au roulement des administrateurs pour apporter une amélioration importante »²⁶.

ACVM font état d'un petit pas pour les femmes, mais pas d'un grand pas pour l'humanité », *Blakes classes affaires*, 10 octobre 2016, en ligne : <<https://www.blakesbusinessclass.com/diversite-hommes-femmes-les-acvm-font-etat-dun-petit-pas-pour-les-femmes-mais-pas-dun-grand-pas-pour-lhumanite/?lang=fr>> (consulté le 15 septembre 2018).

20. AUTORITÉS CANADIENNES EN VALEURS MOBILIÈRES, *Avis multilatéral 58-309 du personnel des ACVM Examen du personnel sur les femmes aux postes d'administrateurs et de membres de la haute direction – Conformité au Règlement 58-101 sur l'information concernant les pratiques en matière de gouvernance*, 5 octobre 2017.
21. AUTORITÉS CANADIENNES EN VALEURS MOBILIÈRES, *Avis multilatéral 58-310 du personnel des ACVM Rapport du quatrième examen du personnel sur la représentation féminine aux postes d'administrateurs et de membres de la haute direction*, 27 septembre 2018.
22. AUTORITÉS CANADIENNES EN VALEURS MOBILIÈRES, *Avis multilatéral 58-309 du personnel des ACVM Examen du personnel sur les femmes aux postes d'administrateurs et de membres de la haute direction – Conformité au Règlement 58-101 sur l'information concernant les pratiques en matière de gouvernance*, 5 octobre 2017, p. 20.
23. (Nous soulignons) DAVIES, *Rapport de Davies sur la gouvernance*, 2017, p. 48. Voir aussi : Vanessa LU, « Virtually no change in getting woman on boards in Canada, stats show », *The Star*, 28 septembre 2016, en ligne : <<https://www.thestar.com/business/2016/09/28/virtually-no-change-in-getting-woman-on-boards-in-canada-stats-show.html>> (consulté le 15 septembre 2018).
24. DAVIES, *Rapport de Davies sur la gouvernance*, 2018, p. 15.
25. DAVIES, *Rapport de Davies sur la gouvernance*, 2018, p. 16.
26. (Nous soulignons) Andrew MACDOUGALL, John VALLEY, Jordan ADLER, Cory BETTEL, Arash PARAM, Jake SCHMIDT, Amy SIGURDSON, Thomas STRACHAN et Olivia SUPPA, *Pratiques de divulgation en matière de diversité 2017. Femmes exerçant des rôles de leadership dans les entreprises inscrites à la cote de la TSX*, Osler, 2017.

Pour les entreprises québécoises cotées à la bourse de Toronto, le bilan est tout aussi critiquable, tant le processus de féminisation des conseils s'est ralenti après n'avoir que légèrement progressé²⁷. Quant à la représentation féminine à la haute direction, des études portant sur les mêmes entreprises observent que celle-ci n'a tout simplement pas changé à la suite de l'entrée en vigueur en 2014 des nouvelles règles en matière de communication de l'information²⁸.

2.2 Réforme de la LCSA : une philosophie commune aux ACVM

Après avoir mis en contexte la loi C-25 (2.2.1), la nouvelle partie XIV.1 introduite dans la LCSA est détaillée (2.2.2) et son ambition d'ouvrir les conseils d'administration et la haute direction à une diversité largement conçue soulignée (2.2.3).

2.2.1 Mise en contexte

Le droit canadien des sociétés par actions, n'ayant pas subi d'importantes réformes depuis 2001, a fait l'objet d'un examen obligatoire en 2010. Cet examen de la LCSA a mené à une consultation publique par Industrie Canada où des commentaires ont été recueillis quant à l'opportunité d'inclure dans la LCSA des mesures visant à promouvoir la diversité au sein des conseils d'administration, ainsi que ses possibilités d'impacts²⁹. En juin 2014, cette consultation a abouti à la publication d'un rapport recommandant

27. Jean BÉDARD et Sophie BRIÈRE, *Représentation des femmes au sein des conseils d'administration des sociétés québécoises cotées en bourse*, Québec, Chaire de recherche en gouvernance des sociétés, 2018, p. 17.

28. Jean BÉDARD et Sophie BRIÈRE, *Représentation des femmes au sein des conseils d'administration des sociétés québécoises cotées en bourse*, Québec, Chaire de recherche en gouvernance des sociétés, 2018, p. 17.

29. DIRECTION DE L'ENTREPRISE, DE LA CONCURRENCE ET DE L'INSOLVABILITÉ, *Consultation sur la Loi canadienne sur les sociétés par actions*, Ottawa, Industrie Canada, 2013, en ligne : <[https://www.ic.gc.ca/eic/site/cilp-pdci.nsf/vwapj/Consultation_LCSA.pdf/\\$file/Consultation_LCSA.pdf](https://www.ic.gc.ca/eic/site/cilp-pdci.nsf/vwapj/Consultation_LCSA.pdf/$file/Consultation_LCSA.pdf)> (consulté le 15 septembre 2018) ; John TUZIK, Matthew MERKLEY et Liam CHURCHILL, « Projet de loi C-25 : ajout d'exigences relatives au vote à la majorité des voix et à la présentation de renseignements sur la diversité dans la *Loi canadienne sur les sociétés par actions* », *Blakes classes affaires*, 24 octobre 2016, en ligne : <<https://www.blakesbusinessclass.com/projet-de-loi-c-25-ajout-d'exigences-relatives-au-vote-a-la-majorite-des-voix-et-a-la-presentacion-de-renseignements-sur-la-diversite-dans-la-loi-canadienne-sur-les-societes-par-actions/?lang=fr>> (consulté le 15 septembre 2018).

l'adoption de politiques et de pratiques de gestion basées sur le principe du *comply or explain*³⁰. Le 28 septembre 2016, le gouvernement fédéral a finalement déposé un projet de loi modifiant la LCSA et certaines autres lois : *Loi modifiant la Loi canadienne sur les sociétés par actions, la Loi canadienne sur les coopératives, la Loi canadienne sur les organisations à but non lucratif et la Loi sur la concurrence* (ci-après « projet de loi C-25 »). Ce projet de loi a reçu la sanction royale le 1^{er} mai 2018³¹. « Le projet de loi C-25 vise à promouvoir la diversité dans les postes de direction, ce qui est un ingrédient essentiel pour créer des environnements où les décisions ayant une incidence sur tout le monde sont prises par des personnes issues de milieux divers. »³² La loi exige dorénavant que les sociétés régies par la LCSA, dont celles qui font appel public à l'épargne (quelque 600 entreprises sur les 1 500 inscrites au TSX qui publient un rapport à une autorité boursière provinciale ou territoriale)³³, fournissent des renseignements aux actionnaires sur leurs politiques relativement à la diversité au sein de leur conseil d'administration et de leur haute direction.

30. CONSEIL CONSULTATIF DU GOUVERNEMENT DU CANADA POUR LA PRÉSENCE DES FEMMES AUX CONSEILS D'ADMINISTRATION, *Rapport, Bon pour les affaires. Plan pour accroître la participation des femmes aux conseils d'administration*, Ottawa, Gouvernement du Canada, 2014, SW21-162/2014F-PDF.

31. *Loi modifiant la Loi canadienne sur les sociétés par actions, la Loi canadienne sur les coopératives, la Loi canadienne sur les organisations à but non lucratif et la Loi sur la concurrence*, projet de loi C-25, 1^{re} sess., 42^e légis., sanctionnée le 1^{er} mai 2018, en ligne : <<http://www.parl.ca/DocumentViewer/fr/42-1/projet-loi/C-25/sanction-royal>> (consulté le 15 septembre 2018). Au printemps 2017, le gouvernement de l'Ontario avait aussi proposé des modifications similaires à sa loi sur les sociétés par actions à travers un projet de loi 101 (L.R.O. 1990, c. B.16) (ci-après « LSAO »). Malheureusement, la 41^e législature de l'Ontario a été dissoute le 8 mai 2018 et les projets de loi qui n'avaient pas reçu la sanction royale avant cette date ont été abandonnés. Pour harmoniser la LSAO et la LCSA en ce qui a trait à l'information sur la diversité, un nouveau projet de loi devrait être déposé et adopté par le gouvernement conservateur nouvellement élu.

32. CANADA, CHAMBRE DES COMMUNES, *Hansard révisé numéro 098, Débats de la Chambre des communes*, 1^{re} sess., 42^e légis., 26 octobre 2016, p. 6163 (l'honorable Patty Hajdu).

33. CANADA, CHAMBRE DES COMMUNES, *Hansard révisé numéro 098, Débats de la Chambre des communes*, 1^{re} sess., 42^e légis., 26 octobre 2016, p. 6154 (l'honorable Diane Finley) ; Josh WINGROVE, « Canada Board Diversity Proposal Said to Affect 600 TSX Companies », *Bloomberg*, 30 septembre 2016, en ligne : <<https://www.bloomberg.com/news/articles/2016-09-30/canada-board-diversity-proposal-said-to-affect-600-tsx-companies>> (consulté le 15 septembre 2018).

2.2.2 Nouvelle partie XIV.1

Après l'article 172 actuel de la LCSA, il est ajouté une nouvelle partie consacrée à la présentation de renseignements relatifs à la diversité : la Partie XIV.1³⁴. Cette nouvelle partie composée d'un article (art. 172.1) comportant trois paragraphes qui énoncent ce qui suit :

Diversité dans les sociétés

172.1 (1) À chaque assemblée annuelle, les administrateurs d'une société visée par règlement présentent aux actionnaires les renseignements réglementaires concernant la diversité au sein des administrateurs et au sein des membres de la haute direction au sens des règlements.

Envoi au directeur et aux actionnaires

(2) La société fournit les renseignements visés au paragraphe (1) à chaque actionnaire, sauf à ceux qui l'ont informée par écrit qu'ils ne souhaitent pas les recevoir, en les envoyant avec l'avis visé au paragraphe 135(1) ou en les mettant à sa disposition avec toute circulaire visée au paragraphe 150(1).

Envoi au directeur

(3) La société envoie simultanément au directeur les renseignements visés au paragraphe (1).

Les renseignements visés dans l'article 172.1(1) de la LCSA sont ceux qui sont requis par les rubriques 10 à 15 de l'Annexe 58-101A1 du Règlement 58-101 *Information concernant la gouvernance* exigée par les ACVM qui oblige les sociétés à inclure certains renseignements à l'égard de la diversité hommes-femmes

34. Dans une proposition de loi modifiant, abrogeant ou adoptant plus d'une loi (*Loi portant exécution de certaines dispositions du budget déposé au Parlement le 19 mars 2019 et mettant en œuvre d'autres mesures*, projet de loi C-97 (1^{re} lecture), 1^{re} sess., 42^e légis., 8 avril 2019, en ligne : <<http://www.parl.ca/DocumentViewer/fr/42-1/projet-loi/C-97/premiere-lecture>> (consulté le 15 septembre 2018)), le gouvernement fédéral a fait connaître son intention (noyée dans un ensemble hétéroclite de modifications législatives) de réformer le droit canadien des sociétés par actions. Dans son article 143(1), le projet C-97 modifie l'article 172 de la LCSA de manière identique en ajoutant une nouvelle partie : une partie XIV.1 « Présentation de renseignements relatifs à la diversité ».

dans leur circulaire de sollicitation de procurations émise par la direction ou dans leur notice annuelle³⁵. En fin de compte, « [t]he Amendments will give further force to the expectation that issuers consider gender and other forms of diversity in determining whom to nominate to their boards »³⁶.

2.2.3 Une diversité conçue largement

Avec cette loi fédérale, le champ d'application des obligations de divulgation en matière de parité est étendu au-delà des seuls émetteurs assujettis. La loi C-25 concerne l'ensemble des sociétés par actions régies par la LCSA qu'elles soient cotées au TSX (qualifiées d'émetteurs assujettis)³⁷ ou non (petites et moyennes entreprises). C'est le régime juridique de plus de 270 000 entreprises utilisant la LCSA qui a ainsi été modifié.

Au-delà de son champ d'application, la définition de la diversité offerte par le législateur fédéral diffère de celle des ACVM. Il est intéressant de noter que la loi renvoie au mot « diversité » en général, et non uniquement à la « diversité » hommes-femmes, ce qui permet d'étendre le contenu des informations exigé par la loi³⁸.

35. En ce sens, pour des détails sur le contenu de la réglementation des autorités provinciales en valeurs mobilières : John TUZIK, Matthew MERKLEY et Liam CHURCHILL, « Projet de loi C-25 : ajout d'exigences relatives au vote à la majorité des voix et à la présentation de renseignements sur la diversité dans la Loi canadienne sur les sociétés par actions », *Blakes classes affaires*, 24 octobre 2016, en ligne : <<https://www.blakesbusinessclass.com/projet-de-loi-c-25-ajout-d'exigences-relatives-au-vote-a-la-majorite-des-voix-et-a-la-presenta-tion-de-renseignements-sur-la-diversite-dans-la-loi-canadienne-sur-les-societes-par-actions/?lang=fr>> (consulté le 15 septembre 2018).

36. Walied SOLIMAN et Andrea BREWER, *Federal government proposes changes to corporate law: what it means for corporate governance and shareholder activism*, Legal update, Norton Rose Fulbright, 2016, en ligne : <<http://www.nortonrosefulbright.com/files/ca-federal-government-proposes-changes-to-corporate-law-what-it-means-for-corporate-governance-and-shareholder-activism-143107.pdf>> (consulté le 15 septembre 2018).

37. Yvan ALLAIRE, « Les sièges sociaux des grandes entreprises du Québec sont-ils en péril ? », *IGOPP*, septembre 2016, en ligne : <https://igopp.org/wp-content/uploads/2016/09/IGOPP_Rapport_SiegesSociaux_FR_v6_WEB-A.pdf> (consulté le 15 septembre 2018)). Selon la récente recension des plus importants sièges sociaux québécois réalisée par l'Institut pour la gouvernance des organisations privées et publiques (ci-après « IGOPP »), plus de 70 % des 69 entreprises qui ont été le sujet de l'étude sont régies par la loi fédérale des sociétés par actions.

38. Le règlement sur les sociétés par actions de régime fédéral proposé dans le cadre de la loi C-25 précise que l'expression « membres de groupes désignés » remplace le terme « femme » aux rubriques 11 à 15 de l'Annexe 58-101A1 (*Information concernant la gouvernance*, en ligne : <http://ccmr-ocrmc.ca/wp-content/uploads/58-101_

Les règlements proposés accompagnant la loi C-25 (mis à jour en janvier 2018)³⁹ exigent que les renseignements relatifs à la diversité concernant les conseils d'administration et la haute direction s'appliquent à « chaque groupe » désigné indiqué dans la *Loi sur l'équité en matière d'emploi*⁴⁰. Hormis les femmes, les groupes désignés comprennent les membres des minorités visibles, les personnes handicapées et les Autochtones. Cette rédaction confirme les intentions du gouvernement exprimées lors du discours de deuxième lecture du ministre Navdeep Bains : « Le gouvernement est résolu à faire tout en son pouvoir pour libérer le plein potentiel des Canadiens, en particulier ceux qui sont sous-représentés dans certains secteurs de l'économie d'aujourd'hui. » Le secrétaire parlementaire du ministre avait d'ailleurs affirmé que le gouvernement avait à cœur de régler la question de la sous-représentation des femmes et d'autres groupes aux échelons les plus élevés de la direction des entreprises. Au-delà de la représentation des femmes, la réforme se donne un objectif à grande portée.

À la lecture de la loi adoptée, le législateur canadien n'impose donc pas de seuils ou de quotas de représentation de femmes ou d'autres groupes dans les conseils d'administration. Tout comme les ACVM (et en dépit des observations tirées de la pratique sur la présence des femmes dans les conseils d'administration et au sein de la haute direction), le gouvernement fédéral s'appuie sur une démarche souple pour accroître la diversité dans les conseils. Si les modifications à l'article 172 résultant de la loi C-25 ont été adoptées à l'échelle fédérale (et non provinciale), l'écart avec les exigences provinciales en matière d'information sur la diversité

ni_fl_fr.pdf> (consulté le 15 septembre 2018)) du *Règlement 58-101 – Pratiques en matière de gouvernance* (C.R.C., c. V.1.1, r. 32).

39. Les modifications au règlement d'application de la LCSA devraient être arrêtées définitivement au cours des 18 à 24 prochains mois. Les sociétés soumises à la LCSA devront donc respecter ces exigences à compter de la période de sollicitation de procurations de 2020 ou de 2021. Entre-temps, les participants au marché pourront soumettre des commentaires à *Corporations Canada*.

40. Le règlement sur les sociétés par actions de régime fédéral proposé dans le cadre de la loi C-25 indique en ce sens que : « Pour l'application du présent article, "groupes désignés" inclut, sans toutefois s'y limiter, les groupes désignés tels définis en vertu de la *Loi sur l'équité en matière d'emploi* » (CORPORATION CANADA, *Règlements proposés relatifs au projet de loi C-25*, Gouvernement du Canada, en ligne : <<https://www.ic.gc.ca/eic/site/cd-dgc.nsf/fra/cs07273.html>>). Cette nouvelle obligation d'information est plus globale que les règles de présentation de renseignements relatifs à la diversité en vertu de la plupart des règlements provinciaux en valeurs mobilières.

est sans doute temporaire et est appelé à disparaître à terme. L'histoire canadienne démontre en effet que les provinces et les territoires ont adopté des lois sur les sociétés par actions qui se sont toujours inspirées du modèle fédéral⁴¹. Or, il n'y a pas de raison que cela change. En conséquence, c'est l'ensemble du droit des sociétés par actions qui risque d'évoluer dans un avenir proche favorablement à la diversité.

2.3 Synthèse

Pour imposer une présence accrue des femmes au sein des conseils d'administration et de la haute direction, le législateur fédéral et les autorités provinciales des marchés financiers se basent sur une réglementation souple construite autour du *comply or explain*. Or, cette réglementation, dont la LCSA a accru la portée (sur l'objet même et le champ d'application qui dépasse les grandes sociétés canadiennes), demeure plus que discutable eu égard aux résultats obtenus jusqu'à présent.

3. ÉTATS-UNIS : VERS UNE RÉGLEMENTATION PLUS CONTRAIGNANTE ?

Aux États-Unis, plusieurs initiatives en matière de diversité hommes-femmes ont été prises (3.2 et 3.3), alors que ce pays a longtemps été caractérisé par une quasi-absence de régulation ou de diffusion de bonnes pratiques en ce domaine (3.1). Un changement de philosophie paraît se faire jour.

3.1 Information sur des mesures génériques : la solitude de la *Securities and Exchange Commission*

Aucune disposition (contraignante ou non) n'incite les conseils d'administration à intégrer la diversité dans leurs pratiques de recrutement de membres. « Legislative efforts to

41. « A careful review of changes in Canadian federal and provincial business corporations' legislation over the past decade reveals that the "innovative" standards established by the modern CBCA and OBCA have been replicated to an increasing degree by other provinces » (Katherine KONTIO, Carl S. MCKAY et Jordan E. DOLGIN, « Where to Incorporate in Canada? An Increasingly Level Playing Field », 4 juin 2008, en ligne : <<http://www.dpclaw.ca/downloads/Selectin ganIncorporationJurisdiction.pdf>> (consulté le 15 septembre 2018)).

address the gender gap on boards and senior management in the United States have been minimal. »⁴² Sur le plan réglementaire, l'essentiel du droit américain tient dans une position prise par la *Securities and Exchange Commission* (ci-après « SEC ») en février 2010 concernant les informations contenues dans les formulaires de procuration. « [N]ew SEC rules now require public companies to disclose how they view diversity. »⁴³ À travers de nouvelles exigences d'information (qui n'imposent pas aux conseils d'administration de prendre en compte la diversité dans leur sélection des candidats)⁴⁴, la SEC est venue contraindre les grandes entreprises à divulguer les compétences des membres du conseil d'administration et de l'information quant à savoir si le comité de nomination prenait en compte (et, si oui, comment) la diversité⁴⁵ dans le processus de sélection des candidats à un conseil d'administration⁴⁶. Les entreprises doivent également divulguer de quelle manière les politiques existantes en matière de diversité du conseil et du comité de nomination sont mises en œuvre et leur évaluation faite.

Or, une évolution est en cours, évolution qui apparaît positive au regard du retard observé en matière de parité vis-à-vis de l'Europe et du Canada. « Currently, the U.S. is lagging behind some of its European counterparts as it relates the female executives on the boards of publicly traded companies. »⁴⁷ Par rapport au Canada, la situation américaine se révèle tout aussi préoccupante.

42. (Nous soulignons) Andrew MACDOUGALL, Sonam PANDYA, Matthew QUINTERI et Corinne XU, avec l'assistance de Lipi MISHRA et Dave MARSHALL, *Diversity disclosure practices*, Osler, 2015, p. 4.

43. Luis A. AGUILAR, « Speech by SEC Commissioner: Diversity in the Boardroom is Important and, Unfortunately, Still Rare », *U.S. Securities and Exchange Commission*, 16 septembre 2016, en ligne : <<https://www.sec.gov/news/speech/2010/spch091610laa.htm>> (consulté le 15 septembre 2018).

44. Enkelena GJUKA, « Corporate America, It's Time to Increase Gender Diversity in Boardrooms », *Jurist*, 11 novembre 2013, en ligne : <<https://www.jurist.org/commentary/2013/11/enkelena-gjuka-womens-rights/>> (consulté le 15 septembre 2018).

45. La SEC ne définit pas cette notion, la laissant dans les mains des entreprises qui font leur propre interprétation.

46. Anne L. ALSTOTT, « Gender Quotas for Corporate Boards: Options for Legal Design in the United States », (2014) 26-1 *Pace International Law Review* 38, 50.

47. Tyler WINTERS et Madhuri JACOBS-SHARMA, « Gender Diversity on Corporate Boards: The Competing Perspectives in the U.S. and the EU », (2016) *Comparative Corporate Governance and Financial Regulation*, texte n° 13, p. 14 (PDF), en ligne : <https://scholarship.law.upenn.edu/fisch_2016/13/> (consulté le 15 septembre 2018).

pante, comme le montre ce graphique extrait du rapport *Canadian Spencer Stuart Board Index 2015*⁴⁸ (figure 2) :

Figure 2



Selon l'agence de conseil en vote américaine ISS, seulement 22 % des membres des conseils d'administration des sociétés composant l'indice S&P 500 étaient des femmes en 2017, comparative-ment à 16 % en 2008⁴⁹. Il en va ainsi même si les chiffres récents fournis par *Equilar's Gender Diversity Index* démontrent une certaine progression de la féminisation des conseils d'administration aux États-Unis qui demeure faible. « [I]n the second quarter of 2018 the number of all-male boards in the Russell 3000 declined to a new low of 17.1 % ; the percentage of women directors reached a new high of 17.7 % ; and the percentage of new directors that are women rose to 34.9 %, nearly double that of 2014. »⁵⁰

48. Spencer STUART, *Canadian Spencer Stuart Board Index 2015: Board Trends and Practices of Leading Canadian Companies*, 2015, p. 58.

49. Kosmas PAPADOPOULOS, Robert KALB, Angelica VALDERRAMA et Thomas BALOG, *U.S. Board Study: Board Diversity Review*, Institutional Shareholder Services, Inc., 2018, en ligne : <<https://www.issgovernance.com/file/publications/us-board-diversity-study.pdf?elqTrackId=011970cf767b4a1f8d518ad530d-43a5a&elq=b3a1924ce6fd49d78fde7efe6de92189&elqaid=1083&elqat=1&elqCampaignId=>> (consulté le 20 octobre 2018).

50. Étude citée dans David A. KATZ et Laura A. McINTOSH, « Gender Diversity on Public Company Boards – Recent Developments », Wachtell, Lipton, Rosen & Katz, 5 octobre 2018, W/3236700.

3.2 Multiplication des initiatives : États, villes, investisseurs et autorité boursière au diapason

De multiples initiatives fleurissent depuis quelque temps aux États-Unis⁵¹. « As 2018 enters its final quarter, major institutional investors and even legislators are intensifying pressure on boards to add women directors. »⁵² Plusieurs investisseurs institutionnels de poids (*BlackRock* et *State Street* notamment) ont, par exemple, fait publiquement savoir qu'ils s'attendaient à ce qu'au moins deux sièges de conseils d'administration soient réservés aux femmes ou qu'ils voteraient contre l'élection d'administrateurs de sociétés dont ils détenaient les titres dès lors que lesdites sociétés ne prendraient pas de mesures adéquates pour favoriser la féminisation du conseil. Le contrôleur de l'État de New York qui supervise la *New York State Common Retirement Fund* (évaluée à plus de 200 milliards de dollars américains) et le contrôleur de la ville de New York qui supervise les cinq caisses de retraite de la ville de New York (évaluées à plus de 160 milliards de dollars américains) ont annoncé en 2018 que la caisse commune de retraite de l'État de New York voterait contre tous les administrateurs qui se présenteraient aux fins de réélection à des conseils qui ne comprendraient aucune femme. En 2017, le contrôleur de l'État de New York et les caisses de retraite de la ville de New York avaient déjà lancé une campagne intitulée « National Boardroom Accountability Project Campaign Version 2.0 » qui a invité les conseils d'administration à communiquer de l'information sur la race, le genre et les compétences de leurs membres dans une grille normalisée et à entamer un dialogue concernant leur processus de renouvellement⁵³. Au titre de ces initiatives, plusieurs États⁵⁴

51. Sur les initiatives d'organisations privées nationales ou internationales (telles que *30 % Club of the United States*, *Catalyst*, *The Alliance for Board Diversity* ou *The Defiant Girl*) ou d'investisseurs institutionnels privés ou publics, voir : DELOITTE, *Women in the Boardroom: A Global Perspective*, 5^e éd., 2017, p. 11 et s., en ligne : <https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/za/Documents/technology-media-telecommunications/za_Wome_in_the_boardroom_a_global_perspective_fifth_edition.pdf> (consulté le 15 septembre 2018).

52. (Nous soulignons) David A. KATZ et Laura A. McINTOSH, « Gender Diversity on Public Company Boards – Recent Developments », *Wachtell, Lipton, Rosen & Katz*, 5 octobre 2018, W/3236700.

53. NEW YORK CITY COMPTROLLER, « Comptroller Stinger, NYC Pension Funds Launch National Boardroom Accountability Project Campaign – Version 2.0 », 8 septembre 2017, en ligne : <<https://comptroller.nyc.gov/newsroom/press-releases/comptroller-stringer-nyc-pension-funds-launch-national-boardroom-accountability-project-campaign-version-2-0/>> (consulté le 20 octobre 2018).

54. Il en va de même des villes de Philadelphie et de New York.

ont adopté des mesures non obligatoires pour accroître la présence des femmes au sein des conseils d'administration des entreprises américaines. Il en va ainsi de la Californie qui, en 2013, a adopté la résolution 62 appelant à une plus grande présence de femmes dans les conseils et fixant un objectif minimal d'une femme par conseil des sociétés cotées pour 2016⁵⁵ ; du Massachusetts en 2015 poussant à la présence d'au moins trois femmes dans les conseils d'administration de plus de neuf membres d'ici 2018 et imposant une communication d'informations sur la féminisation pour les sociétés fermées et ouvertes⁵⁶ ; de l'Illinois encourageant en 2015 les sociétés ouvertes à avoir un nombre minimum d'administratrices dépendant du nombre de membres au conseil d'ici trois ans⁵⁷ ; et de la Pennsylvanie requérant des sociétés fermées et ouvertes et des organisations à but non lucratif de définir des objectifs pour améliorer la parité hommes-femmes et d'atteindre 30 % de femmes d'ici 2020⁵⁸.

Avant de démissionner au début de l'année 2017, la présidente de la SEC (M^{me} Mary Jo White) avait annoncé que le personnel de la SEC préparait une recommandation visant l'obligation de présenter de l'information « plus significative » sur la diversité des membres du conseil et des candidats à un poste d'administrateur. À la suite de cette recommandation, l'*Advisory Committee on Small and Emerging Companies* a recommandé à la SEC en février 2017 de modifier la réglementation en vigueur afin de prévoir l'obligation, pour les petites sociétés fermées émergentes et les sociétés cotées ayant une capitalisation boursière de moins de 250 millions de dollars américains, d'indiquer non seulement si elles étaient dotées d'une politique sur la diversité, mais également dans quelle mesure leur conseil était diversifié⁵⁹. La recommanda-

55. Senate Concurrent Resolution No. 62 – Relative to women on corporate boards, Californie, adopté le 12 septembre 2013.

56. The 190th General Court of the Commonwealth of Massachusetts, Resolution Senate No. 1007, adopté le 21 octobre 2015, en ligne : <<https://malegislature.gov/Bills/189/S1007>> (consulté le 15 juillet 2018).

57. Illinois General Assembly, 99th General Assembly, House Resolution 0439, adopté le 30 mai 2015.

58. The General Assembly of Pennsylvania, House Resolution No. 273, adopté le 26 avril 2017.

59. ADVISORY COMMITTEE ON SMALL AND EMERGING COMPANIES, « Recommendation Regarding Disclosure of Board Diversity », U.S. Securities and Exchange Commission, 16 février 2017, en ligne : <<https://www.sec.gov/info/smallbus/acsec/acsec-recommendation-021617-corporate-board-diversity.pdf>> (consulté le 15 septembre 2018).

tion de ce comité allait au-delà de la diversité hommes-femmes et prévoyait l'obligation d'indiquer, pour chaque membre du conseil ou candidat à un poste d'administrateur, la race et l'origine ethnique auxquelles ces personnes s'identifient. Pour le moment, la SEC n'a pas donné suite à cette recommandation.

3.3 Loi californienne SB-826 : des quotas et des sanctions

L'État de Californie a franchi récemment une étape importante. « California could become the first state in the nation to enact legislation promoting gender diversity in corporate boardrooms. »⁶⁰ C'est chose faite depuis peu. Les parlementaires californiens ont, en effet, adopté le 5 septembre 2018 un projet de loi (poussé par la *National Association of Women Business Owners – California*) visant à contraindre les conseils d'administration à intégrer des femmes en leur sein, projet devenu loi et entrée en vigueur le 30 septembre 2018 (*Senate Bill No. 826*)⁶¹. Dans le contexte américain de souplesse qui caractérise habituellement les normes de gouvernance d'entreprise⁶², cette position américaine est à souligner. Dès l'introduction de la loi, le ton est donné : « More women directors serving on boards of directors of publicly held corporations will boost the California economy, improve opportunities for women in the workplace, and protect California taxpayers, shareholders, and retirees, including retired California state employees and teachers whose pensions are managed by CalPERS and CalSTRS. Yet studies predict that it will take 40 or 50 years

60. Ron BERENBLAT, Andrew FREEDMAN et Steve WOLOSKY, « Gender Quotas on California Boards », Harvard Law School Forum on Corporate Governance and Financial Regulation, 22 juin 2018, en ligne : <<https://corpgov.law.harvard.edu/2018/06/22/gender-quotas-on-california-boards/>> (consulté le 15 septembre 2018).

61. SB-826 Corporations: boards of directors, Enrolled and presented to the Governor, Californie, 10 septembre 2018. Ce projet législatif est devenu la loi suivante : Senate Bill No. 826, Chapter 954, *An act to add Sections 301.3 and 2115.5 to the Corporations Code, relating to corporations*, Californie, 1^{er} octobre 2018, en ligne : <https://leginfo.ca.gov/faces/billTextClient.xhtml?bill_id=201720180SB826> (consulté le 20 octobre 2018).

62. Ce modèle connaît néanmoins une évolution comme l'a récemment mis en lumière un auteur en ces termes : « Mis en œuvre à l'origine dans le cadre de codes de bonnes pratiques, souples et volontaires, les principes de *corporate governance* ont progressivement été renforcés et rendus impératifs par le législateur à la faveur de plusieurs scandales du début des années 2000 et de la crise financière » (Pierre SERVAN-SCHREIBER, « Le concept de gouvernance », (2014) 240 *Gazette du Palais* (dossier La gouvernance et le droit des affaires) (PDF) (Lextenso)).

to achieve gender parity, if something is not done proactively ». Le *Senate Bill No. 826* ajoute deux articles à la loi californienne sur les sociétés par actions : les articles 301.3 et 2115.5.

En vertu de l'article 301.3, la loi impose aux sociétés, dont les titres sont cotés sur un marché américain et dont le siège social est en Californie⁶³, d'avoir un minimum d'une femme dans leurs conseils d'administration d'ici le 31 décembre 2019. À compter du 31 décembre 2021, ce chiffre devra être au moins de deux pour les sociétés dont le conseil d'administration comprend cinq membres et, au moins, de trois pour les sociétés dont le conseil d'administration comprend six membres et plus. Confirmant la place du *name and shame* et de la réputation comme instruments contemporains de gouvernance, la loi prévoit qu'au plus tard le 1^{er} juillet 2019, le secrétaire d'État de la Californie publiera un rapport sur son site Internet dressant un bilan des entreprises soumises à la loi et de celles qui disposent d'au moins une femme au sein de leur conseil⁶⁴. Au plus tard le 1^{er} mars 2020, le secrétaire d'État de la Californie publiera un rapport annuel sur son site Internet indiquant minimalement le nombre de sociétés soumises à la loi et qui s'y seront conformées durant l'année⁶⁵ ; le nombre de sociétés qui auront déplacé leur siège social vers un autre État⁶⁶ ; le nombre de sociétés dont les titres étaient échangés sur un marché américain, mais qui ne le seront plus⁶⁷. Enfin, même si les sanctions sont réduites par rapport à ce qui était initialement annoncé⁶⁸, la loi prévoit que le secrétaire d'État de la

63. Sur les 761 sociétés cotées californiennes dont une grande partie va être concernée par cette loi, 510 sont inscrites au NASDAQ, 216 inscrites au NYSE et 35 inscrites à l'AMEX. Cette disposition nouvelle s'appliquera aussi aux sociétés étrangères dont les titres sont échangés sur un marché et dont le bureau de direction est situé en Californie « [...] to the exclusion of the law of the jurisdiction in which the foreign corporation is incorporated » (Cal. Corp. Code § 2115.5 (a)).

64. Cal. Corp. Code § 303.3 (c).

65. Cal. Corp. Code § 303.3 (c)(1).

66. Cal. Corp. Code § 303.3 (c)(2).

67. Cal. Corp. Code § 303.3 (c)(3).

68. Au moment du dépôt du projet de loi, le montant de la pénalité était calculé par rapport au montant annuel moyen de rémunération en argent attribué aux administrateurs. Ce montant pouvait se trouver multiplié par trois, en cas de violation multiple. La sanction contenue dans la loi adoptée se révèle moins lourde. Voir : SB-826 Corporations: boards of director, Introduced by Senators Jackson and Atkins, (Principal coauthor: Senator Leyva) (Coauthor: Assembly Member Gonzalez Fletcher), Californie, introduit le 3 janvier 2018.

Californie pourra imposer des amendes en cas de non-conformité à la loi (article 303.3 (e) (1))⁶⁹ :

The Secretary of State may adopt regulations to implement this section. The Secretary of State may impose fines for violations of this section as follows:

(A) For failure to timely file board member information with the Secretary of State pursuant to a regulation adopted pursuant to this paragraph, the amount of one hundred thousand dollars (\$100,000).

(B) For a first violation, the amount of one hundred thousand dollars (\$100,000).

(C) For a second or subsequent violation, the amount of three hundred thousand dollars (\$300,000).

Replacée dans le contexte traditionnel américain de faible interventionnisme législatif, la loi californienne témoigne d'une évolution des mentalités. Même limitée aux seuls conseils d'administration et à la diversité de genre, cette loi est un signal que les choses doivent changer. Cette loi de la 5^e économie de la planète ne saurait être détachée d'un *continuum* d'initiatives cherchant à favoriser la féminisation des conseils.

3.4 Synthèse

Depuis la position de la SEC de 2010, plusieurs initiatives ont été prises, dont l'adoption de la loi californienne SB-826. Ce renforcement du cadre réglementaire (même émanant d'un seul État) est loin d'être un non-événement et pourrait être une cause infime aux grands effets (et produire un effet papillon salutaire).

4. CONCLUSION : « DE L'AUDACE, ENCORE DE L'AUDACE, TOUJOURS DE L'AUDACE ! »⁷⁰

Depuis les dernières années, les actions pour renforcer la féminisation et la diversité dans la gouvernance d'entreprises se multiplient. La diversité des conseils confère indiscutablement des

69. L'article 303.3 (e)(2) et (3) apporte des précisions sur les cas de violation. Ainsi, ne constitue pas une telle violation le fait pour une femme d'occuper un poste dans un conseil d'administration pour une partie de l'année seulement.

70. Georges Jacques DANTON, discours à l'Assemblée législative du 2 septembre 1792.

avantages directs et indirects aux entreprises qui la pratiquent envers ses clients, ses salariés et ses investisseurs. Des études démontrent par exemple que les conseils d'administration diversifiés sont plus susceptibles d'être efficaces et de mieux comprendre les besoins de leurs clients et parties prenantes. La diversité est associée à plusieurs effets positifs clairement démontrés⁷¹.

Les États-Unis et le Canada montrent que l'Amérique du Nord n'est pas insensible à la problématique de la féminisation des conseils d'administration et de la haute direction. Toutefois, leur choix de politique législative mérite d'être discuté. Tout d'abord, l'absence d'initiatives juridiques du côté américain depuis la position de la SEC en 2010 est de plus en plus critiquée⁷². Si ce pays se repose sur les entreprises⁷³, il n'en demeure pas moins que l'adoption de la loi californienne montre qu'une autre voie est possible et ne doit pas être écartée. Les États-Unis ont déjà utilisé l'instrument législatif dans le domaine de la gouvernance d'entreprise lorsqu'il a fallu réagir⁷⁴. Si la loi californienne se limite aux femmes (en d'autres termes, à la simple diversité de

-
71. Présenter l'ensemble des études analysant les effets de la diversité de genre dépasserait l'objet du présent texte. Par exemple, voir : Renee ADAMS et Daniel FERREIRA, « Women in the Boardroom and Their Impact on Governance and Performance », (2009) 94-2 *Journal of Financial Economics* 291 (relevant de meilleures performances des entreprises comportant plus de femmes dans leurs conseils d'administration) ; David A. MATSA et Amalia R. MILLER, « A Female Style in Corporate Leadership? Evidence from Quotas », (2013) 5-3 *American Economic Journal* 136 (relevant une approche moins court-termiste pour les entreprises norvégiennes qui doivent respecter des quotas).
 72. Bryce COVERT, « American Companies Made No Progress In Gender Diversity On Boards For 8 Straight Years », *ThinkProgress*, 10 décembre 2013, en ligne : <<https://thinkprogress.org/american-companies-made-no-progress-in-gender-diversity-on-boards-for-8-straight-years-4956eba2323b/>> (consulté le 15 septembre 2018) (cet auteur relève que les règles de divulgation de la SEC sont trop vagues et inefficaces pour modifier les comportements de recrutement des conseils d'administration).
 73. « The only programs that can be effective in the United States are strong top-down policies that are implemented by the corporations themselves. The corporations must be open and willing to hire women, and create the right work environment at the board level to create effective change » (Tyler WINTERS et Madhuri JACOBS-SHARMA, « Gender Diversity on Corporate Boards: The Competing Perspectives in the U.S. and the EU », (2016) *Comparative Corporate Governance and Financial Regulation*, texte n° 13, p. 40 (PDF), en ligne : <https://scholarship.law.upenn.edu/fisch_2016/13/> (consulté le 15 septembre 2018)).
 74. Les lois *Sarbanes-Oxley* et *Dodd-Frank* le confirment : *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act*, Pub. L. No. 111-203, H.R. 4173, 21 juillet 2010 ; *Sarbanes-Oxley Act of 2002*, Pub. L. No. 107-204, 116 Stat. 745, 30 juillet 2002.

genre) et ne concerne que leur présence dans les conseils d'administration, elle est une initiative à marquer d'une pierre blanche. Elle est sans doute une rupture brutale⁷⁵ et pourrait inciter les États-Unis à ne plus se désintéresser de la question de la féminisation et à adopter une approche intermédiaire souple. Ensuite, le Canada a choisi en 2014 une démarche de *comply or explain*. Il a donc quitté le stade de l'indifférence juridique, comme l'a confirmé l'adoption de la réforme de la LCSA qui va au-delà de la diversité entre hommes et femmes. Si le modèle « se conformer ou s'expliquer » accroît la transparence, encourage une évolution plus rapide et favorise l'apparition de règles plus strictes si nécessaire⁷⁶, il n'est pas sans réserve d'autant que le bilan statistique atteste de faibles progrès⁷⁷. Une étude récente comparant le Canada et la France conclut en ce sens que : « L'étude a permis de montrer aux gouvernements s'interrogeant sur le bien-fondé d'une législation sur la diversité qu'une loi contraignante avait des résultats plus rapides en termes de féminisation des conseils d'administration, sans différence majeure quant au capital humain des administratrices recrutées. »⁷⁸

-
75. Tyler WINTERS et Madhuri JACOBS-SHARMA, « Gender Diversity on Corporate Boards: The Competing Perspectives in the U.S. and the EU », (2016) *Comparative Corporate Governance and Financial Regulation*, texte n° 13, p. 8 (PDF), en ligne : <https://scholarship.law.upenn.edu/fisch_2016/13/> (consulté le 15 septembre 2018).
 76. Voir les réponses à la consultation ontarienne ci-dessous : ONTARIO SECURITIES COMMISSION, *OSC Staff Consultation Paper 58-401 Disclosure Requirements regarding Women on Boards and in Senior Management*, 2013, en ligne : <http://www.osc.gov.on.ca/documents/en/Securities-Category5/sn_20130730_58-401_disclosure-requirements-women.pdf> (consulté le 15 septembre 2018).
 77. À propos de l'incertitude de l'efficacité du *comply or explain*, voir : Susan YOUNG, « Comply or Explain », dans Samuel O. IDOWU, Nicholas CAPALDI, Liangrong ZU et Ananda DAS GUPTA (dir.), *Encyclopedia of Corporate Social Responsibility*, Berlin ; New York, Springer, 2013, p. 434. En termes de risques dont il est porteur, le *comply or explain* a été critiqué par la Commission européenne relativement à son application dans le domaine de la mise en œuvre des codes de gouvernance d'entreprise (COMMISSION EUROPÉENNE, *LIVRE VERT : Le cadre de la gouvernance d'entreprise dans l'UE*, Doc. off. COM/2011/164 final, 2011, p. 21). Une partie de la doctrine souligne parallèlement un risque de dérive du *comply or explain* qui n'est pas à négliger : celui d'aller dans un sens monosubjectif, persuasif, promotionnel et consacrant un « agir stratégique » (Björn FASTERLING et Jean-Christophe DUHAMEL, « Le *comply or explain* : la transparence conformiste en droit des sociétés », (2009) t. XXIII-2 *Revue Internationale de Droit Économique* 129, 155, n° 49).
 78. (Nous soulignons) Isabelle ALLEMAND, Jean BÉDARD et Bénédicte BRULLEBAUT, « Efficacité des lois contraignantes et des lois souples pour promouvoir la diversité de genre dans les conseils d'administration : une comparaison France-Canada », (2016) 19-4 *Finance Contrôle Stratégie* 117, n° 66.

Le Canada devrait aujourd'hui penser à durcir le ton et faire évoluer sa réglementation. Bien que des experts souhaitent une telle évolution en s'appuyant à nouveau sur un renforcement de la transparence⁷⁹ ou sur l'amélioration de pratiques critiquables (travailler sur le renouvellement du conseil, assurer la définition de cibles de représentation féminine), d'aucuns vont plus loin en évoquant l'utilisation de l'outil législatif. Relativement à cette dernière proposition, si elle peut de prime abord paraître extrême, il n'y aurait pas véritablement de rupture. D'un côté, en plus de l'existence de la loi québécoise sur les sociétés d'État, des projets de loi ont déjà été déposés par le passé devant les parlementaires comme les projets S-203⁸⁰ en 2011, S-212⁸¹ en 2013 et S-217⁸² en 2014 intitulés *Loi visant à moderniser la composition des conseils d'administration de certaines personnes morales, institutions financières et sociétés d'État mères, notamment à y assurer la représentation équilibrée des femmes et des hommes*, ou encore les projets S-238⁸³ en 2009 et S-206⁸⁴ en 2010 intitulés *Loi visant à assurer*

79. Voir les récentes préconisations du cabinet *Davies* sur ce point : DAVIES, *Rapport de Davies sur la gouvernance*, 2018, p. 17. Ces préconisations se résument en trois points : indiquer le nombre et le pourcentage de femmes occupant des postes d'administrateur et de membre de la haute direction dans des tableaux, qui pourraient inclure des données pour plus d'un an ; inclure dans les circulaires de sollicitation de procurations d'une grille indiquant les compétences que leurs administrateurs doivent posséder et l'incidence de ces exigences sur le processus de repérage, de sélection et de présentation de candidats aux postes d'administrateur ; intégrer dans l'Instruction générale 58-201 relative à la gouvernance des pratiques exemplaires supplémentaires concernant les processus et politiques utilisés pour repérer, sélectionner et présenter des candidats diversifiés aux postes d'administrateur.

80. *Loi visant à moderniser la composition des conseils d'administration de certaines personnes morales, institutions financières et sociétés d'État mères, notamment à y assurer la représentation équilibrée des femmes et des hommes*, projet de loi n° S-203 (2^e lecture et renvoi à un comité – 16 décembre 2011), 1^{re} sess., 41^e légis. (Can.).

81. *Loi visant à moderniser la composition des conseils d'administration de certaines personnes morales, institutions financières et sociétés d'État mères, notamment à y assurer la représentation équilibrée des femmes et des hommes*, projet de loi n° S-212 (dépôt et première lecture – 27 novembre 2013), 2^e sess., 41^e légis. (Can.).

82. *Loi visant à moderniser la composition des conseils d'administration de certaines personnes morales, institutions financières et sociétés d'État mères, notamment à y assurer la représentation équilibrée des femmes et des hommes*, projet de loi n° S-217 (débat en 2^e lecture – 19 juin 2014), 2^e sess., 41^e légis. (Can.).

83. *Loi visant à assurer la parité de genre dans le conseil d'administration de certaines personnes morales, institutions financières et sociétés d'État mères*, projet de loi n° S-238 (débat en 2^e lecture – 2 décembre 2009), 2^e sess., 40^e légis. (Can.).

84. *Loi visant à assurer la parité de genre dans le conseil d'administration de certaines personnes morales, institutions financières et sociétés d'État mères*, projet de loi n° S-206 (étude du rapport de comité – 8 février 2018), 3^e sess., 41^e légis. (Can.).

la parité de genre dans les conseils d'administration de certaines personnes morales, institutions financières et sociétés d'État mères. D'un autre côté, en plus de s'inscrire en droit fil de l'attitude adoptée par nombre d'États à l'étranger (qui offrent un réel recul pour permettre au législateur canadien de prendre position), l'adoption d'une loi définissant des quotas et des sanctions accélérerait l'implantation de la diversité⁸⁵, apporterait précision et certitude (certes, sans taire toutes les critiques)⁸⁶, tout en mettant fin aux disparités constatées selon les secteurs d'activité⁸⁷. Enfin, cette possibilité de légiférer sur la féminisation des conseils n'a jamais été exclue du monde des affaires lui-même⁸⁸.

À défaut de se montrer plus ambitieux sur la nature des instruments à mettre en place, certains indiquent qu'il ne faudra pas moins de 171 ans au rythme actuel pour atteindre la parité dans les conseils d'administration des entreprises canadiennes⁸⁹. C'est trop long. Le temps est sans doute venu d'agir avec plus de fermeté et d'envoyer un signal reflétant favorablement la position

85. Soulignant la résistance des entreprises canadiennes : Aleksandra SAGAN, « Despite growing calls for more women on boards, Corporate Canada resists », *Canadian Business*, 30 juin 2016.

86. En plus des critiques traditionnelles attachées à la loi (coût, inefficacité...), la concentration de l'attention sur la diversité de genre ne doit pas être exagérée et résumer à elle seule les réflexions qui doivent avoir cours pour améliorer la gouvernance des entreprises (Renée B. ADAMS, « Woman on Boards: The Superheroes of Tomorrow? », *ECGI Finance Working Paper No 466/2016*, mars 2016).

87. AUTORITÉS CANADIENNES EN VALEURS MOBILIÈRES, *Avis multilatéral 58-310 du personnel des ACVM Rapport du quatrième examen du personnel sur la représentation féminine aux postes d'administrateurs et de membres de la haute direction*, 27 septembre 2018, p. 7 et p. 10.

88. Tel a été l'avertissement du président de la Commission des valeurs mobilières de l'Ontario fait à l'assemblée annuelle de la Coalition canadienne pour la bonne gouvernance en 2015 (propos cités dans : DAVIES, *Rapport de Davies sur la gouvernance*, 2015, p. 18 et p. 26).

89. Céline (Hon.) HERVIEUX-PAYETTE, « Femmes dans les CA : une loi pour la performance économique », dans S.F.C.B.Q., vol. 435, *Développements récents en droit des affaires*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2018, p. 395, à la p. 401. Pour les ACVM, ce chiffre exprimé en années serait moindre. Compte tenu des données contenues dans ses rapports annuels, il faudrait 30 ans pour atteindre la parité entre les hommes et les femmes au sein des conseils des sociétés inscrites à la cote de la TSX (AUTORITÉS CANADIENNES EN VALEURS MOBILIÈRES, *Table ronde – Troisième examen sur les femmes aux postes d'administrateur et de membre de la haute direction*, 24 octobre 2017, en ligne : <https://www.osc.gov.on.ca/documents/en/Securities-Category5/sn_20171103_transcript-wob-round-table.pdf> (consulté le 20 octobre 2018).

canadienne sur la féminisation des conseils et des postes dans la haute direction⁹⁰.

90. La théorie du signal trouve ses origines dans les sciences économiques et financières (Michael SPENCE, « Job Market Signaling », (1973) 87-3 *The Quarterly Journal of Economics* 355). Selon cette théorie, en raison de l'asymétrie sur le marché pour l'information, les organisations se pensant les meilleures en font la preuve aux investisseurs dans le but d'améliorer leur réputation (David CAMPBELL, Philip SHRIVES et Heike BOHMBACH-SAAGER, « Voluntary Disclosure of Mission Statements in Corporate Annual Reports: Signaling What and To Whom? », (2001) 106-1 *Business & Society Review* 65).

La récidive : talon d'Achille en matière criminelle

Philippe BENSIMON

Résumé

Sanctionnée dans le *Code criminel* canadien au titre de circonstance aggravante, la récidive demeure une notion loin de faire l'unanimité. Au regard de la loi, cette dernière ne peut en effet avoir de sens légal que s'il y a condamnation pour quiconque ayant déjà été condamné par le passé alors que pour bien des professionnels versés dans le domaine clinique, elle demeure un échec que rien ni personne n'a su prévenir. Son analyse, lorsque vient le temps de dresser le profil d'un prévenu avant procès ou d'un détenu à la veille d'être élargi, suscite le doute, sème la controverse, attise les tensions en conduisant les experts les plus aguerris à des avis souvent contradictoires. Lourdes de conséquences pour les uns et les autres, des évaluations menant témoins experts et cliniciens en établissement à des recommandations bâties sur ce qu'ils croient savoir après une, deux, parfois trois heures d'entrevue. Pronostic métronome aux répercussions désastreuses entre sous-estimation et surestimation du risque encouru. Plusieurs mesures tentent de remédier à cette situation endémique, certaines, beaucoup plus récentes que d'autres telles que l'utilisation d'échelles actuarielles ou de programmes correctionnels et en remontant à quelques décennies en arrière, période de mise à l'essai, à la surveillance dans la communauté par le biais des libérations conditionnelles. Malgré cette détermination à vouloir circonscrire toute réitération de l'agir criminel, les résultats demeurent des plus mitigés. Même en réduisant la marge d'erreur, lorsque comparé au jugement clinique non structuré, aucun outil probabilistique ne peut prédire la période ni la gravité d'un passage à l'acte. Concernant les programmes, leurs taux de réussite sont invariablement présentés sous l'angle d'une simple soustraction entre délinquants ayant ou non participé à un plan de traitement et parmi ces deux groupes, ceux qui ont ou non récidivé dans les deux à trois ans

suivant leur élargissement. Ce qui laisse croire que tous ceux qui se trouvaient en semi-liberté, en libération conditionnelle ou en libération d'office, pour ne nommer que ces trois modes de libération prévus dans la loi, ont pu la mener à terme sans commettre de nouvelles infractions, le silence, autrement dit l'absence de toute nouvelle condamnation étant, pour l'administration pénitentiaire et les statistiques juridiques, synonyme de réussite. Quant à celui qui tue, agresse, trafique, fraude, escroque, vole tout en continuant d'être ignoré des forces de l'ordre, récidiviste sans en porter le nom ni le poids d'une condamnation alors qu'il possède lui aussi un casier judiciaire, le succès demeure le même. Affirmation pour le moins péremptoire lorsque l'on sait que l'arrêt de l'agir criminel face aux mesures coercitives les plus lourdes, avec ou sans programmes, ne dépend que d'une seule personne : son auteur. Rarement de l'intervenant. Même la peine de mort n'a jamais été un frein suffisamment dissuasif pour tous ceux qui transgressent en toute connaissance de cause des interdits sanctionnés par la loi. Au sombre constat des taux réels de réarrestations un peu partout en Occident, d'une dissuasion toute relative quant à l'image de la prison face à la criminalité en général, des courtes peines imposées par les tribunaux et du très faible taux de résolution par les forces de l'ordre, la récidive n'est trop souvent qu'un comportement criminel en continu dévoilé et mis en lumière par la seule arrestation du contrevenant et non, tel que trop souvent interprété de part et d'autre, un épisode circonstanciel ou une erreur de parcours dans une trajectoire donnée.

Mots-clés

Évaluations cliniques, récidives, réinsertion, statistiques criminelles, programmes correctionnels

La récidive : talon d'Achille en matière criminelle

Philippe BENSIMON*

INTRODUCTION	343
1. RÉCIDIVISTE OU EX-DÉTENU ?	344
1.1 La criminalité réelle	347
1.2 La criminalité relevant du chiffre noir	352
1.3 La criminalité vue sous l'angle des statistiques juridiques	357
1.4 La criminalité judiciarisée	358
2. LES PROGRAMMES LIÉS À LA RÉINSERTION DES DÉTENUS	368
2.1 Les programmes face à la récidive : que dit la recherche ?	370
2.2 Formations scolaire et professionnelle enterrées au profit des programmes	375
3. L'ANALYSE CLINIQUE ET LA PRÉVENTION DE LA RÉCIDIVE	380

* Docteur en criminologie, l'auteur a travaillé 27 ans pour le ministère de la Sécurité publique (Service correctionnel du Canada) dont 15 années en tant que criminologue-clinicien dans plusieurs établissements pénitentiaires et 12 en recherche opérationnelle à Ottawa. Ayant enseigné à l'Université d'Ottawa et de Montréal de 1997 à 2017, il est également l'auteur d'une cinquantaine d'articles parus dans diverses revues internationales et de sept livres. Contact : bensimonph@sympatico.ca.

3.1	L'ouvrier sur la chaîne de montage : l'agent de programme (AP).....	385
4.	LE COMPORTEMENT CRIMINEL NE RELÈVE PAS D'UNE MALADIE	390
4.1	L'arbre qui cache la forêt.....	392
	RÉFÉRENCES.....	393

INTRODUCTION

C'est au I^{er} siècle et plus précisément dans le domaine médical, que l'on trouve pour la toute première fois l'emploi du mot « récidive ». Du latin *recidivus*¹, vocable désignant la réapparition d'une maladie que l'on croyait guérie. De nos jours, face à une tumeur récurrente chez son patient et en dépit de longs traitements en chimiothérapie, l'oncologue parlera de récidive. C'est donc par analogie avec la résurgence d'une maladie infectieuse, que le mot fera son entrée en droit à compter du XV^e siècle pour nommer *le fait de commettre un nouveau crime*, mais ce n'est que bien plus tard, au milieu du XIX^e siècle, que la récidive et son auteur, le récidiviste, deviendront un des principaux enjeux du système pénal tout en gardant le sens qu'on lui connaît aujourd'hui².

Bien que le terme ne fasse l'objet d'aucun consensus quant à la définition même de ce qu'est la récidive, aux yeux de la loi elle ne peut avoir de sens légal que s'il y a arrestation par la police, inculpation suivie d'une condamnation par un tribunal pour quiconque ayant déjà été reconnu coupable par le passé, peu importe l'âge du contrevenant, le type de peine imposée, la nature du ou des délits, leur fréquence, leur cycle, le degré de dangerosité sociale et/ou physique envers une ou plusieurs victimes. Ré-arrestation, inculpation, condamnation, trois éléments indissociables d'une équation sans lesquels la récidive et son auteur ne peuvent officiellement être pris en compte par les statistiques juridiques. Le débat n'en est pas clos pour autant si l'on en croit le nombre de professionnels versés dans l'étude et l'analyse du comportement criminel. En effet, pour bien des criminologues, psychologues et travailleurs sociaux, il s'agit plutôt d'une nouvelle infraction perpétrée par une personne récemment élargie de prison ; d'autres argueront que le récidiviste³ est l'auteur ayant posé deux ou plusieurs fois le même type de délit dans un espace-temps donné suivant sa remise en liberté et pour l'addictologue, une rechute

1. Gaffiot, 1934.

2. Schnapper, 1991 ; Soula, 2011.

3. Dans cet article, l'emploi du masculin pour désigner des personnes n'a d'autres fins que celle d'alléger le texte (NDA).

sans autre victime que la personne souffrant d'une dépendance pathologique avec ou sans substance.

Mais nous aurions tort de croire que la prison, mesure de tout dernier recours imposée par le juge, peut à elle seule servir d'étalon pour qualifier la répétition d'un geste criminel puisqu'il existe bien d'autres formes de sanctions palliatives à l'emprisonnement et encore moins la quantifier au seul regard d'un casier judiciaire, autrement dit de ce que nous sommes en mesure de connaître et comprendre de l'infracteur de retour à la barre des accusés ou de derrière les barreaux.

Passé ces divergences entourant la répétition de toute infraction telle que définie dans le *Code criminel*, la grande inconnue, lorsque vient le temps de se prononcer sur les risques encourus d'un accusé ou d'un détenu proche de sa sortie demeure la suivante : y a-t-il oui ou non un risque de récidive et dans l'affirmative, de quel ordre, de quelle nature et surtout, surtout quels sont les moyens mis à la disposition de la justice pour prévenir toute répétition d'un passage à l'acte ? Question exigeant une réponse immédiate et expliquée de manière à avoir une signification juridique axée sur les attentes du juge⁴, en d'autres mots, quelle est la personnalité de l'infracteur, sa responsabilité et comment va-t-il réagir une fois remis en liberté au beau milieu de la foule ? À l'ombre d'une signature figurant au bas d'un rapport d'évaluation, qui en portera la responsabilité et qui en assumera tout l'odieux si les mots deviennent réalité ? Acculé à l'imminence d'une situation à risque élevé ou modéré, plus qu'un blâme, une lame à double tranchant au cœur même des tribunaux.

1. RÉCIDIVISTE OU EX-DÉTENU ?

Pour le public, celui qui illustre au mieux l'image du récidiviste lorsqu'il y a arrestation filmée en boucle puis reprise en gros caractères à la une des médias, c'est cet Autre à la mine souvent patibulaire, traînant derrière lui de lourds antécédents marqués d'allers et retours à l'ombre des barreaux. Fatalité, indignation ou totale incompréhension du contribuable pour qui la prison,

4. Helmus et Forrester, 2017 ; Hilton et Simmons, 2001 ; Ludici, Salvini, Faccio et Castelnuovo, 2015 ; Mendel et coll., 2011 ; Mossman, 2008.

aux côtés de la police et des tribunaux, doit demeurer garante de l'ordre social face aux crimes, aux criminels et en l'occurrence, de tout récidiviste ou multirécidiviste. Nous verrons un peu plus loin que tout n'est pas aussi simple dans un monde où le crime règne en maître des lieux là où il y a des hommes.

À l'ère de la mondialisation où les montants engrangés par le crime organisé et les bandes criminelles dépassent le PNB de plusieurs pays, y compris celui du Canada⁵, à quoi peut encore servir cette image de la prison lorsqu'elle ne fait qu'isoler sous un même toit et pour une durée généralement très courte une infime minorité d'individus qui, d'année en année, évaluations usinées à l'appui, se ressemblent fort étrangement... et non tous ceux qui, un peu partout défient allègrement les lois en toute impunité ? Ne dissuaderait-elle pas plus celui qui la regarde avec un certain effroi que celui qui l'habite ? Même la peine de mort n'a jamais été un frein au comportement criminel aussi crapuleux soit-il.

Au Canada, sur près de 1,9 million d'infractions déclarées par la police en 2016 (exception faite des délits routiers), les condamnations avec placements en milieu fermé s'élevaient à 84 241 (soit 4,4 % de l'ensemble des peines prononcées)⁶. Sur ces 4,4 %, plus de la moitié (58 %) des peines de prison imposée par les tribunaux pour adultes ne dépassaient pas un mois et 3,2 % pour les peines de ressort fédéral (deux ans et plus)⁷. Chez les mineurs, sur 5 937 placements, 41 % avaient été libérés au bout de 30 jours ou moins et 90 % avant six mois (données comparables aux années précédentes)⁸.

Bien que le taux d'incarcération au Canada figure parmi les plus élevés en Occident (114 pour 100 000 habitants)⁹, mais très inférieur à celui des États-Unis (693 pour 100 000 habitants)¹⁰, les chiffres entourant l'incarcération se doivent d'être relativisés au regard des lois, de l'histoire, de la démographie, du régime politique

5. Chossudovsky, 2016.

6. Keighley, 2017.

7. Sécurité publique Canada, 2017.

8. Malakieh, 2018.

9. Devant la France, l'Autriche, l'Italie, la Suisse, l'Allemagne, la Norvège, le Danemark, la Finlande et la Suède (Sécurité publique Canada, *supra* note 7).

10. Suivis de la Nouvelle-Zélande, l'Angleterre et pays de Galles, l'Écosse, l'Australie, *op. cit.*

et de la culture propre à chaque nation. Souvent citée, non sans exaspération, comme ayant le plus haut taux d'incarcération au monde : 2,3 millions de personnes en 2017 dont 536 000 écrouées en attente de procès, la prison étasunienne demeure elle aussi – toutes proportions gardées – à l'image de son voisin du nord une mesure de tout dernier recours si l'on en juge par les 3,7 millions de personnes bénéficiant d'une peine de probation et 840 000 élargies sous condition (peines avec sursis)¹¹, soit 4 540 000 personnes qui se sont vu épargner l'emprisonnement.

Au-delà du nombre de délits déclarés par la police, l'imposition d'une peine privative de liberté demeure *la* mesure de dernier recours en Amérique du Nord et en Europe¹², la grande majorité des peines se répartissant entre condamnations avec sursis, amendes, saisies, confiscations, restitutions, ordonnances de travaux communautaires ou d'interdictions, absolutions conditionnelles ou inconditionnelles, périodes de probation accompagnées d'une ou plusieurs conditions telles que de se voir imposer un couvre-feu ou une assignation à résidence sous surveillance électronique, sans compter d'autres démarches palliatives à l'emprisonnement tel un avertissement de la police ou une mise en garde émanant du procureur général.

Circonstance aggravante inscrite au *Code criminel*, la récidive, réitération d'un geste sanctionné par la loi, ne peut être confondue avec des éléments constitutifs d'un ou plusieurs délits. Cela dit, à la lueur des peines prononcées par le passé et devant le peu d'effet dissuasif qu'elles auraient dû normalement avoir à l'encontre du sujet à nouveau inculpé, plusieurs automatismes sont prévus en cas de récidive¹³. Mais, quelle que soit la longueur de la peine additionnelle (par automatisme, peine concurrente

11. Wagner et Sawyer, 2018.

12. Phelps, 2018.

13. *Code criminel* (L.R.C. (1985), ch. C-46), art. 239 (1) a) (i) – tentative de meurtre – la peine est de cinq ans, dans le cas d'une première infraction et 239 (1) a) (ii) de sept ans en cas de récidive.

Autre exemple, au *Code criminel* (L.R.C. (1985), ch. C-46), art. 92.1. Possession non autorisée d'une arme à feu : infraction délibérée, laquelle prévoit pour chaque récidive subséquente, un emprisonnement maximal de dix ans (art. 92 (3) c). Nonobstant ces automatismes, il n'est pas tenu compte des condamnations précédant de plus de 10 ans celle à l'égard de laquelle la peine doit être déterminée au regard du temps passé alors que la personne placée sous garde est en attente de comparution (NDA).

ou consécutive), y compris les dossiers entraînant la condamnation la plus lourde qui soit au Canada, celle pour meurtre au premier degré¹⁴, la personne incarcérée devra tôt ou tard recouvrer sa « liberté ». Si le juge condamne celui qui est reconnu coupable, rares sont les peines entièrement purgées. Reste à savoir ce que la personne fera entre *tentation* et *retenue* une fois à l'extérieur des murs, là demeure toute l'épineuse question.

Courte, moyenne ou longue peine d'emprisonnement, chacune présente un calendrier cerclé de dates butoirs : l'admissibilité à une période de libération conditionnelle. Laquelle, à elle seule, constitue le programme phare pour toute forme de réinsertion puisqu'il s'agit d'une surveillance graduelle exercée dans la communauté et encadrée à certaines conditions jusqu'à l'expiration légale de la peine¹⁵. Autre mesure la plus courante depuis les dix dernières années, la probation. En 2014-2015, 43 % des peines prononcées par les tribunaux canadiens donnèrent lieu à une période de probation à la suite d'un verdict de culpabilité (peine avec sursis allant jusqu'à trois ans)¹⁶. Laquelle, sans nécessairement avoir recours à l'emprisonnement, permettrait de réduire la récidive puisqu'elle s'effectue sous contrôle tout en diminuant substantiellement les coûts annuels liés à l'incarcération (33 067 dollars par détenu sous juridiction fédérale, lorsque placé en maison de transition contre une moyenne de 120 000 dollars, lorsqu'incarcéré)¹⁷. Un enjeu politique et financier balayant tout discours humaniste.

Pointe de l'iceberg flottant à la dérive entre criminalités réelles, criminalités relevant du chiffre noir, statistiques juridiques et criminalités judiciairisées, où se situent la récidive et son auteur, le récidiviste ?

1.1 La criminalité réelle

Pour ne serait-ce que visualiser toute l'ampleur et la complexité de la criminalité dans le monde et à travers elle, ce que l'on nomme récidive et récidiviste, la première sur la base d'un fait

14. Admissible à la libération conditionnelle après avoir purgé 25 ans (NDA).

15. Pour les peines dites *déterminées*. Pour les peines *indéterminées*, même après avoir été élargie dans la communauté après un minimum de 10, 15 ou 25 ans, la personne garde son statut de détenu jusqu'à son décès et son dossier placé aux archives (NDA).

16. Canada. Ministère de la Justice (2017).

17. Canada. Ministère de la Justice, *op. cit.*

établi hors de tout doute lorsqu'il y a condamnation et le second étant son auteur signalé par l'existence d'un casier judiciaire, rappelons que l'ensemble des infractions connues et inconnues des forces de police se répartit en quatre pôles distincts : la criminalité réelle, la criminalité relevant du chiffre noir, la criminalité démontrée sous l'angle des statistiques juridiques et la criminalité judiciarisée à partir des condamnations enregistrées par les tribunaux.

Le premier pôle forme deux sous-groupes : d'un côté, il y a tout ce que la police sait à la suite d'une plainte, d'une enquête, d'une dénonciation, d'un aveu suivi d'une arrestation et d'une inculpation qui n'aboutiront pas systématiquement à une condamnation telle qu'un acquittement pour vice de procédure¹⁸, une trop longue période de détention alors que le sujet était en attente de procès¹⁹ où une cause suspendue parce que la Couronne a manifestement tardé à communiquer des éléments de preuve à la partie défenderesse comme ce fut le cas en octobre 2015 dans un dossier de meurtre et de complot où cinq membres d'un groupe criminel notoire furent, séance tenante, remis en liberté²⁰. Des faits qui ne peuvent être comptabilisés par les statistiques juridiques puisqu'il n'y a pas eu de condamnation alors que les victimes, elles, ne relevaient pas d'une fiction administrative.

De l'autre, il y a tout ce que la police soupçonne à partir d'indices quant à l'auteur des infractions sans toutefois pouvoir déposer d'accusation formelle faute de preuve suffisante à quoi s'ajoutent des contraintes procédurales en matière d'interpellation et d'arrestation que beaucoup de policiers jugent trop restrictive lorsqu'il s'agit d'appliquer la loi et d'arrêter de présumés coupables²¹. Généralement, des enquêtes longues, ardues, onéreuses, s'effectuant au détriment d'autres domaines d'investigation moins visibles ou infiniment plus complexes comme c'est le cas avec la criminalité économique. Des dossiers qui finissent par s'accumuler compte tenu des ressources et des budgets dis-

18. *Rizzuto c. R.*, 2018 QCCS 582 (CanLII) ; Thibault, 2018.

19. *R. c. Jordan*, 2016 CSC 27, [2016] 1 R.C.S. 631 au para 46. Cet arrêt a fixé le plafond du délai raisonnable à 18 mois en cas de procédure sans enquête préliminaire et à 30 mois, s'agissant d'une procédure exigeant la tenue de ce type d'enquête (Runciman et Baker, 2017).

20. Perrin, Audas et Péloquin-Ladany, 2016.

21. Lemieux, 2005.

ponibles, du temps alloué pour chacun d'entre eux et du taux de rotation des enquêteurs affectés à un seul et même cas. Ne prenons, comme exemple, qu'un des crimes les plus difficiles à être dissimulés et où les moyens mis en œuvre pour trouver le ou les auteurs présumés sont probablement parmi les plus importants qui soient : l'homicide.

Au Canada, entre 2000 et 2010, 42 % des homicides perpétrés par des bandes criminelles aboutirent à une condamnation, soit 58 % demeurés en attente d'être archivés. En se reportant aux quarante dernières années, moins de la moitié fut écourée avant d'être condamnée²². En 2016, sur 611 homicides perpétrés d'est en ouest²³, le taux de résolution s'élevait à 67 % (407). Sur ces 204 homicides non élucidés, 141 (61 %) étaient attribuables aux règlements de compte²⁴. Des chiffres qui, bien que sous-estimés²⁵, ne font que s'accroître d'une année à l'autre.

Aux États-Unis, avec une logistique qui ne se retrouve nulle part ailleurs, sur 15 657 homicides enregistrés par la police en 2017, le taux de résolution s'élevait à 61,6 %, soit 6 012 (38,4 %) homicides non élucidés pour cette seule et même année²⁶. En descendant l'échelle de gravité, les agressions sexuelles. Leurs taux non résolus s'élevaient à 65,5 % ; les incendies criminels à 78,3 % ; les voies de faits graves à 36,7 % et à 86,5 % pour les introductions par effraction. La compilation des meurtres restés en plan entre 1980 et 2008 se montait à 185 000 noms, soit une moyenne annuelle de plus de 6 600 meurtres menant à un arrêt des procédures et à la fermeture du dossier²⁷. Depuis le début des années 1980, plus de 220 000 cas de meurtre non élucidés²⁸... Deux mots couperet et sans appel : affaire classée²⁹.

Retour au Canada. En 2017, le nombre d'affaires criminelles classées sans mise en accusation s'élevait à 340 360 ; 93 373 d'entre

22. Mahony et Turner, 2010.

23. 660 en 2017, soit une hausse de 7 % (+ 48) qu'en 2016 (Allen, 2018).

24. David, 2017.

25. Un service de police peut très facilement manipuler son taux d'affaires classées pour avoir de meilleurs résultats (Maslov, 2016).

26. Statista, 2018.

27. Stein et coll., 2017.

28. Pappas, 2018.

29. *Cold case* (Webster's New World College Dictionary, 2014).

elles concernaient des délits de violence³⁰. Force est de reconnaître que depuis l'avènement des tests ADN, il arrive que des dossiers soient dépoussiérés de leurs étagères, mais ils ne sont pas légion³¹, surtout lorsque le juge n'est pas lié par les conclusions de l'expert venu témoigner en cour dans un dossier remontant à quelques années, voire une, deux ou trois décennies³². La controverse entourant la génétique³³ depuis sa toute première entrée dans les cours de justice du Royaume-Uni, au milieu des années 1980³⁴, demeure d'une actualité brûlante, mais ne saurait, malgré les nombreux progrès réalisés, se substituer à l'intime conviction du juge³⁵, y compris dans le rôle des procureurs à départager la valse des expertises et des contre-expertises³⁶. Trop de professionnels appelés à la barre continuent d'étouffer leurs rapports en les truffant d'assertions inadmissibles en cour ou en s'égarant de façon contradictoire et souvent théâtrale dans des domaines d'appréciation normalement réservés au tribunal³⁷, les nombreuses causes illustrant ces joutes oratoires ne faisant qu'alimenter la chronique des médias.

Première condamnation, récidivistes ou délinquants demeurant à l'ombre des radars, nombre d'entre eux recouvrent leur liberté sans qu'aucune peine n'ait été prononcée à leur encontre. En 2009, au Canada, 28 % des victimes de violence familiale portèrent plainte à la police³⁸. Entre 2009 et 2014, une agression sexuelle déclarée par la police sur 10 avait donné lieu à un verdict de culpabilité dont 7 % menèrent à une peine d'emprisonnement comparativement à 23 % et à 8 % pour les voies de fait³⁹. En 2012, les trois quarts des tentatives de meurtre firent l'objet d'un arrêt des procédures, d'un retrait, d'un rejet ou d'une absolution condi-

30. Statistique Canada, 2017.

31. La trace d'ADN contenue dans une éprouvette ne suffit pas. Encore faut-il trouver une correspondance (NDA).

32. Supiot, 2017.

33. Padova, 2004.

34. La *Loi sur l'identification par les empreintes génétiques*, adoptée en 1998, a entraîné la création de la Banque nationale de données génétiques (BNDG), mise en service le 30 juin 2000 (Gendarmerie royale du Canada, 2018^a).

35. Murphy, 2018 ; Warden, 2017.

36. Case, 2016 ; Charles et Murray, 2010 ; Peay, 2016 ; Phillips, 2014 ; Roberts, 2015 ; Sklansky, 2018.

37. Desjardins, 2009 ; Dufresne et Robert, 2008 ; Lavoie, 2008 ; Picard-Fritsche et coll., 2017 ; Piché et Stewart, 2013 ; Wang, 2017.

38. Statistique Canada, 2011.

39. Rotenberg, 2017.

tionnelle ou inconditionnelle⁴⁰. En 2016, pour la seule province de l'Ontario, le taux d'accusés déclarés coupables, toutes catégories délictuelles confondues, s'élevait à 53,3 %. Moyenne des accusations suspendues ou retirées : 43,1 %⁴¹.

Lors de l'Enquête sociale générale sur la victimisation (ESG)⁴² menée par Statistique Canada en 2014, 633 000 agressions sexuelles furent déclarées par les Canadiens âgés de 15 ans et plus (chiffres n'incluant pas les enfants). Coup de projecteur sur la pénombre : à peine 20 735 plaintes déposées, dont 12 663 enregistrées par la police, soit 1 sur 20. Sur ce nombre, 1 814 menèrent leurs auteurs à une condamnation, en majorité inférieure à six mois⁴³. Sur 323 600 victimes de crimes de violence, près de 85 000 étaient reliées au contexte familial, dont 53 647 âgées de moins de 18 ans⁴⁴.

En 2016, toujours au Canada, 21 072 cas d'agressions sexuelles furent déclarés aux différents corps de police, 7 668 (33 %) menèrent à des poursuites pénales. L'année suivante, en 2017, sur 24 672 plaintes, 8 085 (33,5 %) mises en accusations⁴⁵. Au moment d'écrire ces pages, aucune information disponible quant à la nature des peines imposées compte tenu des délais impartis pour traiter les causes portées devant les tribunaux de juridiction criminelle pour adulte, lesquels délais varient d'un secteur de compétence à l'autre⁴⁶.

Aux États-Unis et en Angleterre, sur 100 000 agressions sexuelles, une moyenne de 1 000 agresseurs se voit infliger une peine⁴⁷. En France, sur 69 000 condamnations pour violences sexuelles prononcées entre 2007 et 2016, les viols représentaient 18 % des infractions, les agressions sexuelles plus de 75 % et les atteintes sexuelles sur personnes d'âge mineur, 6 %. Spécificité de la récidive : sur ces 69 000 condamnations pour violences sexuelles,

40. Boyce, 2013.

41. Perrin et Audas, 2016.

42. Tous les cinq ans et depuis 1988, Statistique Canada collige des données sur la victimisation criminelle au moyen de ce type d'enquête (Casavant, 2016).

43. Perreault, 2015 ; Boyce, *supra* note 40.

44. Ibrahim et Burczycka, 2016.

45. Statistique Canada, *supra* note 30.

46. Ministère de la Justice Canada (2017).

47. Morris, 2013 ; Ehrenfreund, 2014 ; Lisak et Miller, 2002 ; Rape, Abuse & Incest National Network, 2012 ; Truman, Langton et Planty, 2013.

20 % des agresseurs avaient déjà été condamnés au cours des dix années précédentes et plus de deux fois sur trois pour des délits autres que sexuels et six condamnations pour viol sur dix visaient au moins une autre infraction de violence sexuelle⁴⁸.

Si toute nouvelle condamnation caractérise le récidiviste, le côté polymorphe de l'agir criminel où s'entremêlent homicides, agressions, extorsions, introductions par effraction, voies de fait, vols, recels, trafics, fraudes et même proxénétisme n'est trop souvent que la continuité d'un comportement qu'aucune sanction n'a pu réfréner et encore moins y mettre un terme, les gains aussi bien physiques que matériels étant nettement plus avantageux qu'une peine d'emprisonnement assujettie à différents types d'élargissements prévus dans la loi. Sur plus de mille cas qu'il m'a été donné d'évaluer durant ma carrière au sein de cinq établissements pénitentiaires, dont deux à sécurité élevée, la quasi-totalité présentait différents types d'infractions sans autre lien qu'un mode de vie axé sur les opportunités, l'ivresse de l'action, le plaisir, le goût du lucre, l'effet d'entraînement, seul ou avec des complices parce que beaucoup plus ludique⁴⁹.

Au-delà de ces quelques chiffres entourant la criminalité réelle, questions ne pouvant que demeurer sans réponse, combien d'entre eux s'inscrivent sous le sceau de récidivistes jusque-là inconnus des services de police ?

Combien continuent de vaquer à leurs occupations criminelles sans le moindrement s'inquiéter des conséquences légales et encore moins des victimes reléguées au rang d'objets ?

Pour une condamnation, combien de gestes criminels resteront à jamais impunis chez une seule et même personne ?

1.2 La criminalité relevant du chiffre noir

Deuxième pôle, là où l'on perd rapidement pied : les profondeurs marécageuses de la criminalité. Bien qu'il comporte plusieurs nuances entre zone grise, zone sombre et face cachée du crime⁵⁰,

48. Juillard et Timbart, 2018.

49. Bensimon, 2010^a.

50. Dans la littérature anglo-saxonne : *Dark figure of crime; hidden figure of crime* (NDA).

le chiffre noir de la criminalité englobe l'ensemble des activités criminelles insoupçonnées des forces de l'ordre. Insoupçonnées parce que non détectées, non signalées, y compris des victimes comme c'est le cas avec la fraude et par conséquent, jamais enregistrées. Une invisibilité qui ne résulte pas tant d'un manque de compétences, de moyens ni d'un dividende entre ce que la police suspecte ou croit déjà savoir comme c'est le cas avec la criminalité réelle, puisque par définition, elle échappe à tout contrôle⁵¹. Difficultés auxquelles s'ajoute l'impossibilité de disposer de critères objectifs, ne serait-ce que pour donner une estimation de son pouvoir tentaculaire là où l'appât du gain physique ou monétaire demeure une fin en soi⁵².

Cette criminalité ne touche pas seulement à l'être ou aux marchandises, mais au statut des personnes morales et, à travers elles, à la collusion dans les contrats de vente ou les soumissions d'offre et de la demande d'ordre public et privé⁵³, à la fausse monnaie, à l'espionnage industriel, aux structures du terrorisme avec pour base de financement le trafic de drogue⁵⁴. Impossible à chiffrer, cette criminalité⁵⁵ recouvre pourtant l'ensemble des délits et des peines déjà répertoriés au *Code criminel*.

Au Canada, plus de 700 groupes criminels sont dénombrés par la police. Leurs ramifications à l'étranger n'épargnent aucun secteur économique⁵⁶. Plus de 2 000 recensés aux États-Unis, lesquels sont directement responsables du trafic de drogues de synthèse, des casinos, de la prostitution, des extorsions, du trafic d'armes et des règlements de compte⁵⁷.

Pour lutter contre ces organisations souvent rivales dans le partage d'un territoire⁵⁸, tenter de les infiltrer, de mettre à jour

51. Coleman et Moynihan, 1996 ; Duijn, Kashirin et Slood, 2014 ; Humphreys, 2018.

52. Savona, Calderoni et Remmerswaal, 2011.

53. Boisvert, Dent et Quraishi, 2014 ; Charbonneau et Lachance, 2015.

54. Clark, 2016 ; Parent, 2018 ; The United Nations Office on Drugs and Crimes (UNODC), 2018.

55. Terme souvent attribué à tort à Shigema Oba, juriste japonais qui implanta d'Europe au Japon la prise d'empreintes digitales en 1908. L'auteur reconnaissait lui-même avoir emprunté cette formulation de *Dark Number* à des statisticiens anglais (Takano, 2007).

56. Munch et Silver, 2017 ; Service canadien de renseignements criminels, 2014.

57. May, 2017 ; Bouché, 2017 ; Schneider, 2017 ; Parker, 2015.

58. Langton, 2015.

leurs implications dans diverses activités hautement illicites et mesurer leur mainmise sur tout ce qui n'est pas réglementé, la face cachée du crime organisé et des bandes criminelles s'évalue, bon an, mal an à partir des saisies d'argent se chiffrant en milliards de dollars, en milliers de tonnes de marchandises volées ou contrefaites et de recoupements de dossiers criminels avec d'autres affaires en cours ou rouverts selon les besoins. Des informations provenant du renseignement à l'échelon national entre différents corps de police et à l'international comme c'est le cas avec Interpol ou Europol⁵⁹. Phénomène caméléon en constante évolution, les organisations criminelles ont vocation d'être impénétrables⁶⁰, l'argent étant le nerf de la guerre et chaque principe recelant son point de rupture, d'où la corruption et les malversations devenues monnaie courante jusqu'aux plus hautes sphères politiques d'un État à un autre⁶¹. Selon l'indice de perception de la corruption consigné fin 2017, plus des deux tiers des pays dans le monde seraient touchés par ce fléau⁶². Montant évalué par le Fonds monétaire international (FMI) : 2 % de la richesse mondiale⁶³. L'estimation entourant les pots-de-vin versés aux quatre coins du globe varie annuellement entre 1,5 et 2 trillions de dollars⁶⁴. Sans aller par-delà les frontières, ce ne sont pas les affaires de corruption qui manquent à l'appel sur la scène tant nationale que provinciale⁶⁵.

À l'ère des transactions informatisées, de nouvelles méthodes d'investigation et d'expertise policières voient le jour et, en contrepartie, en avance de quelques longueurs sur les plus fins limiers, une technologie de pointe pour ceux qui cherchent à les contourner au point d'en arriver à rançonner les plus grandes firmes et industries installées sur les deux hémisphères⁶⁶. Un lombric que l'on coupe en deux ne meurt pas. Il se régénère.

59. Jasper, 2018 ; Lampe, 2016.

60. Wexler, 2018.

61. Hall, 2018.

62. Transparency International, the global coalition against corruption, 2018.

63. Caballero-Reynolds, 2018.

64. International Monetary Fund, 2016.

65. Above Ground, 2018 ; Gouvernement du Canada, 2017^a ; Poplak, 2018.

66. 12 mai 2017, une cyberattaque jusque-là inégalée, touchait 150 pays. Les auteurs exigeaient que leur soit versée une rançon sous forme de monnaie virtuelle difficile à retracer, le bitcoin. (Dwoskin et Adam, 2017).

Cartels⁶⁷, traite humaine⁶⁸, blanchiment d'argent⁶⁹, trafic d'armes⁷⁰, évasions fiscales recyclées dans des entreprises ayant pignon sur rue⁷¹, fraude en bandes organisées à l'échelle planétaire⁷², contrefaçon industrielle⁷³ prospérant à ciel ouvert et parfois, sous le regard complaisant de gouvernements⁷⁴ devant lesquels la police, décriée à tort ou à raison⁷⁵ se voit contaminée par la corruption comme c'est le cas dans de nombreux États et sous toutes les latitudes⁷⁶. Au Mexique, en 2017, 31 174 homicides et plus de 30 000 disparitions dont à peine 10 % rapportés. Chiffres suivis de plusieurs centaines d'arrestations au sein même des forces de l'ordre, y compris de politiciens de haut rang⁷⁷. Aux dires des autorités fiscales mexicaines, plus de 6 500 sociétés-écrans avec un chiffre d'affaires de plus de 700 milliards de dollars entre 2012 et 2017. Le spectre de la corruption coûterait chaque année au Mexique plus de 10 % de son PNB⁷⁸.

Aux frontières virtuelles, des données n'épargnant plus personne⁷⁹. Pourtant, il existe une faille au sein du crime organisé et des bandes criminelles aussi étanches soient-ils : celui qui se trouve déjà fiché par la police et, donc, connu des services de renseignement. Cheval de Troie, la traçabilité de ces personnes possédant un casier judiciaire au sein d'organisations dissimulées derrière

67. Plus de 400 milliards de dollars par an, telle est la somme estimée par l'Office des Nations unies contre la drogue et le crime (ONUDC, 2016) ; Cassara, 2016 ; United Nations Office on Drug and Crime, 2011.

68. En 2015, la traite des êtres humains représentait plus de 150 milliards de dollars de bénéfices par an, dont 99 milliards pour l'industrie du sexe et dont on estime les victimes à plus de 21 millions dans le monde dont 14 millions liées à l'exploitation économique et 4,5 millions à l'exploitation sexuelle (Organisation internationale du travail, 2016 ; Programme des Nations Unies pour le développement, 2015).

69. Somme estimée annuellement entre 800 et 2 000 milliards de dollars (5 % du PNB international) (The Economist, 2018 ; Pitman, 2018).

70. Kassab et Rosen, 2018.

71. Montants évalués entre 20 000 à 30 000 milliards de dollars en 2013 dans le monde (La Tribune, 2013). Le Canada n'est pas en reste si l'on songe que nombre d'entreprises canadiennes en 2014 ont caché près de 200 milliards de dollars dans les paradis fiscaux (Tencer, 2015).

72. Experian, 2018.

73. Près de 500 milliards par an (Le Monde, 2016).

74. Center for Study of Democracy, 2010 ; Chayes, 2017 ; Felbab-Brown, 2018 ; Transparency International, the global coalition against corruption, *supra* note 62.

75. Bykos, 2017.

76. Asmann, 2018 ; Gyulai, 2017 ; Jackman, 2016.

77. Gatehouse, 2018 ; Vera et Brocchetto, 2018.

78. Courriel international, 2018.

79. Gouvernement du Canada, 2017^c.

des paravents de respectabilité permet aux enquêteurs d'aller bien au-delà des données habituelles⁸⁰ et de réduire la question du chiffre noir. D'où, pour le monde interlope, toute l'importance de recruter de plus en plus de mineurs ou de jeunes adultes n'ayant jamais eu de démêlés avec la justice⁸¹.

Ce non-dit du chiffre noir ne se limite pas aux organisations criminelles. C'est aussi, en Occident, 18 à 20 % des femmes et 8 % des hommes qui auraient été victimes d'abus sexuels avant l'âge de 18 ans⁸². Autre réalité inhérente à cette criminalité : les personnes disparues. Faute de compilation, aucun organisme canadien n'ose ouvertement se prononcer quant au nombre de disparitions accumulées depuis les 20, 30 ou 40 dernières années⁸³. Des disparitions qui continuent d'alimenter le mythe du tueur en série⁸⁴. Créé en 2011 sous la pression du public et de plusieurs autorités policières, le Centre national pour les personnes disparues et restes non identifiés (CNPDRN) associé au Centre canadien de police pour les enfants disparus (CCPEDE)⁸⁵ signale une moyenne annuelle de 500 personnes non retrouvées après... un an⁸⁶. Cumulatifs, des noms, des photos en noir et blanc ou en couleur soulignée d'un avis de recherche sur deux lignes et qui, à eux seuls et au bout de dix ans, pourraient former la population d'une ville de banlieue.

Aux États-Unis, au 31 décembre 2017, le *National Crime Information Center's* (NCIC'S) déclarait 8 634 corps non identifiés et 88 089 dossiers actifs de personnes disparues durant cette année-là, dont 32 121 (36,5 %) âgées de moins de 18 ans⁸⁷. Un drame insondable pour les familles. Sans corps, le doute persiste dans l'attente d'un hypothétique retour⁸⁸ et pour la justice, l'impunité à l'ombre des données chiffrées.

80. Global Initiative against Transnational Organized Crime, 2016.

81. Bouchard et coll., 2017 ; Décary-Héту et Aldridge, 2015 ; Dunbar, 2017 ; Koppen, de Poot et Blokand, 2010 ; Smith, 2014.

82. Långström et coll., 2013 ; Stoltenborgh et coll., 2011.

83. Miller, 2009.

84. Bonn, 2014.

85. Implanté aux États-Unis puis au Canada en 2003, le système d'alerte AMBER (*America's Missing: Broadcast Emergency Response*) est diffusé à travers toute l'Amérique du Nord dès que la disparition d'un enfant est signalée à la police (NDA).

86. Gendarmerie royale du Canada, 2018^b.

87. NCIC Active/Expired Missing and Unidentified Analysis Reports, 2018.

88. Poretti, 2016.

1.3 La criminalité vue sous l'angle des statistiques juridiques

Recrudescence ou taux de criminalité à la baisse selon le type d'infraction comparé aux années précédentes, la présentation des statistiques juridiques repose entièrement sur la méthodologie employée dans la cueillette des données, la façon dont elles ont été traitées, à partir de quelle source et sous quelle autorité. Revues, corrigées, censurées à la virgule près, des chiffres qui se doivent d'être observés avec une extrême prudence, même entre pays voisins, compte tenu de la souveraineté propre à chacun en matière de politique pénale lorsqu'il y a étalage de tableaux comparatifs⁸⁹. Qui plus est, lorsque les priorités politiques demandent à ce qu'une attention particulière soit portée sur tel type de criminalité, on peut généralement s'attendre à une baisse du taux de résolutions dans d'autres secteurs. C'est dire combien la police agit directement sur la production des statistiques. Une situation loin d'être nouvelle, puisqu'elle fut déjà soulevée au XIX^e par Quételet⁹⁰ ! Ne prenons ici que la définition de l'agression sexuelle dans le *Code criminel* canadien et comparons-la avec celle des États-Unis où la majorité est de 21 ans et non de 18 ans comme c'est le cas au Canada⁹¹. Les mécanismes de déclaration des services de police influent également sur le nombre d'affaires enregistrées⁹².

Hormis certaines réserves tout à fait légitimes que l'on peut éprouver quant aux données officielles et la façon dont elles sont recueillies, les statistiques juridiques peuvent, confrontées à une réalité sociale qui engorge les tribunaux, exercer un rôle de sonneurs d'alarme. La loi sur la légalisation du cannabis entrée en vigueur le 17 octobre 2018 constitue un bon exemple. Réalité

89. Alvazi del Frate, 2010 ; Masters, 2017 ; United Nations Office on Drugs and Crime, 2015.

90. Adolphe Quételet (1796-1874), mathématicien et statisticien belge, auteur de : *Sur la statistique morale et les principes qui doivent en former la base* (1848).

91. Aux États-Unis, les délits de nature sexuelle sont répertoriés en termes de gravité selon trois catégories distinctes : le viol (*rape*), lorsqu'il y a pénétration vaginale et/ou anale ; la tentative de viol (*attempted rape*) lorsqu'il y a eu intention de pénétration et l'agression sexuelle (*sexual assault*), laquelle englobe tous les gestes de nature sexuelle autre que le viol (10 U.S. Code § 920 – Art. 120. *Rape and sexual assault generally*) (NDA).

92. Certains postes de police au Canada disposent d'un système d'appel où sont automatiquement retranscrites toutes les affaires criminelles, alors que d'autres exigeront que la victime ou le témoin se déplace en personne pour signaler une infraction (Statistique Canada, *supra* note 30).

sociale si l'on considère qu'en 2016, sur 95 400 infractions liées aux drogues et consignées par la police, plus de la moitié (58 %) était reliée à la vente de cannabis⁹³. Sur ce nombre, 23 000 accusations pour possession simple⁹⁴. Ce faisant, en autorisant les adultes à posséder légalement du cannabis et dans des quantités réglementées par cette nouvelle loi, les autorités s'attendent à une plus grande fluidité des milliers de dossiers en attente dans d'autres secteurs de délinquance et de gravité beaucoup plus importante tout en réduisant en parallèle les activités des bandes criminelles⁹⁵. Une loi dont les effets sur la santé seront toutefois à réévaluer d'ici la prochaine décennie.

1.4 La criminalité judiciarisée

Quatrième et dernier pôle, la criminalité judiciarisée. Un geste criminel vient d'être posé. Si l'auteur présumé est arrêté et inculqué, il devra comparaître à son procès, lequel aboutira à un verdict – *coupable*, *non coupable* ou *acquitté* – et, selon la gravité et la nature des faits incriminés, l'amènera à une éventuelle condamnation. Ce n'est qu'à partir de ce moment très précis, l'enregistrement de la condamnation, que nous pouvons parler de criminalité judiciarisée.

Chaque année, le ministère de la Sécurité publique du Canada⁹⁶ et son corollaire Statistique Canada publient différents types de rapports traitant de la criminalité et du taux de crimes en les comparant aux années précédentes⁹⁷. Chiffres qui, sans nécessairement se rejoindre dans leur exactitude, émanent des mêmes instances⁹⁸. Les peines d'emprisonnement, même si ces dernières s'avèrent fort éloignées de tout débat électoraliste, sont pourtant celles qui retiennent le plus souvent l'attention du public lorsqu'il

93. Keighley, *supra* note 6.

94. On estime à plus de 500 000 Canadiens d'âge mineur possédant un casier judiciaire pour possession simple de cannabis (Campbell, 2018).

95. Canada. Ministère de la Justice, 2018.

96. À savoir le Service correctionnel du Canada (SCC), la Commission des libérations conditionnelles du Canada (CLCC), le Bureau de l'enquêteur correctionnel (BEC), la Gendarmerie royale du Canada (GRC), l'Agence des services frontaliers du Canada (ASFC) et le Service de renseignement de sécurité (SCRS) (NDA).

97. Ce qui n'empêche pas les provinces de présenter leurs propres données annuelles (NDA).

98. Lowenkamp et coll., 2010 ; Public Administration Select Committee, 2014 ; Staats, 2013 ; Taylor, 2015.

s'agit d'affaires criminelles mettant en émoi la population pour que justice soit rendue. Mis au pied du mur lorsqu'il est question d'ordre et de sécurité publique, les gouvernements, d'une élection à l'autre, savent qu'ils ont des comptes à rendre quant aux dépenses des deniers publics⁹⁹. Des plans suivis d'actions en partenariat sont alors mis en place au gré des politiques et gouvernements successifs. Conséquence : les coûts faramineux entourant la criminalité ont doublé depuis 1998, passant de 42,4 milliards de dollars à plus de 80 milliards ces dernières années. Les dépenses du système de justice pénale ont également augmenté¹⁰⁰ : 13,4 milliards de dollars en 2002 à 20,3 milliards en 2012¹⁰¹. Concernant les services correctionnels pour l'année 2016-2017, les coûts engendrés pour un détenu placé sous garde au provincial (prison) s'élevaient à 95 000 dollars (soit une augmentation de plus de 54 % depuis la dernière décennie) et une moyenne de 120 000 dollars pour les trois niveaux de sécurité pour ceux placés au fédéral (pénitenciers à sécurité élevée, modérée et faible)¹⁰². Sans en connaître les tenants et les aboutissants, le contribuable s'attend à des résultats, pas à de simples promesses¹⁰³.

Mais avant d'aller plus loin dans mon propos, une parenthèse remontant à 1867 s'impose entre prisons et pénitenciers, régimes trop souvent confondus autant par la population que par les médias. Les premières concernent les peines de moins de deux ans (10 091 hommes incarcérés après condamnation fin 2016), lesquelles relèvent d'une administration propre à chaque province ou territoire¹⁰⁴. Les seconds, sous juridiction fédérale, regroupent l'ensemble des peines de deux ans et plus, incluant la réclusion à perpétuité, soit un total de 22 957 détenus, dont 14 742 incarcérés dans un pénitencier et 8 215 placés sous surveillance dans la communauté en 2016-2017¹⁰⁵. La majorité des détenus pour ces trois types de juridiction, provinciale, territoriale et fédérale,

99. Dubé et Garcia, 2017.

100. En 2016, le système de justice pénale et le maintien des établissements carcéraux des États-Unis ont dépassé la barre des 270 milliards de dollars (Council of Economic Advisers, 2018).

101. Gabor, 2016.

102. Bureau du Directeur parlementaire du budget, 2018.

103. Leclerc, 2012.

104. Reitano, 2017.

105. N'entrent pas en compte ceux libérés sous caution (en attente de procès), les évadés, les placements temporaires dans une prison provinciale après entente, les libérés illégaux, les expulsés ou détenus par les autorités de l'immigration (Sécurité publique Canada, *supra* note 7).

n'étant pas à leurs premières peines, survolons ici quelques données entourant ce que l'on nomme, non sans un certain euphémisme, le taux de récidive :

- 1) D'une année à l'autre, la moyenne des infractions rapportées à la police est d'environ 30 à 31 %¹⁰⁶. Chiffre rendant impossible toute compilation de données lorsqu'il s'agit de brosser un portrait réaliste de la récidive.
- 2) L'enregistrement et l'addition des données ne s'effectuent que s'il y a une condamnation – l'acquittement (à ne pas confondre avec le verbe « innocenter ») effaçant le geste même si ce dernier a bel et bien été posé¹⁰⁷.
- 3) Leur interprétation est effectuée au seul regard des infractions déclarées aux forces de l'ordre et de leurs taux de résolution, lesquels varient selon le type de crime, des priorités politiques¹⁰⁸ et des dossiers jugés plus importants que d'autres sur le plan politico-médiatique¹⁰⁹.
- 4) Les événements criminels sont comptabilisés selon la nature du délit pour lequel le sujet a été reconnu coupable et condamné. Pour tout événement comportant une série de plusieurs infractions, qu'elles soient ou non concomitantes, la personne reconnue coupable de meurtre à la suite d'une introduction par effraction suivie d'une séquestration puis d'une agression sexuelle avec coups et blessures, seul le délit le plus grave se trouvera consigné et non cinq infractions distinctes¹¹⁰. Ce qui vaut également pour la peine la plus longue. Une méthode qui, inévitablement, engendre une très large sous-estimation du nombre de délits dits de gravité moindre¹¹¹.

106. Allen, *supra* note 23 ; Brennan, 2011 ; Newark, 2013.

107. Dandurand, Griffiths, Murdoch et Brown, 2008.

108. Les données historiques qui permettraient des comparaisons pertinentes des taux de criminalité à travers le temps sont éliminées ; quant à celles portant sur le nombre de crimes, elles ont été à plusieurs reprises et sans explication rétroactivement modifiées (Newark, 2011).

109. En 2009, pour la seule province de Québec, sur 260 628 crimes contre la propriété (vols, fraudes, introductions par effraction, méfaits), le taux de résolution était de 16 % (ministère de la Sécurité publique du Québec, 2011).

110. Sur le plan clinique, le sujet sera traité comme un délinquant sexuel (NDA).

111. Le Service correctionnel du Canada a pour référence une échelle de mesure entre gravités extrême, majeure, très grave, modérée et mineure (Service correctionnel du Canada, 2018^a).

- 5) En 2014, près des deux tiers (62 %) des auteurs d'homicides au Canada avaient déjà été condamnés pour au moins un délit criminel¹¹².
- 6) 70 à 80 % des détenus placés sous juridiction fédérale possèdent des antécédents criminels juvéniles et adultes¹¹³.
- 7) En 2012-2013, 47 % des détenus placés sous autorité fédérale avaient été réincarcérés dans un pénitencier dans les deux années suivant leur élargissement (suspension pour non-respect des conditions, révocation et pour récidives lorsque appréhendés par les instances policières puis condamnés)¹¹⁴. Tout manquement à une condition imposée ne peut toutefois être considéré comme une récidive puisqu'il n'y a pas eu condamnation faisant suite à un acte criminel¹¹⁵, mais bien, outre la parole donnée quant à ne pas enfreindre la loi et en respecter les conditions, un continuum délinquantiel dans la façon d'agir, de penser et de raisonner.
- 8) En 2015-2016, sur un total de 5 913 détenus élargis en libération d'office (soit aux 2/3 de la peine), 2 180 (37,7 %) furent révoqués pour violations des conditions incluant, à un niveau moindre, celles résultant d'accusations en instance ou de condamnations¹¹⁶.
- 9) Au 31 mars 2013, le taux d'élargissements s'élevait à 25 % entre 10 et 15 ans après expiration de la peine située entre 1997 et 1998 puis entre 2001 et 2002¹¹⁷. Quant au taux de récidive concernant des crimes graves et violents perpétrés dans les trois ans après élargissement, mais avant expiration légale de la peine, il atteignait officiellement 10,4 %¹¹⁸.
- 10) Des chiffres inférieurs aux tableaux officiels puisqu'aucune courbe statistique ne tient compte des détenus repris et

112. Miladinovic et Mulligan, 2015.

113. Harris, 2016.

114. Commission des libérations conditionnelles du Canada, 2013.

115. Ostermann, Salerno et Hyatt, 2015.

116. Sécurité publique Canada, *supra* note 7.

117. Reitano, 2016.

118. Crocker et coll., 2013.

condamnés à des peines inférieures à deux ans¹¹⁹ (peine de prison, donc sous juridiction provinciale), lesquelles ne figurent jamais dans les données statistiques concernant les détenus fédéraux¹²⁰.

- 11) Dans une étude sur le taux de récidive menée au Québec en 2015, sur 9423 sortants de prison pour l'année 2007-2008, 5149 (soit 55 %) furent de nouveau condamnés dans les deux ans qui suivirent leur libération, dont 4088 (43 %) à une nouvelle peine d'emprisonnement¹²¹.

Des chiffres qui, toutes proportions gardées, demeurent sensiblement les mêmes qu'aux États-Unis¹²². Selon les données étasuniennes les plus récentes émanant du *Bureau of Justice Statistics*¹²³, sur un suivi de 401 288 détenus échelonné durant une période de 9 années après avoir été élargis d'une prison à travers 30 États en 2005, 83 %, soit 5 sur 6 avaient de nouveau été condamnés pour de nouveaux délits ; entre 2005 et 2014, 4 sur 9 (soit 44 %) en deçà d'un an ; 1 sur 3 (soit 34 %) au bout de 3 ans et de 1 sur 4 (soit 24 %) au bout de 9 ans. Ces 401 288 détenus libérés en 2005 et suivis jusqu'en 2014 totalisaient 1 994 000 arrestations dont près du quart (24 %) cumulaient un minimum de 5 arrestations par détenu libéré¹²⁴.

Une réalité se conjuguant au-delà des océans.

En Australie, 44,8 % des détenus libérés en 2014-2015 furent réincarcérés dans les 2 ans (soit en 2016-2017) suivant leur élargissement à la suite d'une nouvelle condamnation¹²⁵.

119. En 2007, le taux de récidive se rapportant aux personnes élargies de prison en deçà de deux ans était de 75 % (North Shore News, 2008).

120. Bureau du vérificateur général du Canada (2018).

121. Lalande, Pelletier et Dolmaire, 2015.

122. Sur un suivi de huit ans, près de la moitié (49,3 %) des 25 431 détenus fédéraux élargis à partir de l'année 2005, 31,7 % furent condamnés de nouveau et 24,6 % réincarcérés. Pour ceux qui furent libérés d'une prison d'État, 52,5 % furent réincarcérés. La médiane pour ces deux groupes de détenus s'établit en deçà de deux ans (21 mois) (Hunt et Dumville, 2016). En 2015, le taux s'élevait à 55 % dans les cinq années suivant élargissement et de 78 % après neuf ans (Fazel et Wolf, 2015).

123. Alper et coll., 2018.

124. Alper et coll., *op. cit.*

125. Australian Government, 2018.

En Nouvelle-Zélande, pour la même période, 2014-2015, 46,8 % furent de retour derrière les barreaux après un an à la suite d'une condamnation pour de nouveaux délits¹²⁶.

En Irlande, passé la première année, 40,8 % étaient réincarcérés après une condamnation à la suite de nouveaux délits¹²⁷.

En Suède, pays cité à l'avant-garde en matière correctionnelle, 43 % de récidive dans les deux ans suivant l'élargissement¹²⁸.

En Norvège, 42 % de récidive dans les deux ans suivant l'élargissement¹²⁹.

Au pays de Galles, 59 % dans les deux ans suivant l'élargissement¹³⁰.

Au Royaume-Uni, 72 % dans les deux ans suivant l'élargissement¹³¹.

En France, pour la seule année 2016, retour à la case départ : 40,8 %¹³² se voyaient de nouveau condamnés alors qu'ils venaient à peine d'être élargis de prison.

En Belgique, dans une étude basée sur 136 530 personnes condamnées en 1995, 78 691 d'entre elles, soit près de 6 sur 10, avaient récidivé au moins une fois entre 1995 et 2013 ; près du quart à plus de sept reprises dont 170 à plus de 50 fois. Fréquence de la récidive pour les 78 691 personnes, 1 sur 3 en deçà d'un an¹³³.

À la lueur de ces quelques chiffres entourant la récidive, où se situent les critères d'efficacité en matière de politique pénale et en l'occurrence, des peines de prison ?

126. Department of Corrections, 2018.

127. Ducan et Brown, 2018.

128. Fazel et Wolf, *supra* note 122.

129. Fazel et Wolf, *op. cit.*

130. Fazel et Wolf, *op. cit.*

131. Fazel et Wolf, *op. cit.*

132. Ministère de la Justice, 2017.

133. Maes, Mine et Robert, 2015.

Quel effet dissuasif peut encore avoir l'imposition d'une peine privative de liberté lorsque plus de la moitié des délinquants cités précédemment ont été réincarcérés à court terme¹³⁴ ?

Qu'en est-il de tous les autres qui ont su, avec l'âge et l'expérience, développer de réelles aptitudes à déjouer la justice et qui acceptent la prison comme faisant partie des risques du « métier »¹³⁵ ?

- 12) Lorsque la Commission des libérations conditionnelles du Canada (CCLC) écrit : « Pendant les dix dernières années (de 2006-2007 à 2015-2016), la probabilité de perpétration d'une infraction avec violence au cours de la période de surveillance a été plus de 11 fois plus élevées chez les libérés d'office que chez les délinquants en liberté conditionnelle totale, et quatre fois et demie plus grandes que chez ceux placés en semi-liberté »¹³⁶, cette dernière omet de mentionner que la même personne peut très bien avoir mené à terme sa semi-liberté et sa libération conditionnelle sans poser de gestes criminels – du moins officiellement –, et se faire arrêter puis révoquer après condamnation aux 2/3 de sa peine. Ce n'est pas une période de temps en particulier qui crée la récidive, même si la libération d'office semble la plus marquante avant expiration légale de la peine. La plupart ayant échoué pour non-respect des conditions ou ne satisfaisant pas aux critères ou, comme c'est souvent le cas, parce que le sujet fut tout bonnement refusé aux deux premières par les membres de la CCLC.
- 13) La présentation du taux de crimes s'effectue dans un cadre très classique, lequel ignore les criminalités émergentes à l'échelle planétaire¹³⁷ : trafic d'organes¹³⁸, de médicaments¹³⁹, enfouissements ou déversements sauvages de déchets hautement dangereux pour le devenir de l'humanité¹⁴⁰, vol d'iden-

134. Durose, Cooper et Snyder, 2014 ; Duwe, 2017 ; Harding, Morenoff, Nguyen et Bushway, 2017 ; Latessa, Listwan et Koetzle, 2015.

135. Charette, 2016.

136. Commission des libérations conditionnelles du Canada, 2018.

137. South et White, 2016.

138. Plus de 10 % des transplantations d'organes dans le monde sont d'origines illégales (Nahavandi, 2016 ; Rainhorn et Boudamoussi, 2015).

139. Aciri, 2018.

140. Bien qu'il soit difficile d'établir un chiffre, ce type de trafic aurait engrangé 213 milliards de dollars en 2014 (Decryptnews online, 2014 ; United Nations Environment Programme, 2015).

tité¹⁴¹, cybercriminalité¹⁴², trafic d'animaux¹⁴³, sans compter le pillage des sites historiques et la fraude dans le domaine des arts (troisième en importance après le trafic de drogues et celui des armes), tous deux impossibles à chiffrer alors qu'ils s'inscrivent pleinement dans les activités du crime organisé¹⁴⁴ et du terrorisme¹⁴⁵.

- 14) Présentés globalement, les taux de récidive sont dénués de toute spécificité quant aux types de délits perpétrés d'une année à l'autre¹⁴⁶.
- 15) Le discours officiel entourant le taux de crimes violents *déclarés* par la police, lequel est repris tambour battant par les médias, aurait diminué de façon significative depuis 1983 et ce, jusqu'en 2014. Quant au taux de la criminalité pour l'année 2015-2016, tous délits confondus, celui-ci aurait également baissé (- 34 % depuis 1998)¹⁴⁷.

Voyons cela d'un peu plus près. Au regard des faits enregistrés par les tribunaux, une hausse de + 1 % pour la troisième année consécutive et de + 2 % pour l'indice de gravité de la criminalité (IGC)¹⁴⁸. Les délits sexuels contre les enfants en 2016 étaient de + 30 % ; ceux causant la mort autre que le verdict d'homicide, de + 14 % ; les infractions relatives à la marchandisation des activités sexuelles, de + 11 % ; les agressions sexuelles graves, de + 6 % ; la séquestration ou l'enlèvement, de + 4 % ; la décharge ou le braquage d'une arme à feu, de + 3 % ; les voies de fait armées causant des lésions corporelles, de + 1 % ; les voies de fait graves, de + 1 %¹⁴⁹ ;

141. 24 % des cartes de crédit en circulation dans le monde, dont plus de 9 % au Canada (Holmes, 2015).

142. Farrel et Birks, 2018 ; Paganini, 2018.

143. Quatrième en importance derrière celui de la drogue, des armes à feu et des objets d'art, le trafic d'animaux est estimé annuellement à plus de 19 milliards de dollars (International Fund for Animal Welfare, 2013).

144. Lettre d'information de TRACFIN, 2018 ; Bensimon, 2012^a.

145. Pineda, 2018.

146. Fazel et Wolf, *supra* note 122.

147. Gouvernement du Canada, 2017^b.

148. L'IGC mesure les crimes déclarés à la police en termes de volume et de gravité (NDA).

149. Keighley, *supra* note 6.

les crimes haineux ou d'incitation à la haine dont près de la moitié comportait des infractions de violence, de + 3 %)¹⁵⁰.

- 16) En 2017, les crimes contre la personne représentaient 21 % (soit 403 000 dossiers) pour l'ensemble des infractions au *Code criminel* déclarées par la police (15 000 de plus qu'en 2016) dont une augmentation de + 7 % pour les homicides ; de + 4 % pour les tentatives de meurtre et de + 13 % pour les agressions sexuelles de niveau 1¹⁵¹.

Chez les mineurs, toujours en 2017, de + 108 % pour les homicides (50 en 2017 contre 24 en 2014) ; de + 8 % pour les agressions sexuelles et de + 13 % pour les vols qualifiés¹⁵².

Passé ces très nombreuses disparités à contre-courant du discours officiel quant à la fameuse baisse de la criminalité au pays, nous serions en droit de nous demander si ces contradictions ne seraient pas plutôt liées au vieillissement général de la population et donc portée à plus de plaintes concernant les délits de nature acquisitive ou au contraire à une réelle recrudescence de la criminalité dans des domaines relativement nouveaux telle la cybercriminalité ? À plus de dénonciations liées aux campagnes de sensibilisation concernant les agressions sexuelles ? Aux méthodes d'enquête policières moins performantes, parce qu'assujetties à un cadre légal beaucoup plus restrictif qu'auparavant ? Aux budgets alloués selon l'urgence et les pressions politiques comme c'est le cas avec la guerre menée contre la drogue depuis plus d'une trentaine d'années, sans pour autant obtenir de meilleurs résultats¹⁵³ ? La très faible capacité dissuasive des peines privatives de liberté et une très large propension des victimes à ne pas porter plainte contribuent-elles à biaiser les statistiques juridiques¹⁵⁴, tout en alimentant le chiffre noir de la criminalité ?

Pour les délits de nature acquisitive, l'absence de plaintes s'explique généralement par la peur des conséquences liées à la

150. Gaudet, 2018.

151. Tout contact physique de nature sexuelle posé sans le consentement de la personne, allant de l'attouchement à la relation sexuelle complète (Allen, *supra* note 23).

152. Allen, *op. cit.*

153. Coyne et Hall, 2017 ; Ferreira, 2015 ; International Drug Policy Consortium, 2018.

154. Perreault, *supra* note 43.

lourdeur de l'appareil juridico-policiier ; au manque de confiance dans l'efficacité de la justice ; à l'interprétation de la part de la victime entre histoire familiale et donc d'ordre privé à un arrangement à l'amiable entre deux parties ; aux répercussions liées à l'augmentation de la prime d'assurance ; à l'expérience de la victime ayant déjà subi une semblable situation, trop souvent désastreuse ; à la honte et au sentiment de culpabilité qu'il y a à se dévoiler sur la place publique sans compter les situations réglées à l'interne dans le domaine des fraudes économiques et que la police ignore.

Pour les crimes contre la personne, même si plusieurs points énumérés précédemment se rejoignent, l'impact est différent puisque le geste touche à l'intégrité physique et morale de la victime. C'est la douleur, la honte, l'humiliation et la perte de repères qui empêcheront cette dernière de déposer plainte ; le sentiment d'abandon, l'incapacité de pouvoir parler, de s'expliquer et surtout la peur de ne pas être comprise, de ne pas être entendue ou crue quant à la gravité et à la nature des gestes posés. Dans les cas de violence conjugale, le syndrome de la femme battue (incertitude liée à une éventuelle implosion du couple en cas de dénonciation avec tout ce que cela implique vis-à-vis de la prise en charge des enfants, de la situation financière du couple, sans compter l'effet du qu'en-dira-t-on sur le voisinage immédiat) ; l'habitude de vivre dans un environnement violent (phénomène d'accoutumance) ; le refus de dénoncer un proche, une personne connue ou un complice ; il y a l'âge des victimes et plus particulièrement lorsqu'il s'agit d'enfants battus ou agressés sexuellement, notamment dans les cas d'inceste¹⁵⁵ ; la victime qui préfère se tourner vers son entourage que vers la police ; l'hostilité ou la crainte ressentie envers les instances juridico-policières ; la victime peut elle-même être recherchée par la police ou vouloir régler personnellement ses comptes ; le manque de crédibilité de la victime (prostituée, toxicomane, personne souffrant de troubles mentaux ou sans domicile fixe) ; il y a la loi du milieu où le délinquant victime d'agression refuse de collaborer avec la police ; la non-assistance à personne en danger ou celle d'omettre sciemment tout signalement alors que l'on a été témoin d'un délit criminel ; la hantise des représailles de la part de l'agresseur ; les crimes d'honneur reléguant la victime dans la terreur, le repli sur soi et une solitude sans nom¹⁵⁶ et, fina-

155. Conroy et Cotter, 2017 ; Gauthier-Duchesne, Hébert et Daspe, 2017.

156. Muhammad, 2010.

lement, bien que cette liste ne soit pas exhaustive, une personne dont la disparition n'a pas été signalée. Des gestes où, là encore, le mot « récidive » n'a plus cours lorsque l'agir criminel prend le pas sur son prochain.

2. LES PROGRAMMES LIÉS À LA RÉINSERTION DES DÉTENUS

Pour diminuer le risque de récidive et amener la personne à ne plus enfreindre la loi, la deuxième étape en importance faisant suite à une condamnation demeure l'implication du délinquant dans un ou plusieurs programmes correctionnels. Plan d'action d'une durée de quelques jours à quelques mois selon la gravité et la nature des gestes posés et qui s'adressent aussi bien aux hommes et aux femmes qu'aux mineurs. Offerts en établissement ou poursuivis dans la communauté dans le cadre d'un élargissement sous condition, certains ont trait à la violence sexuelle ou intrafamiliale, d'autres à la toxicomanie ou aux valeurs criminelles, mais pour une plus grande emprise sur la personne, la plupart se dispensent d'abord en milieu fermé et pour une population de détenus presque exclusivement sous juridiction fédérale compte tenu d'une plus longue durée des peines¹⁵⁷.

- 1) Premier constat et non des moindres : pour que ce type d'intervention puisse fonctionner et aboutir à un quelconque résultat, l'intervenant doit tenir pour acquis que le détenu présente une certaine plasticité sur laquelle il lui sera plus facile d'exercer une manipulation comportementale. Postulat conditionnel à tout élargissement fondé sur la normalisation des conduites sociales¹⁵⁸. Un engagement aux effets pervers, sachant très bien qu'au moindres refus, abandon, échec, sabotage ou résistance de la part du détenu, toute demande d'élargissement se verra immédiatement rejetée ou reportée aux calendes grecques. L'enjeu : se plier aux attentes des autorités ou végéter *ad vitam æternam*.
- 2) Deuxième constat : pour que le détenu puisse apprendre et interagir en harmonie avec son environnement, encore fau-

157. Voir en page 375 : Formation scolaire et professionnelle enterrée au profit des programmes (NDA).

158. Griffin et coll., 2016 ; Quirion, 2008.

drait-il qu'il puisse évoluer dans un monde qui soit à son opposé, un monde qui lui serve de modèle en lui renvoyant au jour le jour des images, des sons et des odeurs qui ne soient pas ceux du crime et des criminels reclus en permanence dans la plus totale des promiscuités... Ce qui, jusqu'à l'impact de l'architecture carcérale et son cadre de vie n'ayant pas la moindre similitude avec tout ce qui se trouve de l'autre côté des barbelés, demeure totalement exclu à l'ombre des murs.

- 3) Troisième constat : si ces programmes ont pour réelle vocation de transformer le détenu en citoyen respectueux des lois, tels que présentés pompeusement sur de magnifiques tableaux, graphiques tout en couleur et courbes statistiques à l'appui, chaque approche reposant sur cette *présumée* malléabilité de la personne et par le fait même à améliorer sa qualité de vie, à quels types d'individus s'adressent-ils ? Est-ce que ces programmes ont la prétention d'amener des mafieux dans la cinquantaine et condamnés au hasard du temps à renoncer sincèrement à leur mode de vie et si c'est le cas, au nom de quoi et surtout de qui ? Ont-ils pour finalité de raisonner les membres d'un cartel ? À conscientiser des groupes de motards ou des bandes criminelles qui ne demandent qu'une seule chose, se faire un nom en donnant ici et là quelques exemples qui marqueront longtemps les esprits¹⁵⁹ ? Aux gens de la pègre habitués à la corruption au plus haut échelon des gouvernements qui, eux, ne font que passer ? Aux fraudeurs professionnels toujours on ne plus conformistes, extrêmement polis et par nature, souvent sympathiques ? À ceux qui portent l'étiquette de psychopathes et qui vous dardent du regard en vous souhaitant la bienvenue alors que vous venez tout juste de les convoquer en entrevue dans votre bureau ? À tous ceux qui, un élastique dans le dos, ne font qu'entrer et sortir même après trente années passées à l'ombre des barreaux ?
- 4) Quatrième et dernier constat : lorsque nous abordons la modification de l'agir criminel, s'agit-il du comportement dit *déviant* tel que décrit par l'intervenant ou d'une inaptitude à avoir une vie sociale dite *équilibrée* (en admettant évidemment que l'on puisse clairement la définir) ? Ou ne serait-ce plutôt

159. Près de 700 groupes criminels recensés au Canada, dont les ramifications, touchent toutes les activités économiques du pays (Parker, 2015).

ce choix délibéré de la personne que l'on se doit de « corriger » comme on le ferait avec un enfant turbulent à qui le médecin prescrit du Ritalin pour qu'il se tienne tranquille sinon pas de dessert et au lit ?

Bien des interrogations restent en suspens. Tout cela ne date évidemment pas d'hier et c'est sans doute une des raisons pour lesquelles l'institution carcérale fait l'objet de ces éternelles critiques souvent acerbes dans son projet éternellement futuriste à vouloir réformer coûte que coûte ceux que la justice a placés entre ses mains. Comme si là où la cellule familiale avait échoué, celle de la prison demeurerait le tout dernier des remèdes à pouvoir « soigner » et « guérir » en quelques semaines, voire en quelques mois, celui que la justice a trop souvent enfermé à double tour depuis l'adolescence.

Ce n'est pas envers ces quelques milliers de personnes cloîtrées entre quatre murs qu'il faut nous questionner quant au pourquoi de la criminalité, la réponse ne se trouve pas entre leurs mains, mais bien au cœur de nos cités, le pire des criminels n'étant après tout qu'un de ses enfants pesant moins de trois kilos à la naissance. Et puis, ce qui est en jeu n'est peut-être pas tant l'efficacité du traitement en lui-même, mais bien l'idée que l'on s'en fait dans le discours idéologique¹⁶⁰.

Au regard des taux de récidive réels ou soupçonnés entourant leurs auteurs, qu'en est-il de la recherche et des programmes de réinsertion ?

2.1 Les programmes face à la récidive : que dit la recherche ?

C'est par le biais des programmes correctionnels que l'on s'efforce de donner à l'enfermement un aspect éducationnel et beaucoup plus humain que sa version strictement punitive. Comme décrit dans la Mission du Service correctionnel du Canada¹⁶¹, en « incitant activement » le détenu à intégrer ce conditionnement de masse, l'administration pénitentiaire prend le pari de conjurer la récidive à l'intérieur même de la durée légale de la peine *intra* et

160. François, 1979.

161. Service correctionnel du Canada, 2018^e.

extra-muros. Rien de moins. Et après ? Après, la question ne relève plus de son champ de compétence¹⁶². Un produit à consommer sur place avant sa date de péremption.

Derrière cette prise en charge, l'idéologie, aux relents de religiosité véhiculée et dictée à tous les échelons de la pyramide, repose sur cette indéfectible croyance que le détenu, quelle que soit la nature de ses délits et leur fréquence dans le temps, peut changer si on lui en donne véritablement l'occasion et les moyens. Vœu pieux, l'objectif étant de l'amener à devenir un citoyen respectueux des lois. Encore faudrait-il qu'il le veuille, qu'il en comprenne l'essence ou à tout le moins la finalité, qu'il soit profondément empli de sincérité à retrouver sa place d'homme libre et que les gains qu'il peut percevoir à être de nouveau en liberté soient supérieurs à ceux d'un retour aux activités criminelles.

Raison d'être de la prison et justification humaniste de l'emprisonnement, il ne s'agit plus de mettre en cage des milliers de personnes condamnées puis de jeter la clé au fond de l'égout comme ce fut le cas il n'y a pas si longtemps encore, mais bien d'amener tout un chacun à se responsabiliser, à prendre véritablement conscience par la magie du verbe que tuer, agresser, trafiquer, voler, frauder ne sont pas vraiment de bonnes choses à faire envers son prochain ! Entreprise d'évangélisation remontant au XIX^e siècle, voilà maintenant près de quatre décennies que des hommes et des femmes s'évertuent corps et âme à la déconstruction du comportement criminel et à ramener la brebis égarée au sein de la grande fratrie éprise d'amour et de justice. Derrière ces discours altruistes d'obédience judéo-chrétienne pétris de compassion, de réprobations, d'expiation, de pardon, de rédemption et de générosité conditionnelle, l'homme tente tant bien que mal d'ériger une règle universelle de bonne conduite, le bien contre le mal, le bon contre le méchant comme dans les films hollywoodiens et tracer du même coup un tracé rectiligne entre ce qui doit et ne doit pas être¹⁶³. L'égalité suprême entre tous les hommes, un rêve plusieurs fois millénaire. *L'homme naît bon par nature, c'est la société qui le corrompt*, disait Rousseau. Après tout, Lapons, Bantous, Pygmées ou Écossais, n'appartenons-nous pas tous à un seul et même genre dans la grande famille des primates ? Qui sait si, sans cette

162. Du moins en ce qui a trait aux peines déterminées (NDA).

163. McCann, Shindler et Hammond, 2004 ; Olivier, 1998.

louable obligation à vouloir rendre cet Autre meilleur qu'il n'est en réalité – ce qui a de quoi nous rassurer au-delà des chiffres énumérés précédemment –, le combat politique cesserait d'exister, tout ordre social se fondant sur la transgression des interdits¹⁶⁴ ? Mais que disent les chercheurs, ceux qui, sans la moindre expérience de terrain, savent tout sur pas grand-chose ?

Bibliométrie¹⁶⁵ et bourses universitaires à l'appui, aussi bien pour les chercheurs que pour les enseignants contraints annuellement de pondre plusieurs articles et de répondre ainsi aux exigences liées à leur maintien en poste, moins de 3 % de ce qui est publié dans le monde scientifique demeure significatif et en sciences sociales plus que dans tout autre domaine¹⁶⁶. Une avalanche d'articles asymétriques, de thèses et d'argumentaires allant dans le sens des principaux courants politiques dominants, sans parler des ententes entre auteurs, éditeurs et relecteurs complaisants¹⁶⁷ de sensibilité ultralibérale ou à gauche de la gauche¹⁶⁸.

Pour la délinquance sexuelle, sujet qui semble passionner beaucoup, beaucoup trop de monde, une production annuelle de plusieurs milliers d'articles au point où le crime organisé se voit confiné au dernier rang et la fraude économique entre combles et oubliettes. Force est de reconnaître que derrière cette apparente malléabilité faite de contrition et de docilité purement circonstancielle sur laquelle repose l'ensemble de la littérature le concernant, le délinquant sexuel, objet de toutes les attentions, a la particularité d'appartenir à une catégorie de détenus fragilisée par l'ostracisme dont il est la victime prédestinée en milieu carcéral et par conséquent, beaucoup plus facile d'approche qu'un motard affilié à une bande criminelle ou un parrain de la mafia. Mais une fois dépassé cet engouement voyeuriste pour l'Ogre, celui des contes de Perrault devenu aujourd'hui tueur en série servant d'inspiration aux non moins célèbres téléséries américaines, la recherche usinée sur la délinquance sexuelle s'enlise, se répète en utilisant les mêmes données, les mêmes références unilingues en anglais,

164. Durkheim, 1895.

165. Méthode d'analyse quantitative utilisant les publications scientifiques pour mesurer la performance de la recherche dans un secteur donné (Baudoin et coll., 2004).

166. Blanco et Matute, 2018 ; Higgins et Green, 2011 ; Kühberger et coll., 2015.

167. Maisonneuve, 2016.

168. Brandt, Reyna et Chambers, 2014 ; Byrne et Hummer, 2016 ; Ceci et Williams, 2017 ; Juschik, 2017 ; Inbar et Lammers, 2012 ; Nakhaie et Brym, 2011.

aux mêmes contenus lénifiants et sans encore avoir trouvé ce qui pourrait mettre les victimes de demain hors de portée de tout agresseur actif ou latent guettant dans l'ombre sa future proie.

Cadenassées par une hiérarchie directement liée au pouvoir en place, rares sont les études effectuées en toute impartialité et en totale indépendance pour démontrer l'efficacité réelle et non théorique des programmes correctionnels. Quant à ceux qui les créent, ce sont généralement les mêmes personnes qui les appliquent en encensant à coups de publications leurs propres résultats tout en se gardant bien de dévoiler ce qui ne peut être dit quant aux coûts et bénéfices face à cette grande inconnue : la récidive. Au baromètre de la censure, un alignement de chiffres « savants » tantôt à la hausse servant à alimenter l'épouvantail à moineaux des plus conservateurs, tantôt à la baisse pour se glorifier du travail accompli chez les plus libéraux. Des chiffres en provenance d'une même source aussi inaccessible qu'opaque : l'État¹⁶⁹.

Parmi les quelques rapports à contre-courant du discours officiel, Furby, Weinrott et Blackshaw¹⁷⁰ qui, en 1989, en étaient arrivés à la conclusion que rien ne pouvait démontrer que les programmes de traitement correctionnels avaient un réel impact sur le taux de récidive. Vingt ans plus tard, Griffiths, Dandurand et Murdoch¹⁷¹ en avaient dressé la liste complète. Une liste d'échecs. Même constat de l'autre côté de la frontière après examen de neuf méta-analyses menées par Brooks-Gordon, Bilby et Wells¹⁷² puis Kenworthy, Adams, Bilby, Brooks-Gordon et Fenton¹⁷³. Les résultats obtenus font systématiquement référence à des catégories précises de délinquants ayant participé à un programme en particulier, sur une période donnée et non pour l'ensemble de la population carcérale. Crise de reproductibilité, l'incapacité des chercheurs à réitérer une expérience scientifique (nombre de détenus analphabètes étant exclu de tout programme). En 2016, sur 1 576 chercheurs appartenant à différentes disciplines, 70 % d'entre eux affirmaient être dans cette situation et plus de la moitié (52 %) à avoir échoué à obtenir les mêmes résultats que ceux annoncés officiellement¹⁷⁴.

169. Staats, *supra* note 98.

170. Furby, Weinrott et Blackshaw, 1989.

171. Griffiths, Dandurand et Murdoch, 2007.

172. Brooks-Gordon, Bilby et Wells, 2006.

173. Kenworthy et coll., 2008.

174. Baker, 2016 ; Fanelli, 2018.

Situation que l'on retrouve également avec les échelles et outils actuariels. De conception anglo-saxonne pour la très grande majorité et validée à partir de plusieurs caractéristiques culturelles propres aux hommes, aux femmes et aux mineurs de type caucasien et non transférable à d'autres populations¹⁷⁵, leur utilisation ne peut-être que partielle et appliquée dans un contexte ciblé¹⁷⁶. En 2017, pour ne prendre que cet exemple parmi d'autres, le principal programme de traitement pour délinquants sexuels en Angleterre et au pays de Galles (SOTP pour *Sex Offender Treatment Programme*), lequel, après avoir suscité un réel engouement sur tout le continent européen, fut abandonné après qu'un rapport eut révélé qu'il entraînait davantage de... récidives¹⁷⁷ !

Autre particularité à l'image de ces filets à thons dont on se servirait pour attraper des bancs de sardines, la totalité des recherches entourant le comportement criminel autour desquelles sont entièrement bâtis ces programmes dits thérapeutiques et outils actuariels repose sur un seul et même bassin : ceux qui ont abouti à une condamnation. Autrement dit, l'ensemble de nos connaissances accumulées depuis plus d'un siècle et demi en matière criminelle se limite au monde carcéral et pour ceux diagnostiqués comme « inaptes » à subir leur procès, aux hôpitaux psychiatriques. Au-delà de cette zone de confort, une chute dans le vide et sans parachute.

En faisant fi des nombreuses lacunes d'ordre méthodologique reprises un peu partout sans autres formes de vérification quant aux résultats obtenus entourant les programmes correctionnels, ces derniers dépendent non seulement de cette présumée perméabilité du sujet, mais de son bon vouloir quant au dévoilement de ses faits et gestes lors de thérapies généralement dispensées en groupe et, à moins d'avoir en face de lui un expert en interrogatoires, ce qui ne s'apprend pas sur les bancs d'une université aussi prestigieuse soit-elle, celui-ci racontera ce qu'il veut (principe de dévoilement et de récidive autodéclarée)¹⁷⁸. Après tout, n'est-il pas déjà condamné pour ce que la justice croit savoir et, dans ces

175. Harris, 2018 ; Mori, Takahashi et Kroner, 2017.

176. Barnett et Fitzalan Howard, 2018 ; MacDougall et Bull, 2014 ; Millaud et Dubreucq, 2012.

177. Mews, Di. Bella, et Purver, 2017.

178. Brinke, Stimson et Carney, 2014 ; Dandurand et coll., *supra* note 107 ; Lucken, 2017.

conditions, pourquoi aller plus loin ? Quel avantage aurait-il à révéler ce que l'autre ignore assis derrière son écran et qui pourrait beaucoup plus nuire à sa prochaine demande d'élargissement que de lui rapporter un quelconque bénéfice face à un intervenant trop souvent que de passage¹⁷⁹ ? Comment jurer qu'il ne s'agit que d'une toute première fois sans avoir fait ses preuves auprès de ses pairs lorsque condamné pour trafic de 200 kg de cocaïne, le sujet nie appartenir à une quelconque organisation criminelle ? Ou encore celui qui clame haut et fort qu'il n'a à son actif qu'une seule condamnation pour voies de fait alors qu'il cumule plusieurs inculpations avec retrait de la plainte ?

Qu'à cela ne tienne, intervenants et chercheurs, au risque de perdre leur emploi, préfèrent s'en tenir à la ligne de conduite imposée en haut lieu en évitant de s'enliser dans ce type de discours à contre-courant. Tout chercheur au service de l'État se trouve placé en permanence devant des réalités politiques dont il ne mesure pas toujours la portée, les questions étant la plupart du temps inscrites après montage des réponses. Dans une étude effectuée en 2015 et intitulée : *Un nouveau sondage révèle que la plupart des scientifiques fédéraux estiment ne pas être en mesure de parler, même s'il y a des risques pour la santé ou la sécurité publique*¹⁸⁰, 48 % d'entre eux admettaient avoir été témoins de situations dans lesquelles les données furent délibérément soustraites de documents officiels donnant ainsi une information incomplète, inexacte ou trompeuse et 90 % s'estiment muselés dans leur travail.

Réfugié des années durant derrière des protocoles de recherches se voulant infaillibles et parfois après s'être fait un nom, celui-ci finit par se sentir inatteignable aux biais. Il est vrai aussi que le pouvoir conforte et que l'on ne demande jamais au boulanger si son pain est bon.

2.2 Formations scolaire et professionnelle enterrées au profit des programmes

Depuis ses origines relativement récentes, le discours entourant la prison s'est surtout maintenu à travers l'éducation du condamné. Étant donné que celui-ci allait tôt ou tard recouvrer

179. Ryan, 2018 ; Strömwall et Willén, 2011.

180. L'Institut professionnel de la fonction publique du Canada, 2015.

sa liberté, ceux qui en avaient la responsabilité voyaient à ce qu'il s'amende dans ce qu'il était alors convenu d'appeler « le droit chemin ». Ces professionnels d'antan légitimaient l'institution carcérale derrière des pratiques de réinsertion ayant largement fait leurs preuves en préparant la personne à sa sortie. Pendant près d'un demi-siècle, tout détenu se devait d'abord d'apprendre à lire, à écrire, à compter pour être en mesure de suivre une formation manuelle (maçon, menuisier, cuisinier, carreleur, peintre en bâtiment, mécanicien, plombier, électricien, coiffeur, etc.). Plus qu'un lointain souvenir ayant terminé sa course à la fin des années 1980.

- 1) Pour ce qui est des 177 prisons au Canada, bâtiments souvent vétustes, insalubres et surpeuplés avec des taux de 127 % d'occupation et un manque criant de personnel dûment qualifié¹⁸¹, tout ce qui a trait à l'analyse clinique entourant la prévention de la récidive, la relation d'aide, les soins médicaux et une scolarisation de base en vue d'apprendre l'ABC d'un métier, la question ne se pose même pas¹⁸².

En 2015, sur une population de 24 014 adultes¹⁸³, 10 364 (36 %) se retrouvaient en détention après condamnation, 56 % avaient en moyenne une peine d'un mois ou moins dont 28 % ne dépassaient pas une semaine. Moyenne d'âge à l'admission : 35 ans. Avec un profil semblable à celui que l'on rencontre régulièrement dans les pénitenciers (dépendance poly-toxicomaniaque, problèmes de santé mentale, milieu familial dysfonctionnel, fréquentations criminogènes, manque criant de qualifications, scolarité en dessous du minimum requis par l'OCDE)¹⁸⁴, tout

181. Blais, 2015 ; Draaisma, 2018 ; Hachey, 2013 ; Kusch, 2015 ; Marcoux et Barghout, 2015 ; Ministère de la Sécurité communautaire et des Services correctionnels de l'Ontario, 2015 ; Ministère de la Sécurité publique du Québec, 2015 ; Owen, 2014 ; Piché, 2014 ; Public Services Foundation of Canada, 2015 ; Saillant, 2015.

182. Ce qui exclut les prisons canadiennes pour la suite de cet article et ne s'en tenir exclusivement qu'aux pénitenciers (N.D.A.).

183. Dont 13 650 en détention provisoire, en attente de leur procès ou du prononcé de leur peine (Reitano, 2016).

184. Reflet sociétal, en 2015, 70 % des chômeurs au Canada éprouvaient des difficultés à lire et à écrire. Pour la population canadienne dans son ensemble, selon les données de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) pour l'année 2012, parmi les plus de 16 ans, 12 millions soit 48 % n'atteignaient pas le niveau 3 de littératie (difficultés à assumer de nouvelles compétences que présuppose toute société dite moderne (Langlois, 2012)). Si l'on prend cette fois-ci le cas du Québec en 2014, une personne sur cinq éprouvait de grandes ou de très grandes difficultés à lire et à écrire, soit un *niveau inférieur à 1 de littératie* (Dignard, 2014).

reste entièrement à bâtir, mais à la lueur de quels types de peines ? Comment concevoir un instant et dans de telles conditions désastreuses que la peine de prison et l'encadrement dans la communauté aient le moindre effet bénéfique sur le comportement du délinquant et le risque de replonger dans ce qui l'a ramené entre quatre murs d'une cellule¹⁸⁵ ? Et bien qu'il n'y ait pas de relation clairement démontrée entre situation économique et agir criminel¹⁸⁶, sur la base de quel travail et de quel salaire lorsque les gains liés aux activités criminelles sont sans commune mesure avec un emploi de manutentionnaire, fiche de paie à l'appui¹⁸⁷ ? Estampillée d'un casier judiciaire comme passeport dès sa sortie de prison, sans pour autant être une circonstance atténuante, la récidive devient un appel de sirène lorsque la cible est monétaire¹⁸⁸.

- 2) Concernant cette fois-ci les 54 pénitenciers, 16 centres correctionnels communautaires et 92 bureaux de libération conditionnelle, lesquels chapeautaient en 2016 un total de 22 957 détenus fédéraux, 38,5 % purgeaient une peine allant de 2 à 4 ans, dont 15,2 % de 2 à 3 ans¹⁸⁹. Ce qui ne laisse guère, là non plus, de possibilités à entreprendre une quelconque formation en continu, et ce, même une fois à l'extérieur des murs. Une réalité à laquelle s'ajoutent les listes d'attente¹⁹⁰, un personnel désigné en fonction du budget alloué pour chaque établissement, du taux de roulement – en moyenne trois agents de libération conditionnelle (ALC)¹⁹¹ par détenu dans une seule et même année – et par conséquent, sans réel suivi maintenu dans le temps par un intervenant ayant

185. Jarvis et Young, 2017.

186. Appel et Sweeten, 2010 ; Lageson et Uggen, 2013 ; Schnepel, 2017.

187. Tripodi, Kim et Bender, 2018.

188. Geest et coll., 2016 ; Holodny, 2017 ; Moses, 2012 ; Nathan, 2015.

189. Sécurité publique Canada, *supra* note 7.

190. En 2014, environ 65 % ne terminaient toujours pas leurs programmes avant d'être admissibles à leur première libération conditionnelle (Bureau du vérificateur général du Canada, 2015).

191. Au Service correctionnel du Canada, la formation est on ne peut plus hétéroclite si l'on considère que le diplôme universitaire (baccalauréat en criminologie, en psychologie, en toxicomanie, en travail social ou expérience dans un domaine connexe, c'est-à-dire sans spécialisation particulière) demeure un « atout privilégié » et non une obligation dans le cadre d'un concours pour l'obtention d'un poste d'agent de libération conditionnelle en établissement ou en supervision dans la communauté (Gouvernement du Canada, 2015).

pleine connaissance du dossier¹⁹². Au tableau de la réinsertion et des enjeux politiques, des dates butoirs fixées par la loi (semi-liberté à 1/6 de la peine, libération conditionnelle à 1/3 et libération d'office aux 2/3). En avril 2018, près de 9 100 (40 %) détenus sous juridiction fédérale faisaient l'objet d'une surveillance dans la communauté¹⁹³.

- 3) Derrière ce faux humanisme entourant les libérations conditionnelles et que beaucoup aimeraient copier sinon s'en inspirer fortement, les politiques d'élargissements répondent avant tout à une gestion de cellules. Véritable casse-tête pour chaque directeur d'établissement, lequel n'hésitera pas, en cas de besoin, à imposer des quotas pour désengorger le trop-plein¹⁹⁴. S'il y a moins de détenus libérés résultant de nouvelles politiques pénales¹⁹⁵, il y aura inévitablement un manque de cellules disponibles et par ricochet, un effet de surpopulation¹⁹⁶, le nombre de cellules étant toujours inférieur à celui alloué aux peines imposées, d'où cette constance de gérer le flux des admissions souvent sans lien clinique quant aux contenus.
- 4) Pour les longues peines (de 10 ans à perpétuité), il n'existe pas plus de formation alors que les trois quarts n'avaient aucun métier à leur arrivée et où plus de 60 % étaient soit sous-employés chroniques¹⁹⁷, soit bénéficiaires de l'aide sociale¹⁹⁸.

192. Pour l'année 2013-2014, seuls 20 % des détenus étaient préparés à temps pour leur première date d'admissibilité à la libération conditionnelle et 65 % n'avaient pas terminé leurs programmes avant leur première date d'admissibilité à la libération conditionnelle (Bureau du vérificateur général du Canada, 2015).

193. Bureau du vérificateur général du Canada, *supra* note 120.

194. Il est 72 % moins coûteux d'assurer la garde d'un détenu dans la collectivité que de le maintenir incarcéré : 33 067 \$ par année comparativement à 119 152 \$ (Bureau du Directeur parlementaire du budget, 2018 ; Sécurité publique, *supra* note 7).

195. Comme ce fut le cas sous le régime conservateur de 2006 à 2015 (NDA).

196. Bureau du vérificateur général du Canada, *supra* note 120 ; Grandpré, 2013.

197. Bureau du vérificateur général du Canada, *supra* note 190.

198. L'enquêteur correctionnel Canada, 2015.

- 5) Pour ce qui a trait à la scolarisation¹⁹⁹, près des deux tiers des détenus fédéraux présentent un niveau équivalent à une huitième année (analphabétisme fonctionnel)²⁰⁰ ;
- 6) Réalité passée sous silence, s'il y a bien ici et là quelques ateliers dédiés au secteur manufacturier pour la fabrication du mobilier destiné à l'administration, plus aucune certification ni équivalence reconnue par le ministère de l'Éducation n'est émise depuis la fin des années 1980²⁰¹. À ce vide abyssal, des horaires qui ne peuvent en aucune façon se comparer à une journée de travail telle que rencontrée par un apprenti dans la vie de tous les jours²⁰². Celui qui était sans qualification à son admission en ressortira au bout de 5, 10 ou 20 ans sans rien de plus pour se faire valoir là où la précarité de l'emploi est déjà synonyme de millions de chômeurs.
- 7) Alors que l'on exige tout de la personne détenue, en commençant par la pousser à mettre à profit ses propres ressources et par le fait même, à amplifier des résultats au bénéfice des statistiques de fin d'année, en 2015, le Bureau du vérificateur général du Canada sonnait l'alarme en écrivant : « [...] manque total de vision organisationnelle et d'objectifs stratégiques en termes d'employabilité au sein du Service correctionnel du Canada et pas la moindre structure de gouvernance ni politique propre à l'emploi »²⁰³.
- 8) Les prévisions de surpopulation à compter de 2019-2020 ne feront qu'empirer cette situation déjà critique. Les agrandissements d'unités en cours s'effectuant de l'extérieur vers l'intérieur et non à l'inverse, grugent un espace déjà fortement

199. Reflet sociétal, en 2015, 70 % des chômeurs au Canada éprouvaient des difficultés à lire et à écrire. Pour la population canadienne dans son ensemble, selon les données de l'OCDE (Organisation de coopération et de développement économiques) pour l'année 2012, parmi les plus de 16 ans, 12 millions, soit 48 % n'atteignaient pas le *niveau 3 de littératie* (difficultés à assumer de nouvelles compétences que présuppose toute société dite moderne (Langlois, 2012)). Si l'on prend cette fois-ci le cas du Québec en 2014, une personne sur cinq éprouvait de grandes ou de très grandes difficultés à lire et à écrire, soit un *niveau inférieur à 1 de littératie* (Dignard, 2014).

200. Bureau du vérificateur général du Canada, *supra* note 190.

201. Bureau de l'enquêteur correctionnel, 2017.

202. Pas plus de quatre heures journalières, même s'il est question de huit heures rémunérées versées directement sur le fonds de cantine (NDA.).

203. Bureau du vérificateur général du Canada, *supra* note 190.

réduit et accroissent une promiscuité des plus explosives. Conséquence : l'occupation double dans des cellules de 5 m². Une mesure alors temporaire en 1981, devenue la norme d'un bout à l'autre du pays²⁰⁴.

Service d'entretien, buanderie, cuisine et secteur manufacturier servent à occuper les détenus, à leur éviter l'oisiveté « mère de tous les vices » et à leur donner un semblant de vie. Certainement pas à les dissuader de perdurer dans leur comportement criminel et encore moins à les préparer à leur prochaine sortie.

Devant ce triste tableau au profit des programmes, qu'en est-il du côté clinique, là où l'on tente désespérément de déconstruire la pensée du délinquant par la voie de la « guérison » ?

3. L'ANALYSE CLINIQUE ET LA PRÉVENTION DE LA RÉCIDIVE

Tout avait commencé à la fin des années 1970. Recrudescence des vols à main armée²⁰⁵, surpopulation, absence de classification quant au niveau de sécurité séparant les très courtes peines des réclusions à perpétuité, série d'évasions spectaculaires et mutineries nécessitant l'intervention de l'armée, le gouvernement fut contraint de réagir rapidement par la construction de nouveaux établissements carcéraux et d'accélérer la mise en place d'une nouvelle vague d'intervenants venus prendre la relève d'une psychiatrie onéreuse et dépassée. Moins de deux décennies plus tard, criminologues et psychologues finirent à leur tour par se perdre dans les dédales de l'interprétation menant dix intervenants à dix évaluations divergentes, dont au moins quatre diamétralement opposées, comme c'est souvent le cas devant les tribunaux. Une situation à haut risque pour la sécurité du public et l'image de l'organisation. Un *mea culpa* que très peu de professionnels, le vent alors en poupe, osèrent s'avouer sur le moment. Il fallait donc trouver de nouveaux outils qui leur permettraient de réduire cette flagrante disparité que l'on croyait propre aux évaluations psychiatriques, tenter d'uniformiser le contenu des diagnostics quant à la dangerosité du sujet et de tout pronostic face à la réci-

204. Bureau du vérificateur général du Canada *op. cit.*

205. En 1978, 6 514 vols à main armée au Québec contre 2 024 pour l'Ontario, soit quatre fois la moyenne nationale (David, 1980) ; Bellot, 1985.

diver. En deux mots, mettre un terme à ces trop nombreuses contradictions basées sur l'inévitable subjectivité de tout un chacun (*je pense que...*).

Projets pilotes et politiques novatrices donnèrent naissance au conditionnement de masse obtenu à partir d'outils informatisés. D'un bout à l'autre du pays, leur utilisation mènerait l'ensemble du personnel traitant dans une seule et même direction : abaisser les coûts de l'incarcération en séparant ceux pouvant être plus rapidement gérés dans la communauté²⁰⁶, généralement les peines de moins de quatre ans, de ceux qui présentent un risque de dangerosité contre la personne. L'introduction de ces outils informatisés devait également réduire la marge d'erreur liée au seul jugement clinique non structuré, abaisser la charge de travail du principal intervenant – l'agent de libération conditionnelle (ALC) – et rendre homogène la totalité des évaluations assujetties à des échéanciers fixés par la loi. Échéanciers n'autorisant aucun retard²⁰⁷ et prévalant de loin sur la qualité des contenus.

Seul l'abaissement de la marge d'erreur fut rencontré²⁰⁸. Bien que l'utilisation de tels outils évaluant la probabilité du comportement criminel puisse surclasser le jugement clinique dépourvu de toute balise empirique, aucun d'entre eux n'est en mesure de prédire la période ni la gravité du passage à l'acte²⁰⁹. Avec la mise en place de ces programmes placés au premier rang de la réinsertion, l'analyse clinique a fini graduellement par abdiquer derrière une liste d'indicateurs informatisés²¹⁰, niant ainsi toute spécificité criminologique par rapport aux objectifs bâtis sur des données chiffrées exemptes de toute réflexion²¹¹. L'outil actuariel venait d'évincer l'acte professionnel individualisé. Résultat : les évaluations sont aujourd'hui filtrées par des données informatisées menant l'intervenant à se retrancher derrière une typologie et une appartenance à tel groupe de délinquants sans pousser plus loin son analyse²¹², au contenu d'une piètre qualité d'une région

206. Notamment les cas d'examen expéditif et les courtes peines (NDA).

207. Commission des libérations conditionnelles du Canada, 2015.

208. De 20 à 25 % selon le type d'échelles utilisées (Bensimon, 2012^b).

209. Dawes, Faust et Meehl, 1993 ; Imrey et David, 2015 ; Lussier, 2010 ; Marchese, 1992 ; Millaud et Dubreucq, *supra* note 176 ; Salzinger, 2005.

210. Schaefer et Williamson, 2018.

211. Au total, 233 indicateurs statiques et dynamiques (Service correctionnel du Canada, 2018^b).

212. Dressel et Farid, 2018.

administrative à l'autre²¹³, y compris dans l'écriture et sans autre statut particulier que celui d'ALC²¹⁴ (formation hétéroclite si l'on considère qu'il n'existe qu'un seul ordre professionnel en criminologie au pays²¹⁵ et que celui-ci n'est pas reconnu par le Service correctionnel du Canada).

Bien qu'aucun détenu n'ait l'obligation de participer ni de suivre un traitement lié à l'identification de ses besoins obtenus par calcul informatisé, tout refus le maintiendra sans salaire à l'intérieur des murs jusqu'à expiration légale de sa peine. Réflexe de survie, qu'il en ressente ou non la nécessité, son intérêt est de se prêter au jeu le plus rapidement possible : sa seule et unique porte vers la sortie. Habitué aux questions-réponses depuis ses tout premiers placements en centres fermés pour mineurs²¹⁶, celui-ci finira par dire ce que l'intervenant souhaite entendre²¹⁷. Cela sert aussi à cela la prison : apprendre, réciter et régurgiter à satiété ce qui doit être dit pour mieux paraître face aux autorités qui se pencheront sur une remise de liberté.

Au quotidien, les effectifs, trop souvent laissés à eux-mêmes, demeurent insuffisamment qualifiés²¹⁸ et encadrés pour se confronter à longueur d'année aux différentes personnalités et typologies criminelles, faire contrepoids à des détenus généralement plus âgés et aux parcours de vie diamétralement opposés²¹⁹. Faute de temps et de support clinique, la majorité des évaluations ne dépasse guère le stade du récit anamnestique, quelques paragraphes copiés-collés à partir des rapports de police ou des notes du greffe sans

213. Régions administratives du Pacifique, des Prairies, de l'Ontario, du Québec et de l'Atlantique (NDA).

214. Selon les besoins, chaque concours est différent. Certains postes s'obtiennent sans même passer par cette voie, d'autres exigent simplement une équivalence (NDA).

215. L'Ordre professionnel des criminologues du Québec (OPCQ) créé le 22 juillet 2015 (NDA).

216. Bacon et Regan, 2016 ; Blagden et coll., 2014 ; Brown et Tully, 2014 ; Craissati, 2015 ; Gregory et coll., 2015 ; Harkins, 2015 ; Jupe et coll., 2016 ; Moore et Pierce, 2016 ; Verschuere et Hout, 2016 ; Wojciechowski, Stolarski, et Matthews, 2014.

217. Dandurand et coll., *supra* note 107 ; Maggioncalda, 2013 ; Miller, 2012^b ; Rose, 2013.

218. L'obtention d'un diplôme de premier cycle, trop souvent sans lien avec la réalité du terrain, devient obsolète après seulement quelques mois passés sur le terrain (NDA).

219. En 2016, 24,1 % des détenus sous juridiction fédérale avaient 50 ans et plus et 37,6 ans pour ceux élargis sous supervision dans la communauté. Âge médian à l'admission : 34 ans. (Sécurité publique, *supra* note 7).

lien direct avec l'agir criminel. Interpréter ce que l'Autre pensait ou éprouvait *avant, durant et après* avoir tué, violé, agressé, volé, trafiqué ou fraudé avec l'espérance d'un hypothétique changement de comportement relève du discours politique²²⁰. Comprendre, analyser, synthétiser et savoir écrire demandent bien plus que de l'empathie échelonnée sur un horaire de 37,5 heures avec ou sans diplôme limité au premier cycle.

Quelle que soit l'expérience de l'intervenant ou sa formation générale, bien des frontières dans la compréhension de tout comportement criminel ne pourront jamais être franchies. Peu osent en effet s'aventurer sur ces terres spongieuses que sont l'attraction, le plaisir, l'excitation et la fascination entourant la préparation de l'acte criminel. Effet vicariant, pour ceux et celles qui en font l'effort au risque d'accumuler des retards dans leur travail, aucun n'en ressortira indemne et pas un seul n'en retirera plus de reconnaissance de la part des autorités en place et encore moins du principal intéressé... le détenu²²¹. En raison du taux effarant de roulement²²², l'implication de tout intervenant face à ce dernier a également ses limites²²³. Et puis la ligne de démarcation entre un état dit *normal* et un état *anormal* n'est jamais aussi tranchée que le souhaiterait l'intervenant. Passées la nature des gestes posés et leur récurrence sous forme de cycles dans la durée, il n'y a rien, du moins à première vue, qui puisse réellement distinguer le délinquant d'un non-délinquant. Très souvent élaborée à partir de critères préétablis déterminant la conduite antisociale (pour ne prendre que ces deux mots figurant systématiquement dans la quasi-totalité des rapports d'évaluation clinique), l'intervention s'écroule d'elle-même lorsque confrontée au libre arbitre²²⁴. D'où cet inextricable magma fait de dissuasions entourant la peine privative de liberté, de relation d'aide bricolée selon les cas de figure et de chantage en cas de refus.

Les évaluations s'effectuant sous le sceau d'entrevues apprises sur le tas, leur qualité dépend de la personnalité même de l'ALC, de son vécu, de son expérience, de sa motivation à vouloir descendre

220. Zarra et Farrington, 2015.

221. Bensimon, 2010^b ; Rudes, Viglione et Taxman, 2013.

222. Schlager, 2018.

223. Berghuis, 2018 ; Freestone et coll., 2015 ; Smith et Berlin, 1998.

224. DeLisi, 2005 ; Gottfredson et Hirschi, 2016 ; Martin, Rigoni, et Vohs, 2017 ; Piquero, Jennings et Farrington, 2010 ; Sampson et Laub, 2003 ; Vazsonyi, Mikuska et Kelley, 2017.

au fond du gouffre et à y remonter ; de sa capacité d'écoute et à entendre ce que cet Autre dit, ne dit pas ou feint d'ignorer ; des évaluations qui devraient, logiquement, reposer sur un minimum de connaissances revues et mises à jour²²⁵ (ce qui est rarissime, là encore, faute de temps et d'intérêt devant les retards accumulés) ; de son pouvoir de persuasion ; de son état d'esprit face à la nature du délit et s'il y a eu ou non médiatisation du cas, lorsque vient le temps de rédiger l'analyse du comportement criminel ; d'avoir la capacité de garder ses distances sans se laisser envahir par des sources extérieures (transferts et contre-transferts)²²⁶ ; des échéanciers accumulés qui ne laissent plus aucune place aux entrevues ; des pressions politiques par autorités interposées obligeant l'ALC à produire un rapport dont la recommandation lui aura été parfois dictée ; sans oublier l'influence écrasante de la sous-culture carcérale (détenus et personnel à tous les échelons) auxquels s'ajoute l'état des lieux comparables à nul autre, les conditions glauques dans lesquelles sont recueillies ces informations servant à gérer des vies entières afin de prévenir le futur de toute récidive. Tout cela fait beaucoup. Beaucoup trop.

Autre point, l'intervention correctionnelle ne revient-elle pas sur son essence, sa finalité même et pour preuve, la grosse boîte, et son catalogue de recettes prêtes à l'emploi, n'a-t-elle pas déjà commencé à s'enrayer depuis qu'il appartient désormais au seul délinquant et non plus à l'ALC ou au psychologue, de démontrer qu'il ne représente plus aucun danger pour se mériter un élargissement ?

En termes cliniques, les chiffres de la récidive sont largement sous-estimés puisque sans aucun suivi une fois la peine expirée et hors champ de tout contrôle. La fréquence et le nombre de condamnations ne suffisent pas non plus à évaluer la récidive²²⁷, ne serait-ce que par le faible taux de résolution des forces de police et la question du libre arbitre quant au comportement du délinquant une fois franchie la porte d'un établissement carcéral, y compris lorsque placé sous surveillance avec ou sans bracelet électronique. Mesure également dénoncée comme inopérante pour les cas lourds²²⁸.

225. Nichols, 2017 ; Stevenson et Pettus-Davis, 2011.

226. Casoni, 2007.

227. Tremblay, Leclerc et Boudreau, 2009.

228. Belur et coll., 2017 ; Gibbons, 2018 ; Sveen 2018.

Objet de bien des espérances, en quoi consistent ces programmes correctionnels construits et « offerts » dans le but de réduire la récidive et maintenir la survie de l'organisation ?

3.1 L'ouvrier sur la chaîne de montage : l'agent de programme (AP)²²⁹

Dans le coffre à outils du Service correctionnel du Canada (SCC), organisation relevant du ministère de la Sécurité publique et principal laboratoire pour tout ce qui est programmes de réinsertion mis sur pied et appliqués sur le terrain, trônent au premier rang les fameuses thérapies cognitivo-comportementales, plus connues sous le sigle de TCC. La conduite criminelle résulterait de lacunes ou de déficits cognitifs demandant à être *corrigés*. Ces programmes s'adressent généralement à des groupes de 10, 15, voire 20 détenus rassemblés en cercle dans une salle de classe, un gymnase ou un local servant habituellement de chapelle. Formule que l'on retrouve ailleurs avec les alcooliques ou les narcotiques anonymes.

- 1) Souvent sans formation particulière ni diplôme (lequel n'est pas non plus requis pour ce type d'emploi), l'agent de programme, quel que soit son dynamisme, se rapproche beaucoup plus de l'animateur de groupe que d'une réelle intervention dite thérapeutique.
- 2) En s'appuyant sur la présumée malléabilité du détenu sans laquelle rien ne peut s'effectuer, l'agent de programme obéit à des protocoles normalisés ayant pour objectifs de remplacer des idées négatives et des comportements inadaptés par des pensées et des réactions en adéquation avec la réalité entre quatre murs²³⁰. Dans les faits, les TCC ont une plus grande emprise et obtiennent de meilleurs résultats avec des mineurs qu'avec des adultes. Ces derniers étant plus réfractaires à l'autorité et peu perméables à ce qui est récité sous forme de litanies psychologisantes²³¹. Des séances qui demanderaient

229. À ne pas confondre avec ceux et celles qui évaluent et suivent le détenu tout au long de sa peine (NDA).

230. Modèle de programme correctionnel intégré (MPCI) (NDA).

231. Feucht et Holt, 2016.

à être vues et entendues par des témoins impartiaux et n'appartenant pas à l'institution pour en comprendre la pauvreté.

- 3) Fragmentaires, ces programmes s'adressent indistinctement à des populations entières de détenus alors que les résultats ayant servi à leur élaboration font continuellement référence à des sous-catégories très précises de délinquants²³² ayant participé à un programme en particulier, mesurées sur une période de temps donnée et généralement offert aux plus réceptifs.
- 4) L'agent de programme se trouve lié par une entente tacite prédisant des résultats établis dans son cahier de charges²³³. Pour en respecter la bonne marche à suivre, il a l'obligation d'appliquer une procédure formatée à la virgule près alors qu'il chemine avec une clientèle hétérogène, soumise en permanence aux aléas de la vie carcérale et dans un décorum peu propice à l'élévation de l'esprit.
- 5) Le quotidien d'un agent de programme ne se prête à aucun calcul. Toutes initiatives ou improvisations de sa part demeurent proscrites compte tenu du nombre de participants et des listes d'attente. Pour compléter le programme XYZ, ses interventions sont basées sur le *ici et maintenant* au mot près.
- 6) Qu'il travaille en milieu carcéral ou dans la communauté, l'agent de programme n'a pas à juger et encore moins à interpréter chacune des phases venant encadrer tel groupe de détenus par rapport à un autre. L'uniformisation langagière demeure la règle et ce qu'il doit savoir pour sa mise en application s'apprend tout au plus après quelques journées de formation.
- 7) Les interventions entourant une criminalité versatile ciblent le délit le plus grave. Celui qui, condamné à 2 ans et 8 mois pour une soixantaine d'introductions par effraction²³⁴, 6 vols

232. Henckes, Hess et Reinholdt, 2018.

233. Les effectifs permanents se montent à 1 170 agents de programmes dont principalement 833 en établissement et 273 en communauté avec un ratio de 28 détenus par agent (données ne tenant pas compte des occasionnels, stagiaires et étudiants) (Sécurité publique, 2017).

234. Délit généralement banalisé dans les évaluations alors que l'introduction par effraction (art. 348a)), est passible de la réclusion à perpétuité (NDA). En 2016,

d'autos, 4 voies de fait causant des lésions corporelles graves et 1 agression sexuelle, verra son plan de traitement axé sur l'agression sexuelle, même si cette dernière constitue, du moins officiellement, une première à son dossier.

- 8) Matière à réflexion, le risque de récidive dans tout plan de traitement correctionnel est trop souvent associé à la longueur de la peine alors que le juge se base sur la nature et la gravité des gestes posés, pas sur le risque de récidive comme tel (exception faite en cas d'une demande de cautionnement)²³⁵.
- 9) Absence d'uniformité dans la durée. Le pronostic s'étend sur une période de temps limitée (de 6 mois à 3 ans suivant l'élargissement de la personne) alors que certains comportements prédateurs exigent des résultats beaucoup plus intensifs et échelonnés sur une plus longue portée. Paradoxe s'il en est un et que beaucoup préfèrent là encore passer sous silence, la peine invalide toute finalité thérapeutique puisqu'elle anticipe dès le départ la durée du traitement²³⁶. En 2017-2018, le Service correctionnel du Canada a consacré 160 millions de dollars, soit 6 % de l'ensemble de ses dépenses, au Programme de surveillance dans la communauté²³⁷ (montant n'incluant pas ceux dispensés en établissement).
- 10) Autre constat difficilement avouable : la non-traitabilité de certaines catégories de délinquants²³⁸. Seuls la peine et les critères entourant les notions de délinquants dangereux, d'ordonnance de surveillance de longue durée (OSLD)²³⁹, de sujets figurant au Registre national des délinquants sexuels prévu par le *Code criminel* ou faisant l'objet d'un maintien en incarcération²⁴⁰ peuvent renforcer la dissuasion là où le

au Canada, plus de 159 000 introductions par effraction furent déclarées à la police (Keighley, *supra* note 6).

235. Andrew et Bonta, 2016.

236. Quirion, *supra* note 158.

237. Bureau du vérificateur général du Canada, *supra* note 120.

238. Barbaree, Langton et Peacock, 2006 ; Fox, 2005 ; Ho, 2015 ; Kendall, 2004 ; Kim, Benekos et Merlo, 2016 ; Lowenkamp et coll., *supra* note 98.

239. Imposée par un juge au moment du prononcé de la peine et uniquement pour les peines déterminées, la période de surveillance d'une OSLD peut s'étendre sur une période de 1 à 10 ans après expiration légale de la peine (NDA).

240. Tout détenu condamné à une peine *déterminée* au Canada peut être élargi sous supervision dans la communauté aux 2/3 de sa peine, sauf s'il rencontre un des trois critères de maintien en incarcération, à savoir : un délit causant la mort

travail de l'intervenant et les programmes cèdent place à la coercition. En 2016-2017, sur 820 délinquants placés en OSLD, 147 menèrent à « bien » leur période de surveillance²⁴¹.

- 11) Disproportion des résultats publiés et coûts d'encadrement prohibitifs quant aux programmes pour délinquants sexuels alors que ces derniers forment à peine 15 % de l'ensemble des détenus fédéraux.
- 12) À l'intérieur d'un seul et même groupe thérapeutique, que l'intensité ait été évaluée à un niveau modéré ou élevé, l'apprentissage ne peut en aucun cas être uniforme d'un détenu à un autre. Pour certains, le choc ressenti face à l'incarcération n'est pas lié à la durée de la peine, mais bien en réaction à un environnement et à une promiscuité violente qu'il n'a pas choisie²⁴².
- 13) Selon l'intensité modérée ou élevée, tout programme varie entre 3 à 6 mois²⁴³. Calendrier aux attentes irréalistes si l'on tient compte des impératifs et de la période de temps alloués à raison de quelques heures seulement par semaine.
- 14) L'engagement du détenu repose sur la relation instaurée entre lui et l'agent. Tout comme pour l'ALC, une relation tributaire de l'expérience, de la maturité, de l'intérêt, de la capacité d'écoute et d'ouverture dans un climat de confiance et de respect mutuel. Ce qui ne peut s'obtenir du jour au lendemain vu la très courte durée des programmes, du taux de roulement des détenus et du personnel qui leur est affecté. Toute relation significative et personnalisée vis-à-vis du détenu, demeure inexistante ou à tout le moins superficielle compte tenu de la courte durée des peines²⁴⁴.
- 15) Pas de prise en charge individualisée, mais un cadre imposé entre la première et la dernière journée. Même sujet, mêmes phraséologies ressassées de façon mécanique. Chaque détenu

ou un dommage grave à une autre personne, un délit d'ordre sexuel à l'égard d'un enfant ou une infraction grave en matière de drogue (NDA).

241. Sécurité publique, *supra* note 7.

242. Nathan 2018 ; Quirion, 2006 ; Sperber, Latessa et Makarios, 2013.

243. Crewe, Liebling et Hullely, 2015 ; Welsh et Rocque, 2014.

244. Andrew et Bonta, *supra* note 235.

comprendra ce qui aura été transmis selon son propre schème d'interprétation. Là encore, interprétation soumise à une infinité de variables non prises en considération par le personnel ne seraient-ce que l'âge, les traits de personnalité, la capacité d'apprentissage, le degré de réceptivité, les problèmes personnels décuplés par l'enfermement, les lieux, les circonstances où se déroulent l'information et les attentes²⁴⁵. C'est un peu comme regarder une télévision avec un seul canal, sans bouton sur le poste et avec une télécommande située dans une autre pièce. Certains regardent l'écran, d'autres dirigent leurs pensées en attendant que tout cela se termine au plus vite pour pouvoir passer à autre chose, l'acte de présence, comme à la petite école, faisant office de pleine et entière participation entre la première et la dernière journée du programme en question.

- 16) Demander au détenu de comprendre l'origine de ses troubles, le pourquoi de ses obsessions, de ses dépendances, de ses états anxieux l'ayant mené à une situation prédélictuelle puis au mode opératoire organisé ou désorganisé, comprendre et être empathique face aux victimes, c'est exiger bien des réponses de la part de personnes dont l'historique institutionnalisée et la moyenne nationale frisent l'analphabétisme ! Au bout de quelques semaines, voire quelques mois, les résultats sont en effet phénoménaux. Véritable caricature propre au monde carcéral canadien, des milliers d'individus sachant à peine lire et écrire capables de débiter par cœur des pans entiers du DSMV²⁴⁶. Un détail maintes fois relevé par l'ensemble de mes étudiants durant mes vingt années d'enseignement universitaire lorsque je recevais en classe des détenus en libération conditionnelle venus parler de leur cheminement, au point où beaucoup se demandaient s'ils avaient affaire à des détenus ou à des stagiaires de première année en psychologie jouant aux détenus²⁴⁷ !
- 17) Rappelons, pour clore ces quelques points, qu'il n'existe à ce jour aucun sondage mené par un organisme indépendant auprès de la population carcérale pour mesurer les bienfaits

245. Andrew et Dowden, 2006.

246. Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders (DSM-5).

247. Généralement, des cas très lourds qui avaient passé en moyenne une vingtaine d'années derrière les barreaux (NDA).

des programmes et la promesse d'une qualité de vie et d'un monde meilleur imposés sous peine de refus à toute forme d'élargissement... Les autorités ne tiennent pas à soumettre ce genre d'appel d'offres.

4. LE COMPORTEMENT CRIMINEL NE RELÈVE PAS D'UNE MALADIE

Si, pour certaines personnes condamnées à une peine d'incarcération, les programmes peuvent avoir un impact sur leur comportement et être axés sur une durée ignorée de tous, croire qu'ils ont la capacité de transformer la décision de poser ou non un geste criminel relève plus de la propagande d'État que d'une publicité pour un quelconque produit de consommation. L'alcoolisme, au même titre que toute autre forme d'accoutumance, ne se guérit pas, il se contrôle avec tout ce que cela implique comme rechutes possibles. Il en va de même pour une majorité de délinquants sexuels, de trafiquants de drogue ou de fraudeurs. Même avec la meilleure intention, cela ne se soigne pas. Ce n'est pas non plus une maladie comme le cancer de la prostate ou des poumons ni une anomalie cérébrale qui, en soi, serait beaucoup plus acceptable pour le commun des mortels ou pour de nombreux experts enclins à rejeter la faute sur la paupérisation des classes sociales, les troubles mentaux et à travers eux, sur cette génitrice responsable de tous les maux relevant du dictionnaire freudien, la mère du sujet²⁴⁸, que de dire qu'il y a un plaisir incommensurable à transgresser violemment ou non des interdits.

Dans ce monde où les valeurs sociales sont loin d'être acquises par tout un chacun, tuer, violer, rouer de coups, voler, frauder ou trafiquer constitue des actions relevant d'une décision arrivée à maturation selon les circonstances entourant la cible, les lieux, le moment choisi et l'interprétation propre à chaque délinquant (distorsions cognitives servant à l'analyse du profil criminel une fois la personne arrêtée, reconnue coupable puis condamnée)²⁴⁹. Une décision prise avec l'intime conviction qu'elle restera à jamais

248. Anderson, Lunnen et Ogles, 2010 ; Braun, Gurrera, Karel, Armesto et Moyce, 2009 ; Dowden, 2012 ; Garb et Boyle, 2014 ; Lambert, 2010 ; Latessa, 2012.

249. Cornish et Clarke, 2014 ; Farrell, 2011 ; Gelder et coll., 2014 ; Guls, 2009 ; Hochstetler, Copes et Williams, 2010 ; Oostermeijer et coll., 2017 ; Pickard, 2015 ; Reid et Dawes, 2010 ; Samenow, 2014 ; Seipel, 2010 ; Snook, Mandeep et Kavanagh, 2011.

impunie. Le contraire n'aurait en effet aucun sens et c'est en raison de cette détermination de passer outre les interdits, les risques encourus et leurs conséquences tant physiques que morales que l'accusé est jugé apte à subir son procès. En cas d'aliénation ou d'incapacité mentale à comprendre le pourquoi du comment plaidé par la défense, les auspices de la médecine et sa boîte à pharmacie – la psychiatrie – sont là pour y veiller sans pour autant, depuis Pinel, avoir réussi à guérir quiconque et encore moins lorsqu'il s'agit de comportements criminels²⁵⁰, le jargon psychiatrique jalonné par de trop nombreux diagnostics erronés²⁵¹, n'étant souvent que la face cachée d'affaires de moralité²⁵². Et même là, en admettant qu'un désordre psychiatrique puisse être causé par une anomalie de nature biologique, cela ne donnerait pas plus de poids au rapport d'expertise pour la simple et bonne raison qu'un tel constat annihilerait la notion de maladie mentale et, par conséquent, ne serait plus du ressort du psychiatre. La recherche médicale n'a elle-même jamais été en mesure de démontrer la nature biologique d'un quelconque désordre criminel²⁵³. Si l'on prend les homicides avec armes à feu, y compris les tueries de masse à répétition, les propos, loin d'être impartiaux²⁵⁴, demeurent les mêmes : *le tueur fou... personnalité antisociale, individu pris d'une rage meurtrière abat de sang-froid... profil psychotique, le précité aurait un sévère trouble d'adaptation... des délires hallucinatoires... des symptômes mégalomaniaques... des troubles schizophréniques...* Au regard de la littérature les concernant, moins de 1 % sont perpétrés par des personnes souffrant de troubles mentaux²⁵⁵.

Bien des événements, sans aucun lien avec une approche dite thérapeutique, peuvent conduire un délinquant à abandonner purement et simplement son mode de vie : trouver un emploi qui puisse réellement l'intéresser ; fonder une famille ; découvrir l'âme sœur ; être soudainement en proie à une crise existentielle lorsque frappé par une grave maladie ou à l'impossibilité d'aller se recueillir sur la tombe d'un être cher parce qu'incarcéré ; à la perte

250. Breggin, 2009 ; Cooper, 2014 ; Covey, 2011 ; Davies, 2013 ; Gori, 2013 ; Jacobs, 2016 ; Lane, 2009 ; Szasz, 2008 ; Valenstein, 2002.

251. Un diagnostic sur trois, notamment lors d'évaluations pour pédophilie (Mokros, Habermeyer et Küchenhoff, 2018).

252. Kirk et Kutchins, 2003 ; McCann, Shindler et Hammond, *supra* note 163.

253. Bachand, 2013 ; Farrell, 2011 ; Ronel, 2011 ; Tihiou et coll., 2015.

254. Fernandez, Leze et Strauss, 2010 ; Philippe et Ouss, 2016.

255. Bensimon, 2018 ; Knoll et Annas, 2016.

de libido liée à l'inexorable : l'âge ; à un nouvel environnement loin de ses pairs aux influences criminogènes ou à Dieu. Apprendre. Apprendre est au cœur de l'homme, encore faut-il qu'il en ressente le besoin, or tout cela ne peut se négocier tant et aussi longtemps que la personne ne l'aura pas décidé ni touché le fond du baril²⁵⁶. Le changement, si volonté il y a, ne s'opérera qu'après de longues années, acculé aux aléas de la vie et à la mise à l'épreuve une fois libéré au beau milieu de la foule, pas avant.

Au cœur de la cité, la prison n'est qu'un outil tout comme le sont les tribunaux ou la police et guère *la* solution ; elle n'est pas non plus la panacée aux auteurs de crimes, mais construite dans l'espoir que ceux qui l'habitent *provisoirement* n'y remettent jamais plus les pieds. L'application de ces programmes n'est là que pour légitimer humainement l'enfermement au-delà de son aspect purement punitif, même si une prison n'est rien d'autre qu'une prison, revêtue d'une architecture aussi moderne soit-elle.

4.1 L'arbre qui cache la forêt

Soumis en permanence à mille tentations, poser des gestes criminels, quelle que soit leur nature, relève de ces mêmes besoins, de ces mêmes envies inassouplies venues de la nuit des temps. Fuir la routine, la morosité d'une existence semblant dénuée d'actions en employant la force et la ruse, le plaisir immédiat au jour le jour, en s'enivrant d'un sentiment de liberté au mépris d'autrui, en dépensant sans compter, en jouissant à travers toutes sortes d'excès, en arrachant, en se servant, en clamant haut et fort sa toute-puissance, seul ou avec d'autres. Principe du verre incassable qui tombe et finit par implorer à la dixième fois.

Au sombre constat des taux réels de réarrestations un peu partout en Occident, d'une dissuasion toute relative quant à l'image de la prison à l'aube de ce premier quart du XXI^e siècle, des courtes peines imposées par les tribunaux et sans grand effet sur le condamné, puis du très faible pourcentage de dossiers résolus par la police, pouvons-nous encore employer les mots « récidive » et « récidiviste » lorsque l'arbre qui cache la forêt n'est trop souvent qu'un comportement criminel en continu dévoilé et mis en

256. Bensimon, 2012^c ; Latessa, 2012 ; Van Voorhis et Salisbury, 2016.

lumière par la seule arrestation du contrevenant et non, tel que trop souvent interprété de part et d'autre, un épisode circonstanciel ou une erreur de parcours dans une trajectoire donnée ?

Références

- Above Ground. (2018). *Anti-Corruption and Export Development Canada*, 14 pages.
- Acr, K. M. L. (2018). *Pharmaceutical Counterfeiting: Endangering Public Health, Society and the Economy*. Fraser Institute. Vancouver: BC.
- Allen, M. (2018). *Statistiques sur les crimes déclarés par la police au Canada*, 2017. Juristat, 53 pages.
- Alper, M., Durose M. R. et Markman, J. (2018). *2018 Update on prisoner recidivism: A 9-year follow-up period (2005-2014)*. U.S. Department of Justice Statistics.
- Alvazi del Frate, A. (2010). "Crime and criminal justice statistics challenges". In S. Harrendorf, M. Heiskanen, & S. Malby (Eds.), *International Statistics on crime and justice*, European Institute Crime Prevention and Control, Helsinki.
- Anderson, T., Lunnen, K. M. et Ogles, B. (2010). "Putting models and techniques in context". In B.L. Duncan, S.D. Miller, B.E. Wampold & M.A. Hubble (Eds.), *The heart & soul of change: Delivering what works in therapy* (2nd ed.), Washington DC: American Psychological Association, p. 143-166.
- Andrews, D. A. et Bonta, J. (2016). *The psychology of criminal conduct*, (6th ed.), New York: Routledge.
- Andrews, D. A. et Dowden, C. (2006). Risk principle of case classification in correctional treatment: A meta-analytic investigation. *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology*, 50(1), p. 88-100.
- Apel, R. et Sweeten, G. (2010). The Impact of Incarceration on Employment during the Transition to Adulthood. *Social Problems*, 57(3), p. 448-479.

- Asmann, P. (2018). Suspension of entire local police force shows depth of Mexico corruption. *Insight crime*.
- Australian Government. (2018). *Report on Government Services 2018. Part C: Released on 25 January 2018*.
- Bachand, A. (2013). *L'imposture de la maladie mentale. Critique du discours psychiatrique*. Montréal. Éditions Liber.
- Bacon, A. M. et Regan, L. (2016). Manipulative relational behaviour and delinquency: sex differences and links with emotional intelligence. *The Journal of Forensic Psychiatry & Psychology*, 27(3), p. 331-348.
- Baker, M. (2016). 1,500 scientists lift the lid on reproducibility. *Nature*, 533, p. 452-454.
- Barbaree, H., Langton, C. et Peacock, E. (2006). "Sexual treatment for psychopaths: Is it harmful?" In C. R. Hollin & M. McMurran (Eds.), *Sexual offender treatment: Controversial issues*, Chichester, NH: John Wiley & Sons, p. 159-171.
- Barnett, G. D. et Fitzalan Howard, F. (2018). What doesn't work to reduce reoffending? A review of reviews of ineffective interventions for adults convicted of crimes. *European Psychologist*, 23(2), p. 111-129.
- Baudoin, L., Hæffner-Cavaillon, N., Pinhas, N., Mouchet, S. et Kordon, C. (2004). Indicateurs bibliométriques : Réalités, mythes et prospective. *Médecin Sciences*, 20(10), p. 909-915.
- Bellot, S. (1985). Les auteurs de vols à main armée à Montréal : une typologie empirique. *Criminologie*, 18(2), p. 35-45.
- Belur, J., Thornton, A., Tompson, L., Manning, M., Sidebottom, A. et Bowers, A. (2017). *A systematic review of the effectiveness of the electronic monitoring of offenders*. London, UK: What Works Centre for Crime Reduction.
- Bensimon, P. (2018). Le registre des armes à feu : cafouillage ou réalité politique ? *Délinquance, justice et autres questions de société*, p. 1-18.

- Bensimon, P. (2016). Et si tous ces programmes entourant la réinsertion des détenus ne servaient à rien ? (2016), *Délinquance, justice et autres questions de société*, 199, p. 1-47.
- Bensimon, P. (2012^a). La contrefaçon dans toute son étendue, dans *Vrai ou faux ?* Montréal. Éditions Guérin, p. 89-125.
- Bensimon, P. (2012^b). *Profession : criminologue. Analyse clinique et relation d'aide en milieu carcéral* (2^e éd.). Montréal, Québec. Éditions Guérin.
- Bensimon, P. (2012^c). « Un phénomène encore peu exploré : la désistance », dans P. Mbanzoulou, M. Herzog-Evans et S. Courtine, *Insertion et désistance des personnes placées sous-main de justice*, Paris, Éditions L'Harmattan, p. 122-136.
- Bensimon, P. (2010^a). *Profil du criminel condamné pour meurtre(s) et qui récidive dans un crime de même nature alors qu'il était déjà sous surveillance dans la communauté*. Ottawa. Service correctionnel Canada. B-50, 20 pages.
- Bensimon, P. (2010^b). La récidive : un mot qui en cache un autre. *Institut national des hautes études de sécurité et de la justice* (INHESJ), 12, p. 101-115.
- Berghuis, M. (2018). Reentry programs for adult male offender recidivism and reintegration: A systematic review and meta-analysis. *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology*, 62(14), p. 1-22.
- Blagden, N., Winder, B., Gregson, M. et Thorne, K. (2014). Making Sense of Denial in Sexual Offenders: A Qualitative Phenomenological and Repertory Grid Analysis. *Journal of Interpersonal Violence*, 29(9), p. 1698-1731.
- Blais, A. (2015). Surpopulation carcérale : des agents inquiets malgré des améliorations. *La Presse*. Montréal.
- Blanco, F. et Matute, H. (2018). "The illusion of causality: A cognitive bias underlying pseudoscience". In A. B. Kaufman & J. C. Kaufman (Eds.), *Pseudoscience: The conspiracy against science*. Cambridge, MA, MIT Press, p. 45-75.

- Blasko, B. L. et Jeglic, E. L. (2014). Clinician Ratings of Client Progress in a Therapeutic Community Treatment Setting: Do Ratings Predict Outcomes? *Sexual Abuse: A Journal of research and Treatment*, 53(4), p. 253-272.
- Boisvert, A. M. L., Dent, P. et Quraishi, O. B. (2014). *La corruption au Canada : définition et exécution*. Sécurité publique Canada. Rapport n° 46.
- Bonn, S. (2014). *Why we love serial killers*. New York: NY. Skyhorse Publishing.
- Bouchard, M., Morselli, C., Hashimi, S. et Ouellet, M. (2017). *Pourcentage d'incidents criminels associés au crime organisé*. Sécurité publique Canada. Rapport de recherche 2015-R023.
- Bouché, V. (2017). *An empirical analysis of the intersection of organized crime and human trafficking in the United States*. National Criminal Justice Reference Service (NCJRS). Washington D.C., 114 pages.
- Boyce, J. (2013). Statistiques sur les tribunaux de juridiction criminelle pour adultes au Canada, 2011-2012. *Juristat*, 31 pages.
- Brandt, M. J., Reyna, C., Chambers, J. R., Crawford, J. T. et Wetherell, G. (2014). The ideological-conflict hypothesis: Intolerance among both liberals and conservatives. *Current Directions in Psychological Science*, 23(1), p. 27-34.
- Braun, M. R., Gurrera, R., Karel, R., Armesto, M. et Moye, J. (2009). Are clinician's ever biased in their judgments of the capacity of older adult's to make medical decisions? *Generations*, 33(1), p. 78-91.
- Breggin, P. R. (2009). *Medication madness: The role of psychiatric drugs in cases of violence, suicide, and crime*. New York: St. Martin's Press.
- Brennan, S. (2012). *Statistiques sur les crimes déclarés par la police au Canada, 2011*. *Juristat*, 41 pages.

- Brinke, L.T., Stimson, D. et Carney, D. R. (2014). Some evidence for unconscious lie detection. *Psychological Sciences*, 25(5), p. 1098-1105.
- Brooks-Gordon, B., Bilby, C. et Wells, H. (2006). A systematic review of psychological interventions for sexual offenders I: Randomized control trials. *The Journal of Forensic Psychiatry & Psychology*, 17(3), p. 442-466.
- Brown, S. J., et Tully, R. J. (2014). Components underlying sex offender treatment refusal: An exploratory analysis of the Treatment Refusal Scale-Sex Offender version. *Journal of Sexual Aggression: An international, interdisciplinary forum for research, theory and practice*, 20(1), p. 69-84.
- Bureau de l'enquêteur correctionnel. (2017). *Le rapport annuel de l'enquêteur correctionnel met l'accent sur les conditions d'incarcération*. Gouvernement du Canada.
- Bureau du Directeur parlementaire du budget (DPB). (2018). *Mise à jour sur les coûts d'incarcération*. Ottawa.
- Bureau du vérificateur général du Canada. (2018). *Rapport 6 – La surveillance dans la collectivité – Service correctionnel Canada*.
- Bureau du vérificateur général du Canada. (2015). *Rapport 6 – La préparation des détenus à la mise en liberté – Service correctionnel Canada*. Ottawa.
- Bykos, L. (2017). It's not just the RCMP: Police culture is toxic. *The Globe and Mail*.
- Byrne, J. et Hummer, D. (2016). An examination of the impact of criminological theory on community corrections practice. *Federal Probation*, 80(3), p. 15-25.
- Caballero-Reynolds, A. (2018). Le FMI va évaluer de manière « plus systématique » la corruption. *La Presse*.
- Campbell, K. (2018). Getting past the criminal record. *The Canadian HR Reporter*.

- Canada. Ministère de la Justice. (2017). Précis des faits. *La détermination de la peine au Canada*.
- Casavant, L. (2016). *L'Enquête sociale générale, un instrument pour élucider le « chiffre noir » de la criminalité – mise à jour*. Notes de la Colline. Recherches et analyses de la bibliothèque du Parlement du Canada.
- Case, P. (2016). Dangerous Liaisons? Psychiatry and Law in the Court of Protection – Expert Discourses of ‘Insight’ (and ‘Compliance’). *Medical Law Review*, 24(3), p. 360-378.
- Casoni, D. (2007). Enjeux contre-transférentiels dans le traitement du délinquant. *Topique*. 2(99), p. 79-86.
- Cassara, J. A. (2016). *Trade-Based Money Laundering: The Next Frontier in International Money Laundering*. Hoboken, NJ: Wiley.
- Ceci, S. J. et Williams, W. M. (2017). “Socio-political values infiltrate the assement of scientific research”. In J. T. Crawford et L. Jussim (Eds.), *Political of social psychology*, New York: Routledge, p. 156-167.
- Center for Study of Democracy. (2010). “Organised crime, corruption and public bodies”. In *Examining the limits between organised crime and corruption*, p. 69-112.
- Charbonneau, F. et Lachance, R. (2015). *Rapport final de la Commission d'enquête sur l'octroi et la gestion des contrats publics dans l'industrie de la construction*, Québec.
- Charette, Y. (2016). L'impact des expériences d'impunité sur les risques de récidive pénale, *Canadian Journal of Criminology and Criminal Justice*, 58(4), p. 565-597.
- Charles, K. et Murray, J. (2010). Influencing expert judgment: Attributions of crime causality. *Legal and Criminological Psychology*, 16(1), p. 126-143.

- Chossudovsky, N. (2016), *La corruption à l'assaut des États. Comment les mafias gangrènent l'économie mondiale*, Centre de recherche sur la mondialisation.
- Clarke, P. (2016). Drugs & Thugs: Funding Terrorism through Narcotics Trafficking. *Journal of Strategic Security*, 9(3), p. 1-15.
- Code criminel* (Canada). L.R.C. (1985), ch. C-46. Dernière modification 2018-12-18.
- Commission des libérations conditionnelles du Canada. (2018). *Rapport de surveillance du rendement 2016-2017*. Ottawa.
- Commission des libérations conditionnelles du Canada. (2015). *Lois et règlements*. Ottawa.
- Commission des libérations conditionnelles du Canada. (2013). *Rapport de surveillance du rendement 2012-2013*. Ottawa.
- Conroy, S. et Cotter, A. (2017). Les agressions sexuelles auto-déclarées au Canada, 2014. *Juristat*, 36 pages.
- Cornish, D. B. et Clarke, V. R. (2014). *The reasoning criminal: Rational choice perspectives on offending*. Piscataway, NJ: Transaction Publishers.
- Council of Economic Advisers. (2018). *Returns on Investments in Recidivism-reducing Programs*. The White House. Government of the United States, 28 pages.
- Cooper, R. (2014). *Diagnosing the diagnostic and statistical Manual of Mental Disorders*. London, UK: Karnak Books.
- Courrier international. (2018). Élections au Mexique. La corruption, au cœur de toutes les promesses.
- Covey, R. D. (2011). Temporary insanity: The strange life and times of the perfect defense. *Boston University Law Review*, 91, p. 1597-1668.

- Coyne, C. J. et Hall, A. R. (2017). Four decades and counting : The Continued Failure of the War on Drugs. *Policy Analysis*, 811, p. 1-28.
- Craissati, J. (2015). Should we worry about sex offenders who deny their offences? *Probation Journal*, 62(4), p. 395-405.
- Crewe, B., Liebling, A. et Hulley, S. (2015). Staff-prisoner relationships, staff professionalism, and the use of authority in public and private-Sector. *Prisons Law & Social Inquiry*, 40(2), p. 309-344.
- Crocker, A. G., Seto, M. C., Nicholls, T. L. et Côté, G. (2013). *Description and processing of individuals found not criminally responsible on account of mental disorder accused of serious violent offences*. Justice Canada, 41 pages.
- Dandurand, Y., Griffiths, C. T., Murdoch, D. et Brown, R. E. (2008). *Failed social reentry: Factors behind Conditional Release Violations, Suspensions and Revocations*. Vancouver, BC: The International Centre for Criminal Law Reform and Criminal Justice Policy, 33 pages.
- David, J. D. (2017). L'homicide au Canada, 2016. *Juristat*, 25 pages.
- David, M. (1980). Pas de solution miracle. Le Québec champion des vols à main armée. *Le Soleil*, 246.
- Davies, J. (2013). *Cracked: Why Psychiatry is Doing More Harm Than Good*. New York, NY: Pegasus Book.
- Dawes, R. M., Faust, D. et Meehl, P. E. (1993). "Statistical prediction versus clinical prediction: Improving what works". In G. Keren & C. Lewis (Eds.), *A handbook for data analysis in the behavioral sciences: Methodological issues*. Hillsdale, NJ: Lawrence Erlbaum, p. 351-367.
- Décary-Hétu, D. et Aldridge, J. (2015). Sifting through the net: Monitoring of online offenders by researchers. *The European Review of Organized Crime*, 2(2), p. 122-141.

- Decryptnewsonline. (2014). *Déchets toxiques, pollution et crime organisé*, en ligne : <http://www.decryptnewsonline.com/2014/08/dechets-toxiques-pollution-et-crimeorganise.html>
- DeLisi, M. (2005). *Career criminals in society*. Thousand Oaks, CA: SAGE.
- Department of Corrections. (2018). *Annual report 1 July 2017 – 30 June 2018*. Wellington: New Zealand Government, 130 pages.
- Desjardins, P. (2009). Le psychologue expert devant les tribunaux. *Psychologie*, 26(5), p. 11-13.
- Dignard, H. (2014). *Des clés pour une juste compréhension des résultats du PEICA en matière de littératie*. Institut de coopération pour l'éducation des adultes.
- Downen, D. P. (2012). The failure of correctional counseling and re-entry. *Correction.com*.
- Draaisma, M. (2008). Union calls for more guards at Ontario prisons amid growing number of assaults. *CBC News*.
- Dressel, J. et Farid, H. (2018). The accuracy, fairness, and limits of predicting recidivism. *Science Advances*, 4(1), sp.
- Dubé, R. et Garcia, M. (2017). La construction politique des attentes victimaires dans les débats parlementaires entourant la création de la loi pénale. *Champ pénal*, XIV.
- Dufresne, M. et Robert, D. (2008). Les effets de vérité du discours de l'ADN pénal au Canada. *Criminologie*, 41(1), p. 83-102.
- Duijn, P. A. C., Kashirin, V. et Slood, P. M. A. (2014). The Relative Ineffectiveness of Criminal Network Disruption. *Scientific Reports*, 4(4238), p. 1-15.
- Dunbar, L. (2017). *Gangs de jeunes au Canada : examen des questions et enjeux actuels*. Sécurité publique Canada. Ottawa. Rapport de recherche 2017-R001, 33 pages.

- Duncan, L. et Brown, S. (2018). *Adult and Youth Reoffending in Northern Ireland (2015/16 Cohort)*. UK Department of Justice. Analytical Service Group, 27 pages.
- Durkheim, E. (2013). *Les règles de la méthode sociologique* (1895 – 14^e édition). Paris. Les Presses universitaires de France.
- Durose, M. R., Cooper, A. D. et Snyder, H. N. (2014). *Recidivism of prisoners released in 30 states in 2055: Patterns from 2005 to 2010*. U.S. Department of Justice (BJS), 30 pages.
- Duwe, G. (2017). *Rethinking Prison: A strategy for evidence-based reform*. American Enterprise Institute (AEI), 36 pages.
- Dwoskin, E. et Adam, K. (2017). More than 150 countries affected by massive cyberattack, Europol says. *The Washington Post*.
- Economist The. (2018). *Crypto money-laundering*, en ligne : <https://www.economist.com/finance-and-economics/2018/04/26/crypto-money-laundering>
- Ehrenfreund, M. (2014). Rapist are rarely prosecuted and almost never convicted. *Washington Post*.
- Experian. (2018). *The 2018 Global Fraud and Identity Report*, 15 pages.
- Fanelli, D. (2018). Is science really facing a reproducibility crisis, and do we need it to? *PNAS*, 115(11), p. 2628-2631.
- Farrel, G. et Birks, D. (2018). Did cybercrime cause the crime drop? *Crime Science*, 7(1), p. 1-4.
- Farrell, H. M. (2011). Dissociative identity disorder: No excuse for criminal activity. *Current Psychiatry*, 10(6), p. 33-40.
- Fazel, F. et Wolf, A. (2015). A Systematic Review of Criminal Recidivism Rates Worldwide: Current Difficulties and Recommendations for Best Practice. *Plos ONE*, 10(6).
- Felbab-Brown, V. (2018). “The treath of illicit economies and the complex relations with state and society”. In V. Comoli (Eds.),

Organized crime and illicit trade, UK, Palgrave Macmillan, p. 1-21.

Fernandez, F., Leze, S. et Strauss, H. (2010). Comment évaluer une personne ? L'expertise judiciaire et ses usages moraux. *Cahiers internationaux de sociologie*, 1-2(128-129), p. 177-204.

Ferreira, R. (2015). The war on drugs addiction: The role of misinformation in the persistence of U.S. drug policy. *Revue européenne des sciences sociales*, 53(1), p. 265-291.

Feucht, T. et Holt, T. (2016). Does cognitive behavioral therapy work in criminal justice? A new analysis from CrimeSolutions.gov. *National Institute of Justice Journal*, 277, p. 10-17.

Fox, K. J. (2005). Coercing change: How institutions induce correction in the culture of self-change. *Ethnographies of Law and Social Control (Sociology of Crime Law and Deviance)*, 6, p. 105-119.

François, J. (1979). Pour une clinique alternative en milieu carcéral. *Déviance et société*, 3(2), p. 169-178.

Freestone, M. C., Wilson, K., Jones, R., Mikton, C., Milson, S., Sonigra, K., Taylor, C. et Campbell, C. (2015). The Impact on Staff of Working with Personality Disordered Offenders: A Systematic Review. *Plos ONE*, 10(8).

Furby, L., Weinrott, M. R. et Blackshaw, L. (1989). Sex offender recidivism: A review. *Psychological Bulletin*, 105(1), p. 3-30.

Gabor, T. (2016). *Coûts de la criminalité et des interventions du système de justice pénale. Rapport de recherche : 2015-R022*. Sécurité publique Canada, 45 pages.

Gaffiot, F. (1934). *Dictionnaire latin-français*. Paris, Hachette, p. 1318.

Garb, H. N. et Boyle, P. A. (2014). "Understanding why some clinicians use pseudo-scientific methods: Finding from research on clinical judgment". In S. O. Lilienfeld, S. J. Lynn

- & J. M. Lohr (Eds.), *Science and pseudoscience in clinical psychology* (2nd ed.). New York: Guilford Press, p. 17-38.
- Gatehouse, J. (2018). Acapulco's entire police force suspended in corruption probe as crime surges in Mexico. *The National Today*.
- Gaudet, M. (2018). Les crimes haineux déclarés par la police au Canada, 2016. *Juristat*, 34 pages.
- Gauthier-Duchesne, A., Hébert, M. et Daspe, M. E. (2017). Culpabilité chez les enfants victimes d'agression. *Criminologie*, 50(1), p. 181-201.
- Geest, van, V. R., Bijleveld, C. J. H., Blokland, A. A. J. et Nagin, D. S. (2016). The Effects of incarceration on longitudinal trajectories of employment: A follow-up in high-risk youth from ages 23 to 32. *Crime & Delinquency*, 62(1), p. 107-140.
- Gelder, van, J. L., Elffers, H., Reynaud, D. et Nagin, D. (2014). "Affect and cognition in criminal decision making: Between rational choices and lapses of self-control". In J. L. van Gelder, H. Elffers, D. Reynald & D. S. Nagin (Eds.), *Affect and cognition in criminal decision making*, New York: Routledge, p. 1-19.
- Gendarmerie royale du Canada. (2018^a). *Rapport annuel 2016-2017 de la Banque nationale de données génétiques du Canada*. Ottawa.
- Gendarmerie royale du Canada. (2018^b). *Personnes disparues*, en ligne : <http://www.rcmp-grc.gc.ca/fr/personnes-disparues>.
- Gibbons, C. (2018). State's GPS bracelet system inefficient, ineffective in monitoring offenders. *The Badger Herald*.
- Global Initiative against Transnational Organized Crime. (2016). *Development Responses to Organised Crime: An analysis and programme framework*. Geneva: Switzerland, 36 pages.
- Gori, R. (2013). *La fabrique des imposteurs*. Paris. Éditions Les liens qui libèrent.

- Gottfredson, M. R. et Hirschi, T. (2016). The criminal career perspective as an explanation of crime and a guide to crime control policy: The view from general theories of crime. *Journal of Research in Crime and Delinquency*, 53(3), p. 406-419.
- Gouvernement du Canada. (2018). *Légalisation et réglementation du cannabis*. Ministère de la Justice. Ottawa.
- Gouvernement du Canada. (2017^a). *La lutte du Canada contre la corruption transnationale. Dix-huitième rapport annuel au Parlement*. Affaires mondiales Canada.
- Gouvernement du Canada. (2017^b). *Signaler un cas de fraude, de collusion et de corruption dans des activités contractuelles menées avec le gouvernement*.
- Gouvernement du Canada. (2017^c). *Diminution du taux de criminalité et du nombre de placements en isolement préventif au Canada*. Sécurité publique Canada.
- Gouvernement du Canada. (2015). *Normes de qualification pour l'administration publique centrale. Rubrique WP*.
- Grandpré, de, H. (2013). Danger de sécurité « imminent » dans les pénitenciers fédéraux. *La Presse*.
- Gregory, A., Blair, J., Ffytche, D., Simmons, A., Kumari, V., Hodgins, S. et Blackwood, N. (2015). Punishment and psychopathy: a case-control functional MRI investigation of reinforcement learning in violent antisocial personality disordered men. *The Lancet Psychiatry*, 2(2), p. 153-160.
- Griffin, T., Pason, A., Wiecko, F. et Brace, B. (2016). Comparing criminologists' views on crime and justice issues with those of the general public. *Criminal Justice Policy Review*, 29(5), p. 443-463.
- Griffiths, C. T., Dandurand, Y. et Murdoch, D. (2007). *La réintégration sociale des délinquants et la prévention du crime*. Ottawa. Centre de prévention du crime (CNPC).

- Gul, S. (2009). An evaluation of rational choice theory in criminology. *Sociology and applied science*, 4(8), p. 36-44.
- Gyulai, L. (2017). Police corruption scandal: Montreal appears light-years behind on oversight measures. *The Gazette*.
- Hachey, I. (2013). Prisons pleines : les prisonniers deviennent itinérants. *La Presse*.
- Hall, T. (2018). *The economic geographies of organized crime*. New York: NY. Guilford Press.
- Harding, D. J., Jeffrey, J. D., Morenoff, D., Nguyen, A. P. et Bushway, S. D. (2017). Short-and long-term effects of imprisonment on future felony convictions and prison admissions. *PNAS*, 114(42), p. 11103-11108.
- Harkins, L., Howard, P., Barnett, G., Wakeling, H. et Miles, C. (2015). Relationships between denial, risk, and recidivism in sexual offenders. *Archives of Sexual Behavior*, 44(1), p. 157-166.
- Harris, K. (2018). Prison system failed to ensure security tests aren't racially biased against Indigenous inmates. *CBC News*.
- Harris, M. (2016). How bad is Canada's recidivism problem? Nobody knows. *Ipolitics*.
- Helmus, M. et Forrester, T. (2017). Validating the predictive Accuracy of the static factors assessment (SFA) risk scale for federally sentenced offenders in Canada. *Canadian Journal of Criminology & Criminal Justice*, 59(1), p. 1-25.
- Higgins, J. P. T. et Green, S. (2011). "Assessing risk of bias in included studies". In *Cochrane Handbook for Systematic Reviews of Interventions*, 8(1), p. 8-53.
- Hilton, N. Z. et Simmons, J. L. (2001). The Influence of Actuarial Risk Assessment in Clinical Judgments and Tribunal Decisions about Mentally Disordered Offenders in Maximum Security. *Law and Human Behavior*, 25(4), p. 393-408.

- Ho, D. K. (2015). Ineffective treatment of sex offenders fails victims. *The British Medical Journal*, 23.
- Hochstetler, A., Copes, H. V. et Williams, J. P. (2010). "That's not who I am." How offenders commit violent acts and reject authentically violent selves. *Justice Quarterly*, 27(4), p. 492-516.
- Hogg, C. (2015). The insanity defence: An argument for abolition. *The Journal of Criminal Law*, 79(4), p. 231-233.
- Holmes, T. E. (2015). *Credit card fraud and ID theft statistics*. Nasdaq.
- Humphreys, A. (2018). When cops can't convict a 'top mafia boss', they turn to desperate measures. *The National Post*.
- Hunt, K. S. et Dumville, R. (2016). *Recidivism among federal offenders: A comprehensive overview*. United States Commission Sentencing. Washington DC., 55 pages.
- Ibrahim, D. et Burczycka, M. (2016). La violence familiale au Canada : un profil statistique, 2014. *Juristat*, 87 pages.
- Imrey, P. B. et Dawid, P. A. (2015) A Commentary on Statistical Assessment of Violence Recidivism Risk. *Statistics and Public Policy*, 2(1), p. 1-18.
- Inbar, Y. et Lammers, J. (2012). Political diversity in social and personality psychology. *APS*, 20(10), p. 1-8.
- International Drug Policy Consortium. (2018). Taking stock: A decade of drug policy. 129 pages.
- International Fund for Animal Welfare (IFAW). (2013). *La nature du crime : répercussions du commerce illicite d'espèces sauvages sur la sécurité mondiale*, 32 pages.
- International Monetary Fund. (2016). *Corruption: Costs and mitigating strategies*. IMF staff discussion note, 43 pages.
- Jackman, T. (2016). Study finds police officers arrested 1,100 times per year, or 3 per day, nationwide. *The Washington Post*.

- Jacobs, D. H. (2016). "American medical psychiatry: A contemporary case of Lysenkoism". In D. Holmes & J. D. Jacob (Eds.), *Power and the psychiatric apparatus: Repression, Transformation and Assistance*, Burlington, VT: Ashgate Publishing Company, p. 287-296.
- Jarving, C. et Young, L. (2017). Who's watching? Ontario's probation system 'a joke,' say offenders. *Global News*.
- Jaschik, S. (2017). Professors and politics: What the research says. *Inside Higher Ed*.
- Jasper, J. D. (2018). Business cartels and organized crime: Exclusive and inclusive systems of collusion. *Trends in Organized Crime*, 21(73), p. 215-313.
- Juillard, M. et Timbart, O. (2018). Les condamnations pour violences sexuelles. *Infostat Justice*, 164, p. 1-8.
- Jupe, L., Akehurst, L., Vernham, Z. et Allen, J. (2016). Teenage Offenders' Ability to Detect Deception in Their Peers. *Applied Cognitive Psychology*, 30(3), p. 401-408.
- Kalmbach, K. C. et Lyons, M. P. (2006). Unique nature of forensic mental health practice. *Applied Psychology in Criminal Justice*, 2(3), p. 261-290.
- Kassab, H. S. et Rosen, J. D. (2018). *Illicit markets, organized crime, and Global security*. Philadelphia: PA. Palgrave Macmillan.
- Keighley, K. (2017). *Statistiques sur les crimes déclarés par la police au Canada, 2016*. *Juristat*, 56 pages.
- Kendall, K. (2004). "Dangerous thinking: A critical history of correctional cognitive behaviouralism". In G. Mair (Eds.), *What matters in probation*, Cullompton, UK: Willan Publishing, p. 90-121.
- Kenworthy, T., Adams, C. E., Bilby, C., Brooks-Gordon, B. et Fenton, M. (2008). Psychological interventions for those who have sexually offended or are at risk of offending. *Cochrane Library*, 8(4), sp.

- Kim, B., Benekos, P. J., et Merlo, A. V. (2016). Sex Offender Recidivism Revisited: Review of Recent Meta-analyses on the Effects of Sex Offender Treatment. *Trauma, Abuse & Violence*, 17(1), p. 105-117.
- Kirk, S. A. et Kutchins, H. (2003). "Diagnosing the psychiatric bible". In *Making us crazy: The psychiatric bible and the creation of mental disorders*, (2nd ed.), New York: Free Press, p. 238-265.
- Knoll, J. L. et Annas, G. D. (2017). "Mass shootings and mental illness". In L. H. Gold et R. I. Simon (Eds.), *Gun violence and mental illness*, Arlington, VA: American Psychiatric Publishing, p. 81-104.
- Koppen, Vere Van, M., Poot, C. J. de et Blokand, A. J. (2010). Comparing Criminal Careers of Organized Crime Offenders and General Offenders. *European Journal of Criminology*, 7(5), p. 356-374.
- Kühberger, A., Fritz, A., Lerner, E. et Scherndl, T. (2015). The significance fallacy in inferential statistics. *BMC Research Notes*, 8, 84 pages.
- Kusch, L. (2015). Province tackles worrisome rates of incarceration 70 per cent of provincial inmates awaiting trial. *Winnipeg Free Press*.
- L'Enquêteur correctionnel Canada. (2015). *Rapport annuel du bureau de l'enquêteur correctionnel 2014-2015*. Ottawa.
- L'Institut professionnel de la fonction publique du Canada. (2015). *Un nouveau sondage révèle que la plupart des scientifiques fédéraux estiment ne pas être en mesure de parler, même s'il y a des risques pour la santé ou la sécurité publique*, 7 pages.
- Lageson, S. et Uggen, C. (2013). "How work affects crime and crime affects work over the life course". In C. L. Gibson, & M. D. Krohm (Eds.), *Handbook of life course criminology: Emerging trends and directions for future research*. New York, NY: Springer, p. 201-212.

- Lalande, P., Pelletier, Y. et Dolmaire, P. (2015). *La récidive / reprise des sortants de prison de 2007-2008 en fin de peine continue*. Ministère de la Sécurité publique du Québec, 25 pages.
- Lambert, M. J. (2010). "Yes, it is time for clinicians to routinely monitor treatment outcomes". In B. Ducan (Eds.), *The heart and soul of change: Delivering what works in therapy* (2nd ed.), Washington, DC: American Psychology Association, p. 239-266.
- Lampe, K. V. (2016). *Organized crime: Analyzing illegal activities, criminal structures, and extra-legal governance*. Thousand Oaks, CA: SAGE.
- Lane, C. (2009). *Comment la psychanalyse et l'industrie pharmaceutique ont médicalisé nos émotions* (trad. de l'anglais en 2007). Paris. Flammarion.
- Langlois, M. C. (2012). *Analphabétisme et littératie au Canada*. Parlement du Canada. Note de la Colline n° 2012-46-F.
- Långström, N., Enebrink, P., Laurén, E. M., Lindblom, J., Werkö, S. et Hanson, K. (2013). Preventing sexual abusers of children from reoffending: systematic review of medical and psychological interventions. *The British Medical Journal*, (7924), p. 1-11.
- Langton, J. (2015). *Mafia contre Hells : une guerre froide ?* Montréal. Les éditions au carré.
- Latessa, E. J. (2012). Evaluating correctional programs. *Resource Material Series*, 88, p. 64-76.
- Latessa, E. J. (2012). Why work is important, and how to improve the effectiveness of correctional re-entry programs that target employment. *Criminology and Public Policy*, 11(1), p. 87-91.
- Latessa, E. J., Listwan, S. J. et Kœtzle, D. (2015). "What doesn't work: Ineffective approach and correctional quackery". In *What Works (and doesn't) in reducing recidivism*. New York: Routledge.
- Lavoie, C. (2008). *L'expert : son rapport et son témoignage*. Montréal. Éditions Yvon Blais.

- Leclerc, C. (2012). Explorer et comprendre l'insatisfaction du public face à la « clémence » des tribunaux. *Champ pénal*, IX.
- Lemieux, F. (2005). De la police guidée par le renseignement à la complexité des appareils policiers : les limites de l'usage des renseignements dans la conduite des affaires policières. *Criminologie*, 38(2), p. 65-89.
- Lisak, D. et Miller, P. M. (2002). Repeat rape and multiple offending among undetected rapists. *Violence and Victims*, 17(1), p. 73-84.
- Lowenkamp, C. T., Latessa, E. J. et Holsinger, A. (2006). The risk principle in action: What have we learned from 13,676 cases and 97 correctional programs? *Crime and Delinquency*, 52(1), p. 77-93.
- Lucken, K. M. (2017). "Evaluating punishment: what works and the pursuit of effectiveness." In *Rethinking punishment: Challenging conventions in research and policy*. New York: Routledge, p. 115-142.
- Ludici, A., Salvini, A., Faccio, E. et Castelnuovo, G. (2015). The Clinical Assessment in the Legal Field: An Empirical Study of Bias and Limitations in Forensic Expertise. *Frontiers in Psychology*, 6(1831).
- Lussier, P. (2010). Trajectoires criminelles et récidive des délinquants sexuels adultes : l'hypothèse statique revue et corrigée. *Criminologie*, 43(2), p. 269-302.
- MacDougall, A. J. et Bull, R. (2014). Detecting truth in suspect interviews: the effect of use of evidence (early and gradual) and time delay on Criteria-Based Content Analysis, Reality Monitoring and inconsistency within suspect statements. *Psychology, Crime & Law*, 21(6), p. 514-530.
- Maes, E., Mine, B. et Robert, L. (2015). *La récidive après une décision judiciaire. Des chiffres nationaux sur la base du Casier judiciaire central*. Bruxelles. Institut National de Criminalistique et de Criminologie. Direction Opérationnelle de Criminologie, 38, 16 pages.

- Maggioncalda, E. C. (2007). *Inmate motivations to participate in prison programs: Are they related to actual participation?* Ann-Arbor, MI: University of Michigan Press.
- Mahony, T. H. et Turner, J. (2010). Les taux de classement des affaires déclarées par la police au Canada, 2010. *Juristat*, 24 pages.
- Maisonneuve, H. (2016). Peut-on croire les publications ? Biais et embellissements polluent la science. *Science et pseudo-sciences*, 318, p. 1-8.
- Malakieh, J. (2018). Statistiques sur les services correctionnels pour les adultes et les jeunes au Canada. *Juristat*, 22 pages.
- Marcoux, J. et Barghout, C. (2015). Manitoba jails bursting at the seams even though crime rates continue to fall. CBC News.
- Martin, N. D., Rigoni, D. et Vohs, K.D. (2017). Free will beliefs predict attitudes toward unethical behavior and criminal punishment. *PNAS*, 114(78), p. 7325-7330.
- Maslov, A. (2016). *Mesure du rendement des services de police : Point de vue du public*. Sécurité publique Canada. Rapport de recherche 2015-R034, 67 pages.
- Masters, J. (2017). *U.S. gun policy: global comparisons*. Council for Foreign Relations.
- May, C. (2017). *Transnational crime and the developing world*. Global Financial Integrity. Washington, DC., 147 pages.
- McCann, J. T., Shindler, K. L. et Hammond, T. R. (2004). "The science and pseudoscience of expert testimony". In O. Scott et al., (Eds.), *Science and pseudoscience in clinical psychology*, New York: Guilford Publications, p. 77-108.
- Mendel, R., Traut-Mattausch, Jonas, E. et Leucht, S. (2011). Confirmation bias: why psychiatrists stick to wrong preliminary diagnoses. *Psychological Medicine*, 41(12), p. 2651-2659.

- Mews, A., Bella, L. Di. et Purver, M. (2017). *Impact evaluation of the prison-based Core Sex Offender Treatment Programme*. Ministry of Justice. London: UK. Ministry of Justice Analytical Series.
- Miladinovic, Z. et Mulligan, L. (2015). L'homicide au Canada, 2014. *Juristat*, 45 pages.
- Millaud, F. et Dubreucq, J. L. (2012). Les outils d'évaluation du risque de violence : avantages et limites. *L'information psychiatrique*, 88, p. 431-437.
- Miller, L. (2009). Family survivors of homicide: Symptoms, syndromes, and reaction patterns. *The American Journal of Family Therapy*, 37(1), p. 67-79.
- Ministère de la Justice. (2017). *Les chiffres-clés de la Justice 2017*. Sous-direction de la Statistique et des Études. Paris.
- Ministère de la Justice Canada. (2017). *Jordan : Statistiques relatives aux délais au sein du système de justice pénale. Précis des faits*, p. 1-7.
- Ministère de la Sécurité communautaire et des Services correctionnels de l'Ontario. (2015). *Conseil consultatif communautaire – Rapport annuel Centre de détention d'Ottawa-Carleton*. Ottawa.
- Ministère de la Sécurité publique du Québec. (2015). *Rapport de l'Ombudsman correctionnel du Québec*. Direction générale des services correctionnels.
- Ministère de la Sécurité publique du Québec. (2011). *Statistique 2009 sur la criminalité au Québec*.
- Mokros, A., Habermeyer, E. et Küchenhoff, H. (2018). The uncertainty of psychological and psychiatric diagnoses. *Psychological Assessment*, 30(4), p. 556-560.
- Monde, Le. (2016). *La contrefaçon, un marché de près de 500 milliards par an*.

- Moore, C. et Pierce, L. (2016). Reactance to Transgressors: Why Authorities Deliver Harsher Penalties When the Social Context Elicits Expectations of Leniency. *Frontiers in Psychology*.
- Mori, T., Takahashi, M. et Kroner, D. G. (2017). Can unstructured clinical risk judgment have incremental validity in the prediction of recidivism in a non-Western juvenile context? *Psychological Services*, 14(1), p. 77-86.
- Morris, N. (2013). 100,000 assaults: 1,000 rapists sentenced. Shockingly low conviction rates revealed. *The Independent*.
- Moses, M. C. (2012). Ex-offender job placement programs do not reduce recidivism. *Corrections Today*, 74(4), p. 106-108.
- Mossman, D. (2008). Violence risk: Is clinical judgment enough? *Current Psychiatry*, 7(6), p. 66-72.
- Muhammad, A. A. (2010). Enquête préliminaire sur les crimes « d'honneur » au Canada. Ministère de la Justice Canada, sp.
- Munch, C. et Silver, W. (2017). Mesurer le crime organisé au Canada : résultat d'un projet pilote. *Juristat*, 15 pages.
- Murphy, E. (2018). Forensic DNA typing. *Annual Review of Criminology*, p. 497-515.
- Nahavandi, F. (2016). *Commodification of Body Parts in the Global South: Transnational Inequalities and Development Challenges*. London: Palgrave Macmillan, 13-30.
- Nakhaie, R. et Brym, R. J. (2011). The Ideological Orientations of Canadian University Professors. *Canadian Journal of Higher Education*, 41(1), p. 18-33.
- Nathan, J. (2015). *Offender Reentry: Correctional Statistics, Reintegration into the Community, and Recidivism*. Congressional Research Service, 33 pages.
- Nathan, N. (2018). *Risk and needs assessment in the federal prison system*. Congressional Research Service, 18 pages.

- NCIC Active/Expired Missing and Unidentified Analysis Reports. (2018). *2017 NCIC Missing Person and Unidentified Person Statistics*. FBI National Crime Information Center's.
- Newark, S. (2013). *Police-reported crime statistics in Canada still more questions than answers*. MacDonald-Laurier Institute, 17 pages.
- Newark, S. (2011). *Why Canadian crime statistics don't add up: Not the whole truth*. MacDonald-Laurier Institute, 32 pages.
- Nichols, T. (2017). *The death of expertise*. New York. Oxford University Press.
- North Shore News. (2008). *Canada's prison statistics are sobering problems facing correctional services of Canada and provincial jails are definitely in need of correction*.
- Office des Nations Unies contre la drogue et le crime (ONUDC). (2016). *Rapport mondial sur les drogues. Résumé analytique 2015*, 13 pages.
- Olivier, L. (1998). *Le savoir vain. Relativisme et désespérance politique*. Montréal. Éditions Liber.
- Oostermeijer, S., Smeets, K. C., Jansen, L. M. C., Jambroes, T., Rommelse, N. N. J., Scheepers, F. E., Buitelaar, J. K. et Popma, A. (2017). The role of self serving cognitive distortions in reactive and proactive aggression. *Criminal Behaviour and Mental Health*, 27(5), p. 395-408.
- Organisation internationale du travail (OIT). (2016). *Travail forcé, traite des êtres humains et esclavage*.
- Ostermann, M., Salerno, L. M. et Hyatt, J. M. (2015). How different operationalizations of recidivism impact conclusions of effectiveness of parole supervision. *Journal of research in Crime and Delinquency*, 52(6), p. 771-796.
- Owen, B. (2014). Slapping cuffs on corrections system: Report blasts poor planning for future growth. *Winnipeg Free Press*.

- Padova, Y. (2004). À la recherche de la preuve absolue. *Archives de politique criminelle*, 1(26), p. 71-90.
- Paganini, P. (2018). The Global cost of cybercrime jumped up to \$600 Billion. *Security Affairs*.
- Pappas, S. (2018). How Many Uncaptured Serial Killers Are Out There? *Live Science*.
- Parent, S. (2018). Le Canada est à la traîne de l'Europe dans sa lutte contre le blanchiment international d'argent. *La Presse*.
- Parker, P. (2015). *North American Criminal Gangs: Mexico, United States, and Canada* (2nd ed.). Durham, NC: Carolina, Academic Press.
- Peay, J. (2016) Responsibility, culpability and the sentencing of mentally disordered offenders: objectives in conflict. *Criminal Law Review*, (3), p. 152-164.
- Perreault, S. (2015). La victimisation criminelle au Canada, 2014. *Juristat*, 45 pages.
- Perrin, B. et Audas, R. (2016). *Report card on the criminal justice system: Evaluation Canada's justice*. MacDonald-Laurier Institute, 65 pages.
- Perrin, B., Audas, R. et Péloquin-Ladany, S. (2016). *Canada's Justice Deficit: The Case for a Justice System Report Card*. MacDonald-Laurier Institute, 32 pages.
- Phelps, M. S. (2018). Ending Mass Probation: Sentencing, Supervision, and Revocation. *The Future of Children*, 28(1), p. 125-146.
- Philippe, A. et Ouss, A. (2016). L'impact des médias sur les décisions de justice. *Les notes de l'IPP*, 22, 5 pages.
- Phillips, J. (2014). Detecting diagnostic error in psychiatry. *Diagnosis*, 1(1), p. 75-78.

- Picard-Fritsche, S. P., Rempel, M., Tallon, J. A., Adler, J. et Reyes, N. (2017). *Demystifying risk assessment*: Center for Court Innovation, 30 pages.
- Piché, C. et Stewart, H. (2013). « Le cadre juridique régissant la preuve scientifique », dans *Manuel scientifique à l'intention des juges canadiens*, Institut national de la magistrature. Ottawa, p. 19-40.
- Piché, J. (2014). A Contradictory and Finishing State Explaining Recent Prison Capacity Expansion in Canada's Provinces and Territories. *Champ pénal*, XI, p. 2-26.
- Pickard, H. (2015). Choice, deliberation, violence: Mental capacity and criminal responsibility in personality disorder. *International Journal of Psychiatry*, 40, p. 15-24.
- Pineda, S. (2018). Tackling Illicit Trafficking of Antiquities and its Ties to Terrorist Financing. *Dipnote*. U.S. Department of States.
- Piquero, A. R., Jennings, W. G. et Farrington, D. P. (2010). On the malleability of self-control: Theoretical and policy implications regarding a general theory of crime. *Justice Quarterly*, 27(6), p. 803-834.
- Pitman, K. (2018). An environment built for laundering? Transparency in global real estate markets. *World Built Environment Forum*.
- Poplak, R. (2018). Secret agency: Export Development Canada lends foreign buyers billions of taxpayer dollars. Critics say it's financing some of the world's worst regimes. *The Walrus*.
- Poretti, M. (2016). L'ascension des « enfants disparus » à l'agenda de l'Occident. Enquête sur une nouvelle frontière de l'intolérable. *Frontières*, 27(1), SP.
- Programme des Nations Unies pour le développement (PNUD). (2015). Rapport sur le développement humain 2015, 37 pages.

- Public Administration Select Committee. (2014). *Caught red-handed: Why we can't count on Police recorded crime statistics. Thirteenth Report of Session 2013-14*. London: House of Commons, 13 pages.
- Public Services Foundation of Canada. (2015). *Crisis in Correctional Services: Overcrowding and inmates with mental health problems in provincial correctional facilities*, 57 pages.
- Quételet, A. (1984). Sur la statistique morale et les principes qui doivent en former la base (1^{re} éd. 1848), *Déviance et Société*, 8, 1, p. 13-41.
- Quirion, B. (2008). Les transformations de l'intervention thérapeutique en milieu correctionnel : pérennité de la logique dominante ou innovations pénales ? *Champ pénal*.
- Quirion, B. (2006). Traiter les délinquants ou contrôler les conduites : le dispositif thérapeutique à l'ère de la nouvelle pénologie. *Criminologie*, 39(2), p. 137-164.
- Ramakers, A., Nieuwbeerta, P., Wilsen, J. V. et Dirkzwager, A. (2017). Not just any job will do: A study on employment characteristics and recidivism risks after release. *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology*, 61(16), p. 1795-1818.
- Rape, Abuse & Incest National Network. (2012). *Reporting rates: Why will only 3 out of every 100 rapists serve time?*
- Reid, H. et Dawes, R. H. (2010). *Rational choice in an uncertain world. The psychology of judgement and decision making* (2nd ed.). Thousand Oaks, CA: SAGE.
- Reitano, J. (2017). Statistiques sur les services correctionnels pour adultes au Canada, 2015-2016. Ottawa. *Juristat*, 17 pages.
- Reitano, J. (2016). Statistiques sur les services correctionnels pour adultes au Canada, 2014-2015. Ottawa. *Juristat*, 16 pages.

- Roberts, P. (2015). Paradigms of forensic science and legal process: a critical diagnosis. *Philosophical Transactions of the Royal Society B*, 370(1674), p. 1-11.
- Ronel, N. (2011). Criminal behavior, criminal mind: Being caught in a criminal spin. *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology*, 55(8), p. 1208-1233.
- Rotenberg, C. (2017). De l'arrestation à la déclaration de culpabilité : décisions rendues par les tribunaux dans les affaires d'agression sexuelle déclarées par la police au Canada, 2009 à 2014. *Juristat*, 65 pages.
- Rudes, S. S., Viglione, J. et Taxman, F. S. (2013). "Professional ideology in United States probation and parole". In I. Durnescu & F. McNeil (Eds.), *Understanding penal practices*, New York: Routledge, p. 11-29.
- Runciman, B. et Baker, G. (2017). *Justice différée, justice refusée : l'urgence de réduire les longs délais dans le système judiciaire du Canada (rapport final)*. Sénat Canada. Ottawa, 229 pages.
- Ryan, J. (2018). Sex offender Shame: Only 1 in 13 sex offenders jailed for failing lie detector test. *The Sun*.
- Saillant, N. (2015). La surpopulation règne dans la moitié des prisons québécoises. *Le Journal de Québec*.
- Salzinger, K. (2005). Clinical, statistical, and broken-leg predictions. *Behavior and Philosophy*, 33, p. 91-99.
- Samenow, S. E. (2014). *Inside the criminal mind* (3rd ed.). New York: Broadway Books.
- Sampson, R. J. et Laub, J. H. (2003). Life-course desisters? Trajectories of crime among delinquent boys followed to age 70. *Criminology*, 41(3), p. 555-592.
- Savona, E. U., Calderoni, F. et Remmerswaal, A. M. (2011). *Les aspects peu étudiés du crime organisé : une discussion de la situation au Canada dans le contexte international*. Sécurité publique Canada. Rapport n° 022, 2011, 39 pages.

- Schaefer, L. et Williamson, H. (2018). Probation and parole officers' compliance with case management tools: Professional discretion and override. *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology*, 62(14), p. 4565-4584.
- Schlager, M. D. (2018). Through the looking glass: Taking stock of offender reentry. *Journal of Contemporary Criminal Justice*, p. 34, 69-80.
- Schnapper, B. (1991). « La récidive, une obsession créatrice au XIX^e siècle », dans *Voies nouvelles en histoire du droit. La justice, la famille, la répression pénale (XVI^e-XX^e siècles)*. Paris, PUF, p. 313-351.
- Schneider, S. (2017). *Canadian organized crime*. Toronto. Canadian Scholars.
- Schnepel, K. (2017). Do post-prison job opportunities reduce recidivism? *IZA World of Labor*, 399.
- Sécurité publique Canada. (2017). 2016 *Aperçu statistique : le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*. 128 pages.
- Seipel, C. (2010). Opportunities, Rational Choice, and Self-Control: On the Interaction of Person and Situation in a General Theory of Crime. *Crime & Delinquency*, 55(2), p. 167-197.
- Service canadien de renseignements criminels. (2014). *Le crime organisé au Canada*, en ligne : <http://www.cisc.gc.ca/media/2014/2014-0822-fra.htm>
- Service correctionnel du Canada. (2018^a). *Annexe D – Échelle modifiée de gravité des infractions du SCC*. DC 705-7 (révisée le 2018-01-15).
- Service correctionnel du Canada. (2018^b). *Planification correctionnelle et profil criminel*. DC 705-6.
- Service correctionnel du Canada. (2018^c). *Cadre de la mission, des valeurs et de l'éthique du Service correctionnel du Canada*. DC 001.

- Sklansky, D. A. (2018). The problems with prosecutors. *Annual Review of Criminology*, 1, p. 451-469.
- Smith, A. B. et Berlin, L. (1998). "Problems and issues in corrections". In *Treating the criminal offender* (3rd ed.). Boston: Springer, p. 71-109.
- Smith, R. (2014). Responding to organised crime through intervention in recruitment pathways. *Trends & issues in crime and criminal justice*, 473, p. 1-9.
- Snook, B., Mandeep D. K. et Kavanagh, J. M. (2011). Simply criminal: Predicting burglars' occupancy decisions with a simple heuristic. *Law and Human Behavior*, 35(4), p. 316-326.
- Soula, M. (2011). « Récidive et récidivistes depuis deux siècles », dans *Les récidivistes*, Presses Universitaires de Rennes, p. 11-24.
- South, N. et White, R. (2016). L'émergence et l'avenir de la criminologie environnementale. *Criminologie*, 49(2), p. 15-44.
- Sperber, K. G., Latessa, E. J. et Makarios, M. D. (2013). Examining the interaction between level of risk and dosage of treatment. *Criminal Justice and Behavior*, 40(3), p. 338-348.
- Staats, C. (2013). *State of the science. Implicit bias review*. Columbus, OH: Kirwan Institute.
- Statista. (2018). Crime clearance rate in the United States in 2017, by type. *The Statistical Portal*.
- Statistique Canada. (2017). *Tableau 35-10-0177-01 – Statistiques des crimes fondés sur l'affaire, par infraction détaillée*, en ligne : <https://www150.statcan.gc.ca/t1/tbl1/fr/tv.action?pid=3510017701>
- Stein, S. L., Kimmerle, E., Adcock, J. M. et Martin, S. (2017). An exploratory study into the status of unresolved homicides in the USA. *Investigative Sciences Journal*, 9(2), p. 2-19.

- Stevenson, M. et Pettus-Davis, C. (2011). Parole officers' experiences of the symptoms of secondary trauma in the supervision of sex offenders. *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology*, 57(1), p. 5-24.
- Stoltenborgh, M., Van Ijzendoorn, M. H., Euser, E. M. et Bakermans-Kranenburg, M. J. (2011). A global perspective on child sexual abuse: meta-analysis of prevalence around the world. *Child Maltreat*, 16(2), p. 79-101.
- Story, R. et Yalkin, T. R. (2013). *Analyse des dépenses au titre du système de justice pénale au Canada*. Ottawa. Bureau du directeur parlementaire du budget, 2013.
- Strömwall, L. A. et Willén, R. M. (2011). Inside Criminal Minds: Offenders' Strategies when Lying. *Journal of Investigative Psychology and Offender Profiling*, 8(3), p. 271-281.
- Supiot, E. (2017). *Le procès pénal à l'épreuve de la génétique*. Institut des Sciences juridiques & philosophiques de la Sorbonne. Paris.
- Sveen, B. (2018). Criminals' electronic ankle bracelets fail in Queensland, SA and NT after Telstra outages. *ABC News*.
- Szasz, T. S. (2008). *Psychiatry: The science of lies*. Syracuse, NY: Syracuse University Press.
- Takano, A. (2007). *The history of fingerprinting in Japan and the control of the body: Transition in purpose and use*. Canberra: Australia. The Australian National University.
- Taylor, S. (2015). "Concepts in crime definition influencing crime classification". In *Crime and Criminality : A multidisciplinary approach*. New York : Routledge, p. 70-120.
- Tencer, D. (2015). Des compagnies canadiennes ont caché près de 200 milliards de dollars dans les paradis fiscaux, selon CPFE. *The Huffington Post Canada*.
- Thibault, E. (2018). Espionnés illégalement, deux ex-piliers de la mafia montréalaise sont acquittés. *TVA nouvelles*.

- Tiihoner, J., Lehti, M., Aaltonen, M., Kivivuori, J., Kautiainen H., Virta, L. J. Hoti, F., Tanskanen A. et Korhonen, P. (2015). Psychotropic drugs and homicide: A prospective cohort study from Finland. *World Psychiatry*, 14(2), p. 245-247.
- Transparency International, the global coalition against corruption (2018). *L'indice de perception de la corruption 2017 met en avant l'ampleur du fardeau que représente la corruption dans plus des deux tiers des pays du monde*.
- Tremblay, P., Leclerc, C. et Boudreau, S. (2009). Les risques assumables : récidive et libération conditionnelle. *Criminologie*, 42(2), p. 195-221.
- Tribune, La. (2013). *Entre 20 et 30.000 milliards de dollars cachés dans les paradis fiscaux*.
- Tripodi, S.J., Kim, J.S. et Bender, K. (2018). Is employment associated with reduced recidivism? *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology*, 54(5), p. 706-20.
- Truman, J. L., Langton, L. et Planty, M. (2013). National Crime Victimization Survey 2012. Government Printing Office, U.S. Bureau of Justice Statistics, Washington, DC., p. 3-16.
- United Nations Environment Program (UNEP). (2015). *Waste Crime – Waste Risks Gaps in Meeting the Global Waste Challenge*, en ligne : <https://europa.eu/capacity4dev/unep/document/waste-crime-waste-risks-gaps-meeting-global-waste-challenge>.
- United Nations Office on Drugs and Crimes (UNODC). (2018). *World Drug Report 2018*.
- United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC). (2015). *International Classification of Crime for Statistical Purposes*.
- United Nations Office on Drug and Crime (UNDOC). (2011). *Estimating illicit financial flows resulting from drug trafficking and others transnational organized crimes*. UNODC Vienne, 138 pages.

- Valenstein, E. S. (2002). *Blaming the brain: The truth about drugs and mental health*. New York: The Free Press.
- Van Voorhis, P. et Salisbury, E. J. (2016). "Correctional Treatment: Accomplishments and Realities". In *Correctional Counseling and Rehabilitation* (9th ed.), New York: Routledge, p. 311-320.
- Vazsonyi, A., Mikuska, J. et Kelley, E. (2017). It's time: A meta-analysis on the self-control-deviance link. *Journal of Criminal Justice*, 48, p. 48-63.
- Vera, A. et Brocchetto, M. C. (2018). Mexico had more homicide in 2017 than previously reported, statistic institute says. CNN.
- Verschuere, B. et Hout, W. (2016). Psychopathic traits and their relationship with the cognitive costs and compulsive nature of lying in offenders. *Plos ONE*, 11(7).
- Wagner, P. et Sawyer, W. (2018). *Mass incarceration: The whole pie 2018*. Prison Policy Initiative. Northampton: Ma.
- Wang Z. (2016). An Alternative to the Adversarial: Studies on Challenges of Court-appointed Experts. *Journal of Forensic Science Medicine*, 2(1), p. 28-32.
- Warden, R. (2017). "Reacting to recantation". In D. S. Medwed (Eds.), *Wrongful convictions and the DNA revolution: Twenty-five years of freeing the innocent*, Cambridge: Cambridge University Press, p. 106-116.
- Webster's New World College Dictionary. (2014). *Cold case*. Webster Dictionary (5th ed.). Boston, MA: Houghton Mifflin Harcourt Publishing Company.
- Welsh, C. C. et Rocque, M. (2014). When crime prevention harms: A review of systematic reviews. *Journal of Experimental Criminology*, 10(3), p. 245-266.
- Wexler, C. (2018). *New national commitment required: The Changing Nature International Fund for Animal Welfare of Crime and Criminal Investigations*. Washington, D.C. Police Executive Research Forum, 79 pages.

- Wojciechowski, J., Stolarski, M. et Matthews, G. (2014). Emotional intelligence and mismatching expressive and verbal messages: A contribution to detection of deception. *Plos ONE*, 9(3), p. 1-13.
- Zarra, G. et Farrington, D. P. (2016). "Criminal Careers, recidivists and chronic offenders". In *Criminal Recidivism: Explanation, prediction and prevention*. New York: Routledge, p. 30-66.

À la recherche d'une définition pragmatique de la haine

Denise HELLY, Ahmed-Mahdi BENMOUSSA
et Samuel BACHAND

Résumé

Dans ce texte, les auteurs se proposent de pallier le silence des textes législatifs en établissant une définition de la haine qui est à la fois simple et commode, notamment afin d'en permettre une répression mieux ciblée. Dans cette optique, ils abordent certaines statistiques avant de procéder à l'analyse des diverses sanctions civiles, réglementaires, pénales et criminelles applicables ainsi que leurs limites. Les auteurs tiennent également compte d'arrêtés de la Cour suprême rendus en la matière. Ils en viennent à conclure que le critère du préjudice devrait être privilégié pour définir les actes haineux en général.

À la recherche d'une définition pragmatique de la haine

Denise HELLY*, Ahmed-Mahdi BENMOUSSA**
et Samuel BACHAND***

1. INTRODUCTION	431
2. STATISTIQUES	432
3. RÉGIMES JURIDIQUES APPLICABLES	440
A) Sanctions civiles	442
B) Sanctions pénales et réglementaires	444
C) Sanctions criminelles	444
4. COUR SUPRÊME : LA RÉPRESSION DE LA HAINE À L'ÉPREUVE DES LIBERTÉS FONDAMENTALES.	445
5. SOMMAIRE QUANT AU DROIT APPLICABLE	455
6. SYNTHÈSE : UNE DÉFINITION UTILE	456
7. CONCLUSION : LES LIMITES DU DROIT.	458
8. RÉFÉRENCES	460
ANNEXE	461

* Professeure, Institut national de la recherche scientifique.

** Assistant de recherche, Institut national de la recherche scientifique.

*** Avocat.

1. INTRODUCTION

Au Canada, au moins sept dispositions du *Code criminel* sont liées à des manifestations visibles de haine fondée sur des motifs illicites de discrimination tels que la race, le genre, etc. S'y ajoutent de nombreuses dispositions comprises dans les lois provinciales et fédérales des droits de la personne. Aucun texte législatif ne définit la haine pour autant. En termes de droit positif, on ne dispose que de la définition quelque peu équivoque de récents arrêts de la Cour suprême du Canada (ci-après « **Cour suprême** »).

Cette situation pourrait être un facteur important du sous-signalement de la victimisation violente de certains groupes minoritaires. En effet, faute de consensus sur une définition de la haine, le signalement par les victimes s'en trouve compliqué et les agents de la paix ne disposent pas d'outils précis et uniformes à l'échelle du pays pour reconnaître et enregistrer les comportements haineux – qu'ils prennent la forme d'un propos, d'un discours ou d'un geste. Sans lignes directrices communes et claires, les forces policières doivent agir de manière discrétionnaire et s'exposent à des pressions politiques ou médiatiques.

L'identification, l'étude et la répression adéquates des infractions haineuses nécessitent une définition à la fois commode sur le terrain et compatible avec les normes juridiques applicables. Au nombre des difficultés actuelles, citons i) le fait que les corps policiers puissent ne pas reconnaître les crimes haineux comme tels et en fassent un traitement disparate, ii) la variété des régimes juridiques applicables, qui rend ardu le processus de plainte par les victimes et, iii) dans la société civile, la polarisation des opinions concernant la limitation de la liberté d'expression garantie par la *Charte canadienne des droits et libertés* (« **CCDL** »).

L'enjeu est d'élaborer une définition uniforme de la haine, utilisable dans les sphères juridique, policière, politique et académique, afin de préciser le phénomène de la haine des minorités¹,

1. « Minorité » s'entend ici d'un groupe identifiable par une caractéristique correspondant à un motif illicite de discrimination au sens de l'article 15 de la CCDL : race, sexe, religion, etc.

de permettre une répression mieux ciblée et, éventuellement, une meilleure collaboration entre juristes et non-juristes.

Afin d'élaborer la définition recherchée, ce texte répond à deux questions : i) comment le droit canadien définit-il la haine ? ii) comment le droit canadien régit-il les actes haineux ? Répondre à ces questions permettra de mieux qualifier certains actes ou propos pouvant être qualifiés d'hostiles, humiliants ou dévalorisants.

Prenons cette manchette, par exemple : en juin 2016, une tête de porc dans laquelle on a planté le message « Bonne appétit [*sic*] », signé par Québec identitaire, est laissée devant la porte de la Grande Mosquée de Québec². Selon quels critères qualifier un tel comportement ? Est-ce un méfait sur un établissement religieux ? De l'intimidation ? Une menace ? Un « crime haineux » ? Une forme d'incitation à la haine ? Une mauvaise plaisanterie ? Selon le Service de police de la Ville de Québec, il ne s'agissait pas d'un crime haineux, mais d'un « incident à caractère haineux ». Comment le Service est-il arrivé à cette conclusion ? Les réponses seront d'autant plus utiles, voire urgentes, que les propos violents et humiliants se propagent dans Internet, au Canada comme ailleurs, selon les services de police.

2. STATISTIQUES

Deux programmes fédéraux, supervisés par Statistique Canada, publient des données sur la victimisation avec violence au Canada : la Déclaration Uniforme de Criminalité (ci-après « **DUC** ») et l'Enquête Sociale Générale – Victimisation (Sécurité des Canadiens) (ci-après « **ESG** »). La DUC recueille des données sur les crimes haineux déclarés par la police après enquête ; il peut s'agir d'un crime haineux prévu au *Code criminel* ou d'une infraction criminelle (violente ou non violente) motivée par la haine selon la police³. L'ESG recueille des données autodéclarées par des

2. <http://www.fm93.com/nouvelles/faits-divers/46062>.

3. Parfois, comme en 2015 et par la suite, des services policiers (Calgary, Québec, Saint-John) ne transmettent pas certains renseignements, tels que le type d'infraction, les caractéristiques des victimes et des auteurs présumés. Selon Statistique Canada, « le crime haineux est catégorisé en fonction de la perception (même fausse) de l'auteur présumé, et non en fonction des caractéristiques de la victime » (Leber, Ben. 2017. *Les crimes haineux déclarés par la police au Canada, 2015*, Ottawa, Statistique Canada, juin. Encadré 1).

Canadiens de 15 ans et plus quant à savoir s'ils ont été victimes de l'un de huit types d'infraction criminelle⁴, violente ou non, et s'ils estimaient leur victimisation motivée par la haine. L'ESG la plus récente date de 2014. Aussi, quand on parle de victimisation avec violence au Canada, faut-il clarifier l'origine des données et distinguer des autres les cas ayant fait l'objet d'une enquête policière et qualifiés de crimes haineux par la police.

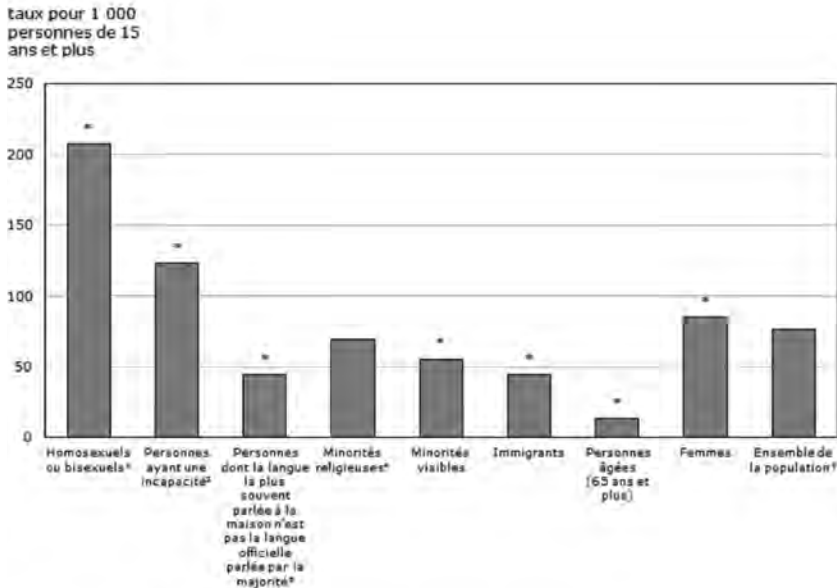
En 2014, les données de la DUC et de l'ESG montraient que la victimisation avec violence visait le plus souvent des groupes minoritaires. Selon l'ESG⁵, les personnes se déclarant homosexuelles ou bisexuelles subissaient le taux de victimisation avec violence le plus élevé, soit 207 incidents pour 1000 personnes comparativement à 69 incidents pour 1000 personnes hétérosexuelles. Les immigrants, les membres de minorités visibles, les personnes faisant partie d'une minorité religieuse et celles dont la langue la plus souvent parlée à la maison différait de celle de la majorité de la population de leur province affichaient pour leur part des taux de victimisation semblables ou inférieurs à la moyenne (Graphique 1).

4. Agression sexuelle, vol qualifié (avec arme), voies de fait, vol de biens personnels, introduction par infraction, vol de véhicules à moteur, vol de biens du ménage, vandalisme.

5. http://www23.statcan.gc.ca/imdb/p2SV_f.pl?Function=getSurvey&SDDS=4504.

Graphique 1

Incidents de victimisation avec violence déclarés par les Canadiens, selon certains groupes de population, 2014



† : catégorie de référence

* valeur significativement différente de l'estimation pour la catégorie de référence ($p < 0,05$)

1. Exclut les personnes de moins de 18 ans.

2. Comprend les personnes ayant une incapacité liée à la mobilité, à la vision, à l'ouïe, à l'apprentissage, à des troubles mentaux ou psychologiques, à des troubles physiques ou toute autre condition chronique limitant les activités.

3. Comprend les personnes vivant à l'extérieur du Québec dont la langue la plus souvent parlée à la maison est autre que l'anglais et les personnes habitant au Québec dont la langue la plus souvent parlée à la maison est autre que le français.

4. Comprend les personnes qui ont déclaré appartenir à une religion non chrétienne.

Note : Comprend l'agression sexuelle, le vol qualifié et les voies de fait.

Source : Statistique Canada, Enquête sociale générale de 2014.

Selon les données de la DUC qui réfèrent aux actes de victimisation rapportés à la police entre 2009 et 2016⁶, et qualifiés de

6. Depuis 2014, une certaine uniformité dans la collecte des données a été introduite par les principaux services policiers. Néanmoins, même après cette date, les données ne sont toujours pas comparables vu des pratiques particulières de corps policiers. Par exemple, la Ville de Sherbrooke se trouve souvent au sommet du classement québécois en termes d'enregistrement de crimes haineux en raison du mot d'ordre donné à ses patrouilleurs de déclarer tout acte qui semble lié à la haine, un processus de filtration ayant lieu par la suite. D'autres corps policiers n'utilisent pas cette méthode, mais la majorité des corps policiers canadiens tentent d'améliorer les méthodes de collecte d'une année à l'autre.

crimes haineux par elle, de 1100 à 1500 « crimes haineux » ont été enregistrés chaque année⁷ (Tableau 1). En 2014, 1,9 million d'incidents criminels ont été enregistrés par la police, dont 0,07 % (1295) ont été qualifiés de crimes haineux⁸ (Tableau 1). Par contraste, selon les répondants de l'ESG la même année, 330 000 incidents criminels auraient été motivés par la haine, soit 5 % des 6,5 millions d'incidents criminels mentionnés par les répondants⁹. De ces 330 000 personnes s'étant déclarées victimes d'un acte motivé par la haine, les deux tiers, 220 000, ne l'ont pas rapporté à la police. Un écart significatif apparaît entre le phénomène vécu par la population et l'action policière destinée à l'endiguer.

On peut avancer trois explications : les répondants ne connaissent pas ou n'acceptent pas les définitions administratives ou juridiques d'un crime haineux ; les services de police n'appliquent pas ces définitions de manière systématique ; les victimes ne rapportent pas les faits par crainte ou par manque de confiance envers les services de police.

La sous-déclaration est souvent invoquée par les responsables d'ONG et de services policiers. Shalini Konanur, directrice exécutive et avocate à la *South Asian Legal Clinic of Ontario*, a témoigné devant le Comité permanent du patrimoine canadien enquêtant sur le racisme systémique, la discrimination religieuse et l'islamophobie¹⁰ :

7. Ces crimes sont dénombrés par catégorie de victime. Les données sur les accusés ne sont pas publiques, pas plus que les données concernant les cas ciblant une victime appartenant à plusieurs catégories. Dans le cas d'une victime qui se dit musulmane et dont un parent est d'ascendance noire et l'autre parent d'ascendance arabe, on ne peut pas savoir si le crime a été enregistré par la police dans la catégorie « race » ou « origine ethnique » ou dans celle de « religion », ou dans les deux.
8. *Les crimes haineux déclarés par la police au Canada*, Centre canadien de la statistique juridique, 2015 (Tableau 1).
9. Ces données se basent sur le rapport de l'ESG et sur les déclarations du directeur du Centre canadien de la statistique juridique qui administre l'enquête, Rapport du Comité permanent sur le patrimoine canadien, *Agir contre le racisme systémique et la discrimination religieuse, y compris l'islamophobie*, 2018, p. 32 lien : <http://www.noscommunes.ca/DocumentViewer/fr/42-1/CHPC/rapport-10/>. Rapport du Comité permanent du patrimoine canadien, *Témoignages*, 1^{re} session, 42^e législature, 8 novembre 2017, 1635 (Témoignage Yvan Clermont, directeur, Centre canadien de la statistique juridique, Statistique Canada). <https://www.noscommunes.ca/Content/Committee/421/CHPC/Reports/RP9315686/chpcrp10/chpcrp10-f.pdf>, p. 27-53.
10. Rapport du Comité permanent sur le patrimoine canadien, *Agir contre le racisme systémique et la discrimination religieuse, y compris l'islamophobie*, 2018, p. 32 lien : <http://www.noscommunes.ca/DocumentViewer/fr/42-1/CHPC/rapport-10/>.

Nous parlons à des clients tous les jours qui relatent des incidents haineux, violents ou islamophobes et qui nous disent de façon répétée qu'ils ne porteront pas plainte, qu'ils ne se sentent pas en sécurité de le faire, qu'ils ne sentent pas qu'on les appuierait s'ils le faisaient et qu'ils ne croient pas que cela changerait quoi que ce soit.

Devant le même Comité, Gilles Michaud, sous-commissaire de la Police fédérale au sein de la Gendarmerie royale du Canada, a insisté sur la nécessité de signaler les crimes haineux afin de saisir « l'ampleur du problème dans nos collectivités » et expliqué que les « programmes pédagogiques [...] sont essentiels à la lutte contre les crimes haineux puisqu'ils encouragent les victimes à signaler les incidents de manière à ce que les forces de l'ordre puissent faire enquête »¹¹.

Dans son rapport sur les crimes haineux déclarés par la police en 2015, Statistique Canada a énuméré divers facteurs susceptibles d'influencer le signalement des crimes haineux :

[L]a présence (ou l'absence) d'une brigade spéciale de lutte contre les crimes haineux ou d'un programme de formation au sein d'un service de police donné peut influencer sur le fait qu'un crime soit considéré comme haineux ou non. L'existence (ou l'inexistence) de programmes de sensibilisation communautaire, de campagnes de sensibilisation du public, de politiques de tolérance zéro et de programmes d'aide aux victimes peut influencer sur la volonté ou la capacité des membres de la collectivité de signaler les incidents à la police ou de divulguer à la police leur nature haineuse.¹²

L'avocate Konanur a aussi invoqué ce motif, expliquant qu'au sein de la communauté, la « peur de parler aux policiers »¹³ empêche certains de ses clients de signaler un incident.

-
11. Rapport du Comité permanent sur le patrimoine canadien, *Agir contre le racisme systémique et la discrimination religieuse, y compris l'islamophobie*, 2018. <https://www.noscommunes.ca/Content/Committee/421/CHPC/Reports/RP9315686/chpcrp10/chpcrp10-f.pdf>, p. 33-34.
 12. Statistique Canada, « Les facteurs qui influent sur le signalement des crimes haineux », Les crimes haineux déclarés par la police au Canada, 2015, juin 2017.
 13. Rapport du Comité permanent du patrimoine canadien, *Témoignages*, 1^{re} session, 42^e législature, 25 septembre 2017, 1705 (Shalini Konanur, directrice exécutive et avocate, South Asian Legal Clinic of Ontario (SALCO)).

On constate des tendances marquées, cependant. Durant les dix dernières années, les crimes haineux déclarés par la police se sont multipliés : 765 en 2007¹⁴, 1409 en 2016 avec un maximum de 1473 en 2009 (Tableau 1), et ont ciblé des populations particulières. La population d'origine juive est la plus fréquemment ciblée lorsque l'incitation à la haine est fondée sur la religion ; celle d'ascendance noire, lorsque l'incitation à la haine est fondée sur la race ou l'origine ethnique ; la population LGBT subit les incidents les plus violents. Par ailleurs, les crimes haineux envers les musulmans se sont multipliés depuis 2008 : 26 en 2008, 36 en 2009, 99 en 2014, 159 en 2015 et 139 en 2016 (Tableau 1). Il s'agit de la plus forte augmentation observée¹⁵. Ce fait est encore plus marquant si l'on tient compte de l'augmentation des crimes haineux ciblant des groupes ethniques ou raciaux facilement assimilables par le grand public à des musulmans (asiatiques occidentaux, arabes). En combinant les trois catégories, arabes, musulmans, asiatiques occidentaux, ces populations ont été, en valeur absolue, le groupe le plus atteint par le phénomène des crimes haineux au Canada durant les huit dernières années. Elles ont subi près d'un crime haineux sur cinq ces deux dernières années (19 % en 2015 et 18 % en 2016).

Deux autres constats sont marquants. La religion est souvent un motif de crime haineux (Tableau 1) et ces actes semblent viser plus souvent des personnes que des biens religieux (temple, église, synagogue, mosquée) (Tableau 2). Par ailleurs, les incitations à la haine sont fréquentes surtout en Colombie-Britannique, en Ontario et au Québec, mais ne se concentrent pas dans les trois métropoles de ces provinces (Tableau 3)¹⁶.

14. <https://www.crrf-fcrr.ca/fr/actualites-et-evenements/recherches-annonces/item/26824-les-crimes-haineux-au-canada>.

15. Une hausse de 57 % des crimes haineux contre des catholiques a été signalée de 2014 à 2015 (leur nombre est passé de 35 à 55).

16. Il est important de se rappeler que les rapports présentés par Statistique Canada sont fondés uniquement sur les incidents déclarés par la police et classés par celle-ci comme des crimes motivés par la haine. Les incidents qui ne répondent pas aux critères de classification ne sont pas pris en compte dans les statistiques.

Tableau 1. Crimes haineux rapportés par la police selon la motivation, Canada, 2009 - 2016

Motivation	2009		2010		2011		2012		2013		2014		2015		2016	
	N	%	N	%	N	%	N	%	N	%	N	%	N	%	N	%
Race/ethnicité	765	52	707	50	679	51	704	54	585	50	611	48	641	48	666	47
Noir Black	275	19	271	19	268	20	295	23	255	22	238	19	224	17	214	15
Asiatique (Asie Est et S. Est)	71	5	41	3	62	5	50	4	61	5	52	4	49	4	61	4
Asiatique (Asie Sud)	92	6	67	5	59	4	55	4	52	4	49	4	48	4	72	5
Arabe	75	5	75	5	50	4	64	5	48	4	69	5	92	7	112	8
Autochtone	26	2	17	1	27	2	33	3	32	3	37	3	35	3	30	2
Blanc	34	2	36	3	30	2	20	2	29	2	49	4	38	3	36	3
Autre ¹	96	6	182	13	152	11	156	12	93	8	106	8	130	10	125	9
Race non précisée	41	3	18	1	31	2	31	2	15	1	11	1	25	2	16	1
Religion	415	28	395	28	326	24	419	32	326	28	429	34	469	35	460	33
Juif	288	19	204	15	188	14	242	19	181	16	213	17	178	13	221	16
Musulman	36	2	52	4	49	4	45	3	65	6	99	8	159	12	139	10
Catholique	33	2	50	4	29	2	37	3	29	2	35	3	55	4	27	2
Autre ²	44	3	62	4	36	3	54	4	41	4	49	4	41	3	37	3
Religion non précisée	14	1	27	2	24	2	41	3	10	1	33	3	36	3	36	3
Orientation sexuelle	189	13	218	16	240	18	185	14	186	16	155	12	141	11	176	13
Autre ³	40	3	48	3	68	5	82	6	60	5	77	6	86	6	88	6
Inconnu	73	...	33	...	19	...	24	...	10	...	23	...	25	...	19	...
Total	1 482	100	1 401	100	1 332	100	1 295	100	1 167	100	1 295	100	1 362	100	1 409	100

1. Motivations basées sur la race ou l'ethnicité et crimes haineux ciblant plus d'un groupe racial ou ethnique.

2. Par ex. Sikh, Hindou, Bouddhiste.

3. Handicap physique ou mental, langue, genre, et facteurs similaires (ex. occupation ou opinion politique).

Sources : Phil Walsh et Mia Dauvergne, *Police-reported hate-crimes in Canada*, 2007, vol. 29, n° 2, mai 2009, Catalogue n° 85-002-X, Ottawa, Statistique Canada, p. 12. Statistique Canada. 2008-2017. *Les crimes haineux au Canada, rapports annuels*, Ottawa, Statistique Canada. On ne dispose pas d'un rapport complet sur les données de 2014 mais seulement de trois tableaux.

TABLEAU 2 – Méfaits envers des biens religieux dans certaines grandes villes canadiennes, annuel 2007-2016 (54)

Géographie/ Année	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016
Canada (total)	22	82	144	132	72	78	55	96	66	72
T.-N.-et-L.	0	0	1	1	2	0	0	0	0	1
Î.-du-P.-É.	0	0	0	0	2	1	0	0	0	0
N.-É.	0	0	0	3	0	0	1	2	0	0
N.-B.	0	0	1	1	1	0	1	1	2	1
Québec (Prov.)	0	7	44	42	27	38	14	31	31	28
Montréal (38)	0	2	11	7	7	11	4	7	10	12
Ontario	0	44	72	60	32	26	30	45	13	23
Ottawa (Ont.)	0	16	39	15	5	4	2	4	1	3
Toronto	0	18	22	29	14	8	14	31	5	9
Manitoba	0	0	0	1	1	0	0	4	1	1
Saskatchewan	0	3	3	5	3	3	0	2	2	0
Alberta	0	1	8	6	1	4	4	10	10	4
Calgary	0	0	2	0	1	1	1	3	3	3
C.-B. (28)	22	27	15	12	3	6	5	1	7	12
Vancouver (28)	12	6	3	2	0	3	2	1	3	4

28. Les crimes commis par les jeunes en Colombie-Britannique peuvent être légèrement sous-dénombrés en raison du système d'approbation des accusations de la Couronne au moyen duquel, même dans le cas des infractions mineures, il doit y avoir approbation par la Couronne avant que des accusations ne soient déposées à la suite d'une arrestation par la police. Cette approbation repose sur la probabilité élevée d'obtenir une déclaration de culpabilité.

38. Les données sur le classement des affaires par la ville de Montréal n'étaient pas disponibles pour 2010. Par conséquent, elles ont été estimées d'après les données sur le classement des affaires des années précédentes.

54. Les différentes façons dont les services de police traitent les délits mineurs peuvent avoir une incidence sur les statistiques déclarées par la police. Dans certains cas, il arrive que la police ou les municipalités choisissent de traiter certains délits mineurs en vertu de règlements municipaux ou de lois provinciales plutôt qu'en vertu du *Code criminel*. Les chiffres sont fondés sur l'infraction la plus grave dans l'affaire.

Source : Statistique Canada. *Statistiques des crimes fondés sur l'affaire, par infractions détaillées, rapport annuel*. Ottawa, Statistique Canada.
<https://www150.statcan.gc.ca/t1/tbl1/fr/tv.action?pid=3510017701>

TABLEAU 3 – Incitations publiques à la haine dans les provinces, territoires et grandes villes canadiennes, 2006-2016

Géographie	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016
Canada (total)	1	7	16	23	43	16	36	40	50	51	67
T.-N.-et-L.	0	0	0	0	0	0	1	0	1	0	0
Î.-du-P.-É.	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	1
N.-É.	0	0	0	1	3	1	3	1	5	3	4
N.-B.	0	0	0	0	1	1	8	1	0	0	1
Québec (Prov.)	0	0	2	4	18	6	11	29	28	26	23
Montréal	0	0	1	3	17	6	7	22	16	22	11
Ontario	0	5	8	6	5	3	5	2	3	4	10
Ottawa (Ont.)	0	0	0	0	0	1	0	0	0	0	2
Toronto	0	5	6	5	4	2	4	1	1	2	5
Manitoba	0	0	0	0	1	1	0	1	0	2	2
Saskatchewan	0	0	0	1	1	0	2	1	1	1	5
Alberta	1	0	1	3	5	1	4	2	7	7	6
Calgary	1	0	1	2	0	0	2	0	6	3	0
C.-B.	0	2	5	8	9	3	2	3	4	7	14
Vancouver	0	1	3	0	4	1	1	2	2	2	9

Source : Statistique Canada. 2006-2016. *Statistiques des crimes fondés sur l'affaire, par infractions détaillées, rapports annuels*, Ottawa, Statistique Canada.

3. RÉGIMES JURIDIQUES APPLICABLES

Pour les besoins du présent texte, nous faisons abstraction de l'hypothèse de comportements haineux *institutionnels* de l'État ou de ses agents, qui seraient susceptibles de sanctions constitutionnelles en vertu de la CCDL au premier chef¹⁷. Nous nous intéresserons plutôt à la haine qui se manifeste par l'acte d'un individu hors de la fonction étatique.

Ceci en surprendra certains : au Canada, l'individu jouit *a priori* d'un « droit de haïr » les minorités et d'exprimer cette haine, sauf par la violence physique. Ce « droit de haïr » découle des libertés garanties par l'article 2 de la CCDL. Il ne peut être restreint que par une règle de droit, dans des limites raisonnables dont la justification soit démontrable dans le cadre d'une société libre et démocratique¹⁸.

On trouve de telles limitations au « droit de haïr » dans plusieurs lois comme les chartes des droits et libertés (*human rights codes*) fédérale et provinciales, qui protègent la sécurité, la dignité

17. Voir par exemple les articles 24(1) CCDL et 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

18. CCDL, article 1.

et l'intégrité des individus, et interdisent la discrimination dans certains contextes. Pour les fins du présent texte, on peut considérer que la CCDL, qui fait partie intégrante de la Constitution, a conduit à l'harmonisation des motifs interdits de discrimination dans l'ensemble du pays : race, origine nationale ou ethnique, couleur, religion, sexe, âge, déficiences mentale ou physique, motifs analogues¹⁹.

Les actes haineux sont susceptibles d'attenter au droit à l'égalité. Prenons, par exemple, la *Charte des droits et libertés de la personne*²⁰ (ci-après « **Charte québécoise** ») : harceler une personne en raison d'un motif interdit de discrimination (prévu à l'article 10) contrevient à l'article 10.1 de la Charte québécoise. Ainsi en serait-il de quelqu'un qui adresserait à un voisin de palier, de façon répétée, des insultes à caractère racial. Par contre, tenir un discours raciste concernant un tiers, mais en conversation privée avec un ami, ne tomberait vraisemblablement pas sous le coup de ce type d'interdiction.

L'encadrement juridique de ces manifestations d'une haine des minorités est complexe et ses sources, nombreuses. Recenser toutes les dispositions applicables en droit fédéral et dans les provinces et territoires canadiens serait fastidieux ; nous nous en tiendrons à quelques exemples représentatifs. Nous présenterons plus bas les quatre catégories de sanction possible : civiles, réglementaires, pénales et criminelles.

Les actes haineux ciblent le plus fréquemment des membres de minorités religieuses, raciales, sexuelles ou ethniques. Cependant, la discrimination peut se manifester de diverses manières ; ce sont sa forme concrète et son contexte qui déterminent la sanction juridique. On distinguera ici ses formes violentes, qui relèvent avant tout du droit criminel (sans pour autant écarter les sanctions civiles ou pénales) et ses formes non violentes (diffamation, harcèlement, déni d'emploi, déni de logement), qui relèvent généralement du droit civil ou du droit pénal ou réglementaire.

19. CCDL, article 15 ; voir aussi Charte québécoise, article 10. Dans *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493, la Cour suprême a ajouté à l'*Individual's Rights Protection Act* d'Alberta (par *reading in*) un motif de discrimination illicite qui n'y figurait pas, soit l'orientation sexuelle. Il s'agit d'un remède judiciaire exceptionnel, qui fait toujours débat quelque vingt ans après.

20. RLRQ, c. C-12.

Le cumul des recours est souvent possible. Supposons qu'un individu X s'introduise nuitamment dans l'église Saint-Joseph-de-Mont-Royal, qu'il y détruise des objets sacrés et écrive à l'aérosol sur un mur : « Mort aux adorateurs de Jésus ». Il s'expose non seulement à des accusations criminelles pour méfait à l'égard de biens religieux, mais aussi à une poursuite civile en dommages-intérêts et dommages punitifs. Dans le premier cas, la Couronne portera les accusations ; dans le second, la paroisse introduira une demande en justice.

A) Sanctions civiles

Les sanctions civiles visent à compenser un préjudice subi par la victime ou à mettre fin à une atteinte. Quand un comportement haineux est judiciairement qualifié de faute ou de délit civil (*tort* en anglais) et cause un préjudice, le droit donne ouverture à une réparation pécuniaire (dommages-intérêts), à des ordonnances mandatoires ou prohibitives (injonctions), voire à des dommages-intérêts punitifs²¹. La demande en justice est instituée soit par la victime elle-même, soit par une entité aux droits de celle-ci (par exemple la Commission des droits de la personne devant le tribunal éponyme).

Le droit commun (le *Code civil du Québec* ou, dans les autres provinces, la *common law*) ne reconnaît pas de « délit de discrimination »²². La responsabilité civile et, plus largement, le droit d'action privée (saisine des tribunaux par la victime) pour discrimination n'existent qu'en vertu de dispositions législatives idoines. Le *Defamation Act*²³ du Manitoba, par exemple, reconnaît un droit privé à l'injonction en cas de diffamation écrite à caractère haineux :

[TRADUCTION] **19(1)** La publication d'une diffamation écrite portant atteinte à une race, à une croyance religieuse ou à une orientation sexuelle de nature à exposer à la haine, à l'outrage ou au ridicule les personnes appartenant à cette race, professant cette croyance ou ayant cette orientation, et susceptible de provoquer

21. Les dommages-intérêts punitifs, aussi dits « exemplaires », ne réparent pas le préjudice subi ; ils visent à sanctionner, dans une intention dissuasive, une conduite considérée comme particulièrement répréhensible. Ils sont versés à la victime plutôt qu'à l'État.

22. *Seneca College c. Bhadauria*, [1981] 2 R.C.S. 181.

23. *The Defamation Act*, C.C.S.M., c. D20.

l'inquiétude ou le désordre parmi la population, donne droit à une personne de cette race, de cette croyance ou de cette orientation de demander une injonction afin d'empêcher la continuation et la diffusion de cette diffamation ; la Cour du Banc de la Reine peut recevoir l'action.

La Charte québécoise, qui s'applique dans la province de Québec dans les rapports de droit privé (entre personnes) et de droit public (impliquant l'État québécois), interdit la discrimination dans l'emploi, l'affichage, l'offre de biens et services, etc.²⁴. Une atteinte illicite à un droit ou à une liberté reconnue par la Charte québécoise confère à la victime le droit d'obtenir la cessation de cette atteinte et la réparation du préjudice moral ou matériel qui en résulte. En cas d'atteinte intentionnelle, le tribunal peut en outre condamner son auteur à des dommages-intérêts punitifs²⁵. Dans le cas d'actes haineux, on peut raisonnablement croire que cette intention sera souvent présente.

La *Loi canadienne sur les droits de la personne*²⁶ (ci-après « **LCDP** »), qui s'applique dans les champs de compétence fédéraux (gouvernement fédéral, banques, entreprises de transport inter-provincial, télécommunications, aéronautique, etc.)²⁷ interdit un éventail d'actes discriminatoires, notamment en matière d'emploi et d'offre de biens ou de services²⁸. En règle générale, la victime présente sa plainte à la Commission canadienne des droits de la personne, qui statue sur sa recevabilité et, le cas échéant, la réfère au Tribunal canadien des droits de la personne pour instruction²⁹. La personne reconnue coupable peut se voir ordonner de mettre fin à l'atteinte et être condamnée à indemniser la victime³⁰, entre autres choses.

Notons que la LCDP et la Charte québécoise interdisent expressément le harcèlement³¹ et l'affichage³² à caractère discriminatoire.

24. Charte québécoise, articles 10 et suivants.

25. Charte québécoise, article 49.

26. L.R.C. (1985), ch. H-6.

27. Voir la *Loi constitutionnelle de 1867*, articles 91 et 92.

28. LCDP, articles 5 à 14.1.

29. LCDP, partie III.

30. LCDP, article 53.

31. LCDP, article 14 ; CDLP, article 10.1.

32. LCDP, article 12 ; CDLP, article 11.

B) Sanctions pénales et réglementaires

Les sanctions pénales et réglementaires visent des comportements que le législateur juge indésirables, mais qui ne présentent pas nécessairement la gravité de ceux punis par le *Code criminel*. L'incitation au génocide est plus affaire de droit criminel que, par exemple, le harcèlement fondé sur la haine religieuse, lequel se conçoit d'abord en termes de droit pénal ou réglementaire.

En d'autres termes, la haine ici visée correspond généralement aux fautes qui donnent aussi ouverture à des sanctions civiles (*supra*) : affichage, commerce, logement, travail, harcèlement, etc.

Sur le plan formel, la *procédure* applicable s'apparente toutefois à celle du droit criminel : à la suite d'une plainte déposée par une personne ou par l'État, le ministère public porte des accusations. S'il plaide coupable ou est reconnu tel, l'accusé sera condamné à une amende (payable à l'État) et s'exposera à des ordonnances mandatoires ou prohibitives (injonctions), variables selon les juridictions. On trouvera un exemple de ce mécanisme dans le *Saskatchewan Human Rights Code*³³ (ci-après « **SHRC** »), qui prévoit des amendes d'au plus 25 000 \$ par infraction³⁴ et la possibilité d'injonctions³⁵.

C) Sanctions criminelles

Les crimes haineux sont prévus au *Code criminel*. Ils concernent les actes violents et les actes qui exposent à la violence une personne ou un groupe dit identifiable. Les sanctions disponibles comprennent l'emprisonnement.

Les articles 297 et suivants du *Code criminel* criminalisent le libelle diffamatoire, soit une matière publiée sans justification et de nature à nuire à la réputation de quelqu'un en l'exposant à la haine, au mépris ou au ridicule, ou destinée à outrager la victime. La « haine » dont il est question ne se borne vraisemblablement pas aux minorités et doit être entendue dans son sens courant. Le libelle diffamatoire est un délit hérité du vieux droit anglais, et

33. *The Saskatchewan Human Rights Code*, SS 1979, c. S-24.1.

34. SHRC, article 35.

35. SHRC, article 38.

n'est guère utilisé par les procureurs de la Couronne de nos jours. Il ne fait plus l'objet d'un traitement jurisprudentiel abondant³⁶.

Les articles 318 et suivants du *Code criminel* visent précisément la haine des minorités, mais dans un contexte donné : l'incitation publique au génocide et aux formes de haine susceptibles d'entraîner une violation de la paix. Le sujet de la haine doit être un « groupe identifiable », soit toute section du public qui se différencie des autres par la couleur, la race, la religion, l'origine nationale ou ethnique, l'âge, le sexe, l'orientation sexuelle, l'identité ou l'expression de genre, la déficience mentale ou physique ou des motifs analogues³⁷.

La prohibition des méfaits concerne les actes de destruction ou d'entrave à la jouissance de biens. Les méfaits haineux font l'objet de dispositions expresses au *Code criminel*. La motivation – élément subjectif – liée à des motifs illicites de discrimination fait partie intégrante de l'infraction³⁸.

La haine fondée sur des motifs illicites de discrimination est une circonstance aggravante en matière de détermination de la peine (*sentencing*), quel que soit le crime reproché³⁹.

4. COUR SUPRÊME : LA RÉPRESSION DE LA HAINE À L'ÉPREUVE DES LIBERTÉS FONDAMENTALES

Toute activité qui tente de transmettre une signification sans recourir directement à la violence physique relève de la liberté d'expression constitutionnellement enchâssée à l'article 2(b) CC DL. Au premier stade de l'analyse, le contenu expressif, même s'il *encourage* les comportements haineux ou les violences, bénéficie d'une protection constitutionnelle⁴⁰.

Comme mentionné plus haut, la protection de l'article 2(b) CC DL peut être limitée « par une règle de droit, dans des limites

36. Voir le répertoire CanLII et le tome de G. COURNOYER et G. OUMET, *Code criminel annoté*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2018.

37. Voir les articles 318(1), (2) et (4), et 319(1), (2), (3), (6) et (7) du *Code criminel*, en annexe.

38. Voir les articles 430(1), (4.1) et (4.101) du *Code criminel*, en annexe.

39. Voir l'article 718.2(a)i) du *Code criminel*, en annexe.

40. Voir par exemple *Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor*, [1990] 3 R.C.S. 892, p. 894.

qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique »⁴¹. Les tribunaux – la Cour suprême en dernier ressort – sont les arbitres⁴² de la justification d'une limite imposée à cette liberté fondamentale, au regard des intérêts mis de l'avant par l'État, et des effets ou des bénéfices attendus de la mesure législative ou réglementaire⁴³.

La « propagande haineuse » est le premier objet de droit expressément légiféré en rapport avec la notion de haine au Canada. La Cour suprême a associé la prohibition de ce type de comportement à la protection de la dignité humaine⁴⁴. En 1990, elle a rendu trois décisions clés statuant sur des propos haineux : *Keegstra*⁴⁵, *Taylor*⁴⁶, *Andrews*⁴⁷. Elle a validé l'article 319 du *Code criminel* dans les arrêts *Keegstra* et *Andrews* et l'article 13 LCDP dans l'arrêt *Taylor*. Par la suite, de l'arrêt *Zundel*⁴⁸ en 1992 à l'arrêt *Whitcott*⁴⁹ en 2013, la Cour a clarifié l'interprétation de dispositions législatives prohibant certaines manifestations de haine⁵⁰. Elle a invalidé l'article 181 du *Code criminel* (publication de fausses nouvelles) dans l'arrêt *Zundel*⁵¹ en 1992.

La Cour suprême a pour une première fois interprété le mot « haine » dans son arrêt *Taylor*, en se prononçant sur l'article 13(1) LCDP. La Cour a alors défini la haine comme « ne vis[a]nt que des émotions exceptionnellement fortes et profondes de détestation se traduisant par des calomnies et la diffamation », précisant que les tribunaux devaient tenir compte « de la nature à la fois virulente et extrême des sentiments évoqués par ces termes »⁵². L'article 13 se lisait comme suit à la fin des années 1980 :

41. CCDL, article 1.

42. Outre l'hypothèse de l'usage de la clause dérogatoire par le Parlement ou la législature (voir l'article 33 CCDL).

43. *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103.

44. Voir notamment *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697.

45. *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697.

46. *Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor*, [1990] 3 R.C.S. 892.

47. *R. c. Andrews*, [1990] 3 R.C.S. 870.

48. *R. c. Zundel*, [1992] 2 R.C.S. 731.

49. *Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Whitcott*, [2013] 1 R.C.S. 467.

50. Voir par exemple : *R. c. Zundel*, [1992] 2 R.C.S. 731 ; *Canada (Commission des droits de la personne) c. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 R.C.S. 626 ; *Mugesera c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2005] 2 R.C.S. 100.

51. *R. c. Zundel*, [1992] 2 R.C.S. 731.

52. *Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor*, [1990] 3 R.C.S. 892, p. 928-929.

Propagande haineuse

13. (1) Constitue un acte discriminatoire le fait, pour une personne ou un groupe de personnes agissant d'un commun accord, d'utiliser ou de faire utiliser un téléphone de façon répétée en recourant ou en faisant recourir aux services d'une entreprise de télécommunication relevant de la compétence du Parlement pour aborder ou faire aborder des questions susceptibles d'exposer à la haine ou au mépris des personnes appartenant à un groupe identifiable sur la base des critères énoncés à l'article 3.

Interprétation

(2) Il demeure entendu que le paragraphe (1) s'applique à l'utilisation d'un ordinateur, d'un ensemble d'ordinateurs connectés ou reliés les uns aux autres, notamment d'Internet, ou de tout autre moyen de communication semblable mais qu'il ne s'applique pas dans les cas où les services d'une entreprise de radiodiffusion sont utilisés.

Interprétation

(3) Pour l'application du présent article, le propriétaire ou exploitant d'une entreprise de télécommunication ne commet pas un acte discriminatoire du seul fait que des tiers ont utilisé ses installations pour aborder des questions visées au paragraphe (1).

L'article 13 a été abrogé en 2013, mettant un terme – provisoirement, du moins – à des années d'après débats juridiques, académiques et politiques concernant sa justification. Le sommaire de la *Loi modifiant la Loi canadienne sur les droits de la personne (protection des libertés)*⁵³ mentionne à ce propos :

Le texte modifie la *Loi canadienne sur les droits de la personne* en abrogeant l'article 13 afin d'assurer qu'il ne soit pas porté atteinte à la liberté d'expression protégée par la *Charte canadienne des droits et libertés*.⁵⁴

Adopté en 1977, l'article 13 LCDP visait à contrôler l'usage de messages téléphoniques divulguant une propagande haineuse

53. L.C. 2013, ch. 37.

54. L.C. 2013, ch. 37.

contre les Juifs et les Noirs. Contrairement aux dispositions du *Code criminel*, l'article 13 LCDP n'exigeait pas la preuve de l'intention (*mens rea*) pour démontrer qu'il y avait eu discrimination et l'intimé ne bénéficiait d'aucun moyen de défense spécial (Rosen, 2000).

En 2008, une offensive a été lancée par des partisans de la protection stricte de la liberté d'expression et du droit au blasphème, auxquels se sont joints des groupes chrétiens fondamentalistes. La polémique est née de la publication, par Erza Levant (un chroniqueur canadien) et par *Macleans*, de caricatures danoises représentant le prophète Mahomet comme un terroriste et par les plaintes déposées par des organisations musulmanes auprès des commissions des droits de la personne de Colombie-Britannique, d'Ontario et du Canada. Cette dernière a entrepris une revue de la législation et confié au professeur Richard Moon le mandat d'examiner les dispositions interdisant les discours haineux sur la toile. Le professeur Moon a produit un rapport (R. Moon (2008)) recommandant l'abolition de l'article 13 LCDP et la criminalisation des propos haineux les plus sérieux, qualifiés par un autre auteur de « *shouting fire in a crowded theatre* » (Mahoney, 2009 : 331-338). La polémique a continué et l'article 13 a été aboli le 27 juin 2013.

Au moment de son abrogation, en 2013, l'article 13 LCDP avait élargi l'interdiction de la propagande haineuse aux moyens modernes de communication, notamment l'ordinateur et Internet :

Propagande haineuse

13. (1) Constitue un acte discriminatoire le fait, pour une personne ou un groupe de personnes agissant d'un commun accord, d'utiliser ou de faire utiliser un téléphone de façon répétée en recourant ou en faisant recourir aux services d'une entreprise de télécommunication relevant de la compétence du Parlement pour aborder ou faire aborder des questions susceptibles d'exposer à la haine ou au mépris des personnes appartenant à un groupe identifiable sur la base des critères énoncés à l'article 3.

Interprétation

(2) Il demeure entendu que le paragraphe (1) s'applique à l'utilisation d'un ordinateur, d'un ensemble d'ordinateurs connectés ou

reliés les uns aux autres, notamment d'Internet, ou de tout autre moyen de communication semblable mais qu'il ne s'applique pas dans les cas où les services d'une entreprise de radiodiffusion sont utilisés.

Interprétation

(3) Pour l'application du présent article, le propriétaire ou exploitant d'une entreprise de télécommunication ne commet pas un acte discriminatoire du seul fait que des tiers ont utilisé ses installations pour aborder des questions visées au paragraphe (1).

La vaste portée de cet article quant aux discours comme aux moyens visés rendait son déclenchement relativement facile dans un contexte civil ou réglementaire. Par hypothèse, on pourrait avancer qu'il s'agissait d'une interdiction *générale* de l'expression de la haine des minorités dans l'univers communicationnel électronique, faisant contraste avec le *patchwork* des actuelles interdictions présentes dans le droit canadien. L'abrogation de l'article 13 LCDP semble donc avoir marqué un retour aux interdictions ciblées, prévues au *Code criminel* et dans les *human rights codes*. En 2013, alors que le Parlement s'apprêtait à abroger l'article 13 LCDP, la Cour suprême a consolidé avec son arrêt *Whatcott*⁵⁵ la constitutionnalité des dispositions visant la haine dans les *human rights codes* (porteurs de sanctions civiles, réglementaires et pénales, faut-il le rappeler). La Cour semble être arrivée à un consensus quant à la justification des dispositions existantes, ainsi qu'à une définition de la haine. Elle était appelée à se prononcer sur la constitutionnalité de l'article 14(1)(b) de la Saskatchewan (SHRC), qui se lisait comme suit (traduction) :

14. (1) Nul ne doit publier ou exposer, ni permettre ni faire en sorte que soit publié ou exposé, sur un terrain ou dans un bâtiment, ou dans un journal, par une station de télévision ou de radiodiffusion ou par tout moyen de diffusion, ou dans tout document imprimé ou publication ou par tout autre moyen que la personne possède, dirige, distribue ou vend, une représentation, que ce soit un avis, une affiche, un symbole, un emblème, un article, une déclaration ou toute autre représentation, qui :

55. *Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Whatcott*, [2013] 1 R.C.S. 467.

(a) pour un motif de distinction illicite, tend ou est susceptible de tendre à priver, diminuer ou autrement restreindre, la jouissance, par toute personne ou catégorie de personnes, des droits qui lui sont reconnus par la loi ;

(b) pour un motif de distinction illicite, expose ou tend à exposer une personne ou une catégorie de personnes à la haine, les ridiculise, les rabaisse ou porte par ailleurs atteinte à leur dignité.

[...] (Nous soulignons)

En première instance, monsieur Whatcott avait été reconnu coupable de l'infraction susdite en lien avec quatre tracts, dont la Cour suprême a retenu les deux suivants :

Keep Homosexuality out of Saskatoon's Public Schools !

It has come to the attention of the Christian Truth Activists that a committee on "Gay, Lesbian, Bisexual and Transgendered Issues," set up by the Saskatoon Public School Board has recommended that information on homosexuality be included in their curriculum and school libraries. The elementary school teacher's union in Ontario voted this year in favour of this for grades 3 and 4, even though children at this age are more interested in playing Barbie & Ken rather than learning how wonderful it is for two men to sodomize each other. Children in Ontario perform poorly in terms of academics, however, their teachers seem more interested in sexual politics of a perverted type, rather than preparing children to do well when they are older. Now the homosexuals want to share their filth and propaganda with Saskatchewan's children. They did it in Boston, under the guise of "Safe Schools" and their little sensitivity class degenerated into a filthy session where gay and lesbian teachers used dirty language to describe lesbian sex and sodomy to their teenage audience.*

Christian Truth Activists believes that Sodomites and lesbians can be redeemed if they repent and ask Jesus Christ to come into their lives as Lord and Saviour. The Church of Jesus Christ is blessed with many ex-Sodomites and other types of sex addicts who have been able to break free of their sexual bondage and develop wholesome and healthy relationships. We also believe that for sodomites and lesbians who want to remain in their lifestyle and proselytize vulnerable young people that civil law should discriminate against them. In 1968 it was illegal to engage in homosexual acts, now it is almost becoming illegal to question any of their sick desires. Our children will pay the price in disease, death, abuse and ultimately eternal judgment if we do not say no to the sodomite desire to socialize your children into accepting something that is clearly wrong.

Sincerely: Bill Whatecott
Christian Truth Activists
To contact us call: (306) 949-6818
e-mail: jesus.w@ccmc.com.sk.ca

To let the public school authorities know that you don't want Saskatchewan's children corrupted by sodomite propaganda call the school board at:

[redacted] or fax at: [redacted]

Please call your local trustee as well to let them know they will be gone next election if they vote for implementing any homosexual propaganda in the children's curriculum.

* To find out what happened in Boston: phone [redacted] or go to:
http://www.americanfortruth.com/opening_remarks_by_peter_labarbe.htm

Break the Silence!
 Sodomites are 430
 times more likely
 to acquire Aids & 9 times
 more likely to sexually
 abuse children!

Sodomites in our Public Schools



Toronto Gay Pride Parade, June, 2001

We should be holding conferences on how to reinstate Canada's sodomy laws! Not on how guys like this can be better accepted as your children's teachers. The Toronto Public School Board marches every year in this parade. If Saskatchewan's sodomites have their way, your school board will be celebrating buggery too!

Dear Friends:

The University of Saskatchewan is hosting the 5th annual "Breaking the Silence conference." Some of their workshops have titles like, "It's a drag doing drag in teacher education." Another workshop is named "Getting an Education in Edmonton, Alberta: The case for Queer Youth." Don't kid your selves; homosexuality is going to be taught to your children and it won't be the media stereotypes of two monogamous men holding hands.

The Bible is clear that homosexuality is an abomination. "Be not deceived neither fornicators, nor idolaters, nor adulterers, nor sodomites will inherit the kingdom of heaven." 1 Cor 6:9. Romans 1 talks of women giving up natural relations for unnatural ones and men being inflamed in lust for other men. The behaviour in Canada's gay parades is no different than what has happened thousands of years ago, whether it is ancient Rome or Sodom and Gomorrah. Scripture records that Sodom and Gomorrah was given over completely to homosexual perversion and as a result destroyed by God's wrath. Rome also crumbled and many scholars attribute it's moral decadence and lack of discipline as playing a role in her demise.

Canada in its quest for freedom from sexual restraint is following the path of ancient Rome. Our acceptance of homosexuality and our toleration of its promotion in our school system will lead to the early death and morbidity of many children. Ultimately our entire culture will be lost and we will incur the wrath of Almighty God if we do not repent. But there is still hope. We can repent and have our sins forgiven, "Come now, and let us reason together, says the Lord, Though your sins are as scarlet they shall be as white as snow; though they are as red as crimson, they shall be like wool," Isa 1:18. Even though conferences like Breaking the Silence refuse to acknowledge it, every year across North America, thousands of sodomites and lesbians find redemption and healing through the grace and mercy that is found by turning to Jesus Christ the Lord and giver of life.

Sincerely: Bill Whatcott, Christian Truth Activists Phone: (306) 949-0818,
 Email: jesus.w@accesscomm.ca

If the promotion of sodomy in your school system concerns you call: [redacted] and let him and ultimately all of Saskatchewan know: [redacted]

Monsieur Whatcott plaideait l'inconstitutionnalité de l'article 14(1)(b) SHRC, invoquant à la fois la liberté de religion en vertu de l'article 2(a) CCDL et la liberté d'expression en vertu de l'article 2(b) CCDL. Sous les deux articles de la CCDL, la Cour suprême a conclu à la justification de l'article 14(1)(b) SHRC quant à la « haine », mais non en ce qui « ridiculise », « rabaisse ou porte par ailleurs atteinte à l[a] dignité » des personnes ou catégories visées.

La Cour suprême a aussi précisé la définition de la « haine » élaborée dans *Taylor*, en y retranchant le « mépris » et la « calomnie » :

[40] Le juge en chef Dickson analyse le sens des mots « haine » et « mépris » employés au par. 13(1). [...] Le tribunal est arrivé à la conclusion que la « haine » correspond à un sentiment de détestation, de malice extrême qui n'admet chez la personne visée aucune qualité qui rachète ses défauts, tandis que le « mépris » s'entend de la condescendance manifestée à l'égard d'une personne ou du traitement d'infériorité qu'on lui réserve. Le juge en chef Dickson estime que, selon le tribunal, le par. 13(1) vise donc « des émotions exceptionnellement fortes et profondes de détestation se traduisant par des calomnies et la diffamation » : *Taylor*, p. 928. L'interdiction légale ne devrait donc s'appliquer qu'à des propos de nature inusitée et extrême.

[41] À mon avis, les mots « détestation » et « diffamation » décrivent bien l'effet préjudiciable que le Code vise à éliminer. Les mots qui exposent un groupe ciblé à la détestation tendent à inspirer, d'une manière qui excède le simple dédain ou l'aversion, l'inimitié et une malice extrême envers le groupe. Les messages diffamatoires cherchent à insulter, à déconsidérer ou à dénigrer la personne ou le groupe ciblé pour le rendre illégitime, dangereux, ignoble ou inacceptable aux yeux du destinataire. Les messages qui exposent des groupes vulnérables à la détestation et la diffamation vont bien plus loin que simplement discréditer, humilier ou offenser les victimes.

[42] Par contre, l'allusion à la calomnie que l'on trouve dans la définition proposée dans l'arrêt *Taylor* est inutile. La « calomnie » se définit comme une « [i]mputation mensongère qui attente à la réputation, à l'honneur (de [quelqu'un]) » : *Le Grand Robert de la langue française* (en ligne). Bien que les propos haineux reprennent souvent des déclarations mensongères et incendiaires et de fausses déclarations pour convaincre et galvaniser les personnes à qui ils

s'adressent, le recours à ces outils n'est pas nécessaire pour qu'on puisse conclure que les propos en cause exposent le groupe ciblé à la haine. Les fausses déclarations ne suffiraient pas non plus à elles seules à constituer des propos haineux. Compte tenu du fait que le mot « calomnie » n'est plus couramment employé dans le langage de tous les jours, j'estime qu'il n'est pas nécessaire de l'inclure dans la définition de la haine.

[43] Ce ne sont pas toutes les dispositions interdisant les propos haineux qui emploient le mot « mépris », et ce dernier ne figure pas à l'al. 14(1)(b) du Code. Dans l'affaire *Nealy*, le tribunal a signalé que la notion de « haine » n'exige pas un motif particulier justifiant cette émotion et que le mot « mépris » ajoute un élément de condescendance envers le sujet ou d'infériorité de ce dernier. Bien que je sois d'accord avec le tribunal pour dire que l'on peut haïr une personne que l'on considère « supérieure », à mon avis, le mot « haine » employé dans le contexte des droits de la personne connote notamment la condescendance ou le dénigrement. La diffamation d'une personne ou d'un groupe implique de lui prêter des caractéristiques répugnantes, des lacunes intrinsèques ou des tendances immorales d'une nature à ce point vile que le diffamateur ne saurait les partager. Même si le mot « mépris » ne figure pas à la disposition prohibitive, le fait de dénigrer un groupe en le qualifiant d'indigne, d'inutile ou d'inférieur peut contribuer à en exposer les membres à la haine. En dénigrant ainsi le groupe ciblé, on atténue sa crédibilité, sa situation sociale et son acceptation au sein de la société. Il s'agit là de l'un des principaux aspects du préjudice social que causent les propos haineux.

[44] Depuis l'arrêt *Taylor*, la définition des propos haineux a fait l'objet d'une abondante. Le type de mots et les moyens employés pour exposer des groupes à la haine ont été résumés sous la rubrique des « thèmes distinctifs des messages haineux » énumérés dans la décision *Warman c. Kouba*, 2006 TCDP 50 (CanLII), par. 24-81. Les propos haineux diffament souvent le groupe visé en reprochant à ses membres d'être la cause des problèmes actuels de la société, et prétendent qu'ils constituent une « puissante menace » (par. 24) ; qu'ils complotent en secret pour en arriver à contrôler le monde (*Citron c. Zündel* (No. 4), (2002), 41 C.H.R.R. D/274 (T.C.D.P.)) ; ou qu'ils complotent pour détruire la civilisation occidentale (*Taylor*). Les propos haineux dénigrent également les groupes ciblés en laissant entendre que la situation de leurs membres est illégale ou qu'ils se livrent à des activités illicites, par exemple en les présentant comme « des menteurs, des tricheurs, des criminels et des escrocs » (*Citron*, par. 140), de « race parasite » et de « mal à l'état pur » : *Warman c. Tremaine* (No. 2), 2007 TCDP 2, 59 C.H.R.R. D/391, par. 136.

[45] On peut également exposer un groupe à la haine par des propos qui l'assimilent à des groupes qui font habituellement l'objet de l'opprobre public tels que les agresseurs d'enfants et les pédophiles (*Payzant c. McAleer* (1994), 26 C.H.R.R. D/271 (T.C.D.P.), conf. par (1996), 26 C.H.R.R. D/280 (C.F. 1^{re} inst.)), ou en les qualifiant de « criminels déviants qui s'en prennent aux enfants » : *Warman c. L'Alliance du Nord*, 2009 TCDP 10 (CanLII), par. 43. Une des formes les plus extrêmes de procédé utilisé pour déconsidérer un groupe consiste à employer des termes déshumanisants en assimilant les membres à des animaux ou à des êtres inférieurs par des expressions comme « créatures horribles qui ne devraient pas avoir le droit de vivre » (*L'Alliance du Nord*, par. 43), « primates ignorants », êtres « génétiquement inférieurs », « bêtes les plus faibles » (*Centre de recherche-action sur les relations raciales c. www.bcwhitepride.com*, 2008 TCDP 1 (CanLII), par. 53) ou « déchets inférieurs » : *Warman c. Winnicki* (No. 2), 2006 TCDP 20, 56 C.H.R.R. D/381, par. 101. Ce sont des exemples de termes déshumanisants qui remettent en question l'appartenance des membres de ces groupes au genre humain.

[46] Comme l'illustrent ces exemples, les tribunaux judiciaires ont appliqué la définition du terme « haine » établie dans *Taylor* et ont, de façon générale, conclu aux propos haineux seulement dans les cas où le dénigrement est des plus extrêmes et flagrant. Ainsi, dans l'application des dispositions législatives, on écarte les propos simplement offensants ou blessants et on respecte la volonté du législateur qui a adopté une interdiction légale fondée sur la « haine ».

Par cette redéfinition de la haine – dans le contexte du SHRC –, la Cour suprême a possiblement tissé le canevas à partir duquel les législateurs et les tribunaux seront appelés à interpréter les dispositions législatives régissant l'une ou l'autre des manifestations de ce vil sentiment.

5. SOMMAIRE QUANT AU DROIT APPLICABLE

À l'évidence, les comportements haineux ne font pas l'objet d'une prohibition générale au Canada. Il n'existe pas de régime législatif qui érige en faute ou en infraction toute expression de la haine fondée sur des motifs illicites de discrimination. Le droit identifie seulement des manifestations (violence physique, publications, etc.), des cadres (emploi, offre de biens et services au public, etc.) ou des contextes (violation anticipée de la paix publique, par exemple) où la haine est susceptible d'être sanctionnée.

Un autre constat se dégage : la motivation haineuse comme élément subjectif (mental) de l'auteur du délit n'est généralement pas pertinente, sauf pour la détermination de la peine en contexte criminel. Le droit retient plutôt le critère objectif, soit la fiction juridique qui postule l'existence de ce que comprendrait une « personne raisonnable » observant le délit. La réticence des législateurs et des juges à entrer dans la sphère mentale de l'individu s'explique peut-être par la valeur prépondérante accordée aux libertés de conscience et de religion dans notre tradition juridique.

Devant le *patchwork* législatif en place au Canada, il semble risqué, sinon impossible de proposer une conception juridique unifiée de la haine des minorités. Saisis d'un cas mettant en cause un comportement haineux, les juristes doivent manier divers outils en fonction des caractéristiques propres à chaque régime juridique potentiellement applicable.

Pour les chercheurs, les administrations et les agents de la paix, les perspectives paraissent plus ouvertes. En effet, la définition de la haine élaborée par la Cour suprême, plus particulièrement dans *Whatcott*, pose des repères utiles. Le droit canadien comporte des références transversales aux motifs illicites de discrimination et à la justification des interdictions existantes au regard de la paix sociale et de la prévention ou la réparation d'un préjudice.

6. SYNTHÈSE : UNE DÉFINITION UTILE

L'État, les universitaires et la société en général ont intérêt à connaître très précisément la prévalence et les autres caractéristiques du phénomène haineux. Le recensement adéquat des actes haineux, criminels ou non, dépend principalement de l'engagement des agents de la paix dans cet exercice, *sur le terrain*. Nous avons établi que sans une bonne compréhension des particularités des crimes haineux, les corps policiers sont susceptibles de ne pas les catégoriser adéquatement, voire de ne pas les identifier du tout. Cela est encore plus vrai des actes haineux qui leur sont rapportés, mais qui ne menacent pas la sécurité.

Au nom de la préservation de la paix sociale et du droit à la sécurité, et vu la difficulté de définir un geste haineux pour les

agents patrouilleurs, des services de police canadiens ont créé une catégorie « incidents haineux » pour désigner et enregistrer des actes manifestant une haine envers un « groupe identifiable » ou un de ses membres. L'engagement policier dans l'identification des *actes* haineux – et non seulement des *crimes* haineux – nécessite donc des outils conceptuels clairs et simples, facilement applicables au quotidien ; voilà le but du présent texte.

Selon la logique de l'arrêt *Whatcott*, on reconnaît un discours haineux – et prohibé comme tel par le droit réglementaire, pénal ou criminel – par les risques qui lui sont associés : violence, inimitié ou malice extrême envers la victime. Dans ce contexte, la reconnaissance du caractère haineux d'un propos est liée à ses effets avérés ou appréhendés sur la paix sociale. Ce critère nous semble quelque peu restrictif, car il fait abstraction des considérations d'*égalité* et de prévention ou de réparation des dommages causés à la victime.

Il existe des manifestations de la haine qui, sans déclencher les dispositions législatives prohibant expressément certains gestes définis comme haineux (comme dans *Taylor* ou *Whatcott*), tombent sous le coup d'autres normes civiles, réglementaires ou pénales. Nombre de comportements discriminatoires statutairement prohibés ou civilement fautifs entrent dans cette catégorie : pratiques d'embauche illicites, discrimination dans le logement, affichage à caractère discriminatoire, diffamation, etc. Ces gestes ne menacent généralement pas la sécurité, mais ont en commun un aspect *préjudiciable*. Ce concept nous semble plus propre à l'élaboration d'une définition pragmatique de la haine.

Vu la variété des conséquences que visent à sanctionner ou à prévenir les divers régimes juridiques applicables à la haine, nous préconisons le critère du *préjudice*. Une définition des actes haineux à la fois simple, commode sur le terrain et compatible avec le droit applicable pourrait être : tout comportement objectivement préjudiciable qui traduit de façon apparente une détestation profonde ou extrême, fondée sur un motif illicite de discrimination.

7. CONCLUSION : LES LIMITES DU DROIT

Demeurent cependant des considérations d'ordre sociologique et politique. Désireuse de protéger la liberté d'expression, la Cour suprême, dans *Whatcott*, ne qualifie pas de haineux les propos simplement humiliants ou offensants pour les membres d'un groupe dit vulnérable, mais uniquement les propos déshumanisants et calomnieux (*vilification*). Pourtant les premiers ne portent-ils pas atteinte à la reconnaissance des victimes comme membres à part entière d'une société ?

On peut comprendre que la sécurité soit placée au sommet de la hiérarchie des intérêts protégés, mais le droit ne devrait-il pas permettre d'encadrer les formes d'expression qui exposent un *groupe* à l'humiliation publique ? Pour l'instant, il semble que la réponse soit négative, sauf lorsqu'une interdiction statutaire (réglementaire ou pénale) précise ou un délit civil sont en cause – une perspective nettement individualiste. Nombre de gestes et comportements impliquant une manifestation de haine envers un groupe identifiable ne sont pas juridiquement sanctionnés bien qu'ils portent atteinte au statut social et aux sentiments de sécurité et d'appartenance sociétale des membres du groupe visé.

Le cas de la tête de cochon – animal considéré comme souillé, dont la consommation est interdite dans l'Islam – déposée devant la porte de la mosquée de Québec l'illustre. Ce geste a été qualifié d'« incident » à caractère haineux par le Service de police, sans plus. Considérant les propos islamophobes circulant dans les médias sociaux et les actes de vandalisme visant la propriété et les lieux de culte de musulmans, un dispositif juridique ne devrait-il pas être mis en place pour sanctionner ce que d'aucuns ont décrit comme une mauvaise plaisanterie ?

Des analystes ont commenté avant nous la préoccupation de la Cour suprême de préserver non tant les droits des groupes protégés que de maintenir la paix sociale et religieuse, et de lancer des avertissements aux propagandistes de la haine des minorités (Freiman, 2013 : 301)⁵⁶ et aux mouvements d'extrême droite, comme le voulait le Rapport Cohen (1965). Cet objectif, qualifié de « *communautarian* » par Pyeng Hwa Kang (2018 : 6-8), pourrait

56. Référant à la note 3, paragraphe 42, arrêt *Whatcott*.

aussi expliquer la tiédeur des législateurs devant les conséquences personnelles et sociales subies par les victimes.

Un geste d'intimidation à l'endroit d'un groupe protégé, tel que l'irruption d'une bande en tenue militaire dans une salle de réunion ou un lieu de culte, porte vraisemblablement atteinte à la reconnaissance et à la participation sociale égalitaire de ce groupe (Azeezah Kanji, 2018). Ce genre de conduite ne devrait-il pas être visé par la législation ?

Mahoney (2009 : 330) évoque l'intimidation et l'assignation au silence que constituent des propos violents largement diffusés sur la toile et dont le but est d'interdire aux groupes vulnérables de s'exprimer sur la scène publique. David Cole (2017) commente : « Why would disadvantaged minorities trust representatives of the majority to decide whose speech should be censored? » Ces raisonnements académiques sont peu compatibles avec les garanties constitutionnelles de la liberté d'expression au Canada ; ils passent également sous silence les dangers que pose la censure pour la stabilité du corps social. Notre tradition juridique libérale traduit des choix historiques en faveur d'une plus grande liberté dans l'expression des idées, même néfastes.

Cela dit, aucune liberté n'est absolue et nous estimons que des interventions sectorielles peuvent devenir nécessaires pour maintenir un climat social sain. Dans cette perspective, il serait opportun de :

(1) Étudier la pertinence de rétablir un régime similaire à celui de l'article 13 LCDP, suffisamment ciblé pour passer le test de l'article 1 CCDL, en le restreignant par exemple à certaines utilisations haineuses dans les médias sociaux.

(2) Étudier la pertinence d'élargir l'interdiction des discours haineux afin d'inclure les appels aux formes illicites de discrimination.

Des régimes pénaux, réglementaires et civils existants permettent la sanction de gestes ou propos haineux dans plusieurs cas. Étudier le droit québécois de la diffamation et les décisions du Tribunal des droits de la personne permettrait sans doute de comprendre comment les textes de loi ouvrent la possibilité d'octroi

de dommages exemplaires (aussi dits punitifs), par exemple. Cependant les victimes d'actes haineux, comme la plupart de leurs concitoyens, méconnaissent souvent leurs droits et les exercent plus rarement encore. Vu la sous-dénonciation des crimes haineux, la question de l'éducation aux droits et d'un accès universel à la justice demeure entière.

8. RÉFÉRENCES

Bowal, Peter, et Colin McKay, 2014. The Whatcott Case: Balancing Free Speech and Social Harmony, posted Website: *The Centre for Public Legal Education, Alberta*, 7 juillet.

Cole, David. 2017. Why We Must Still Defend Free Speech, *The New York Review of Books*, 18 septembre, p. 61.

Comité spécial de la propagande haineuse au Canada (Rapport Cohen), 1966. *Rapport soumis au ministre de la Justice*, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 337 pages.

Freiman, Mark. 2013. Hate Speech and the Reasonable Supreme Court of Canada, *Supreme Court Law Review*, 63 : 295-312.

Kang, Pyeng Hwa. 2018. Constitutional Treatment of Hate Speech and Freedom of Expression: a Canada-U.S. perspective, *La Revue des Droits de l'Homme*, 14, 21 pages. <http://journals.openedition.org/revdh/4109>.

Kanji, Azeezah. 2018. Racism Stifles The Free Speech of Its Targets, *Canadian Diversity*, vol. 14, n° 4, pp. 44-46.

Mahoney, Kathleen. 2009. Hate Speech, Equality, and the State of Canadian law, *Wake Forest Law Review*, vol. 44 : 321-352.

Moon, Richard. 2008. *Report to the Canadian Human Rights Commission Concerning Section 13 of the Canadian Human Rights Act and The Regulation of Hate Speech on the Internet*. http://www.chrc-ccdp.ca/pdf/moon_report.pdf.

Rosen, Philip. 2000. *La Propagande haineuse*, Ottawa, Statistique Canada.

ANNEXE

Extraits du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46

Propagande haineuse

Encouragement au génocide

318 (1) Quiconque préconise ou foment le génocide est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de cinq ans.

Définition de génocide

(2) Au présent article, génocide s'entend de l'un ou l'autre des actes suivants commis avec l'intention de détruire totalement ou partiellement un groupe identifiable, à savoir :

- a) le fait de tuer des membres du groupe ;
- b) le fait de soumettre délibérément le groupe à des conditions de vie propres à entraîner sa destruction physique.

[...]

Définition de groupe identifiable

(4) Au présent article, groupe identifiable s'entend de toute section du public qui se différencie des autres par la couleur, la race, la religion, l'origine nationale ou ethnique, l'âge, le sexe, l'orientation sexuelle, l'identité ou l'expression de genre ou la déficience mentale ou physique.

Incitation publique à la haine

319 (1) Quiconque, par la communication de déclarations en un endroit public, incite à la haine contre un groupe identifiable, lorsqu'une telle incitation est susceptible d'entraîner une violation de la paix, est coupable :

a) soit d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de deux ans ;

b) soit d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire.

Fomenters volontairement la haine

(2) Quiconque, par la communication de déclarations autrement que dans une conversation privée, fomente volontairement la haine contre un groupe identifiable est coupable :

a) soit d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de deux ans ;

b) soit d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire.

Défenses

(3) Nul ne peut être déclaré coupable d'une infraction prévue au paragraphe (2) dans les cas suivants :

a) il établit que les déclarations communiquées étaient vraies ;

b) il a, de bonne foi, exprimé une opinion sur un sujet religieux ou une opinion fondée sur un texte religieux auquel il croit, ou a tenté d'en établir le bien-fondé par argument ;

c) les déclarations se rapportaient à une question d'intérêt public dont l'examen était fait dans l'intérêt du public et, pour des motifs raisonnables, il les croyait vraies ;

d) de bonne foi, il voulait attirer l'attention, afin qu'il y soit remédié, sur des questions provoquant ou de nature à provoquer des sentiments de haine à l'égard d'un groupe identifiable au Canada.

[...]

Consentement

(6) Il ne peut être engagé de poursuites pour une infraction prévue au paragraphe (2) sans le consentement du procureur général.

Définitions

(7) Les définitions qui suivent s'appliquent au présent article.

communiquer S'entend notamment de la communication par téléphone, radiodiffusion ou autres moyens de communication visuelle ou sonore. (*communicating*)

déclarations S'entend notamment des mots parlés, écrits ou enregistrés par des moyens électroniques ou électromagnétiques ou autrement, et des gestes, signes ou autres représentations visibles. (*statements*)

endroit public Tout lieu auquel le public a accès de droit ou sur invitation, expresse ou tacite. (*public place*)

groupe identifiable a le sens que lui donne l'article 318. (*identifiable group*)

[...]

Méfais

Méfait

430 (1) Commet un méfait quiconque volontairement, selon le cas :

- a) détruit ou détériore un bien ;
- b) rend un bien dangereux, inutile, inopérant ou inefficace ;
- c) empêche, interrompt ou gêne l'emploi, la jouissance ou l'exploitation légitime d'un bien ;

d) empêche, interrompt ou gêne une personne dans l'emploi, la jouissance ou l'exploitation légitime d'un bien.

[...]

Méfait : biens religieux, établissements d'enseignement, etc.

(4.1) Quiconque, étant motivé par des préjugés ou de la haine fondés sur la couleur, la race, la religion, l'origine nationale ou ethnique, l'âge, le sexe, l'orientation sexuelle, l'identité ou l'expression de genre ou la déficience mentale ou physique, commet un méfait à l'égard d'un bien visé à l'un ou l'autre des alinéas (4.101)a) à d), est coupable :

a) soit d'un acte criminel passible d'un emprisonnement maximal de dix ans ;

b) soit d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire et passible d'un emprisonnement maximal de dix-huit mois.

Définition de bien

(4.101) Pour l'application du paragraphe (4.1), *bien* s'entend :

a) de tout ou partie d'un bâtiment ou d'une structure servant principalement au culte religieux – notamment une église, une mosquée, une synagogue ou un temple –, d'un objet lié au culte religieux se trouvant dans un tel bâtiment ou une telle structure ou sur le terrain où ceux-ci sont érigés, ou d'un cimetière ;

b) de tout ou partie d'un bâtiment ou d'une structure utilisés principalement par un *groupe identifiable*, au sens du paragraphe 318(4), comme établissement d'enseignement – notamment une école, une garderie, un collège ou une université –, ou d'un objet lié à un établissement d'enseignement se trouvant dans un tel bâtiment ou une telle structure ou sur le terrain où ceux-ci sont érigés ;

c) de tout ou partie d'un bâtiment ou d'une structure servant principalement à la tenue, par un *groupe identifiable* au sens du paragraphe 318(4), d'activités ou d'événements à caractère administratif, social, culturel ou sportif – notamment un hôtel de ville, un centre communautaire, un terrain de jeu ou un aréna –, ou d'un objet lié à une telle activité ou un tel événement se trouvant dans un tel bâtiment ou une telle structure ou sur le terrain où ceux-ci sont érigés ;

d) de tout ou partie d'un bâtiment ou d'une structure utilisés principalement par un *groupe identifiable*, au sens du paragraphe 318(4), comme résidence pour personnes âgées ou d'un objet lié à une telle résidence se trouvant dans un tel bâtiment ou une telle structure ou sur le terrain où ceux-ci sont érigés.

[...]

Principes de détermination de la peine

718.2 Le tribunal détermine la peine à infliger compte tenu également des principes suivants :

a) la peine devrait être adaptée aux circonstances aggravantes ou atténuantes liées à la perpétration de l'infraction ou à la situation du délinquant ; sont notamment considérées comme des circonstances aggravantes des éléments de preuve établissant :

(i) que l'infraction est motivée par des préjugés ou de la haine fondés sur des facteurs tels que la race, l'origine nationale ou ethnique, la langue, la couleur, la religion, le sexe, l'âge, la déficience mentale ou physique, l'orientation sexuelle ou l'identité ou l'expression de genre,

(ii) que l'infraction perpétrée par le délinquant constitue un mauvais traitement de son époux ou conjoint de fait,

(ii.1) que l'infraction perpétrée par le délinquant constitue un mauvais traitement à l'égard d'une personne âgée de moins de dix-huit ans,

(iii) que l'infraction perpétrée par le délinquant constitue un abus de la confiance de la victime ou un abus d'autorité à son égard,

(iii.1) que l'infraction a eu un effet important sur la victime en raison de son âge et de tout autre élément de sa situation personnelle, notamment sa santé et sa situation financière,

(iv) que l'infraction a été commise au profit ou sous la direction d'une organisation criminelle, ou en association avec elle,

(v) que l'infraction perpétrée par le délinquant est une infraction de terrorisme,

(vi) que l'infraction a été perpétrée alors que le délinquant faisait l'objet d'une ordonnance de sursis rendue au titre de l'article 742.1 ou qu'il bénéficiait d'une libération conditionnelle ou d'office ou d'une permission de sortir sans escorte en vertu de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition* ;

b) l'harmonisation des peines, c'est-à-dire l'infliction de peines semblables à celles infligées à des délinquants pour des infractions semblables commises dans des circonstances semblables ;

c) l'obligation d'éviter l'excès de nature ou de durée dans l'infliction de peines consécutives ;

d) l'obligation, avant d'envisager la privation de liberté, d'examiner la possibilité de sanctions moins contraignantes lorsque les circonstances le justifient ;

e) l'examen, plus particulièrement en ce qui concerne les délinquants autochtones, de toutes les sanctions substitutives qui sont raisonnables dans les circonstances et qui tiennent compte du tort causé aux victimes ou à la collectivité.

L'arrêt *Lac d'Amiante* dix-sept ans plus tard : le traitement judiciaire de l'obligation implicite de confidentialité

M^e Sebastian L. PYZIK et Charbel G. ABI-SAAD

Résumé

L'arrêt *Lac d'Amiante du Québec ltée c 2858-0702 Québec inc*, rendu en 2001 par la Cour suprême du Canada, reconnaissait une obligation implicite de confidentialité visant les interrogatoires préalables au Québec. Selon cette obligation, l'information révélée lors de l'interrogatoire préalable est considérée comme étant confidentielle, jusqu'au moment de son dépôt éventuel au dossier de la Cour. Cette règle de droit positif n'était pas prévue au *Code de procédure civile* et provient uniquement de la jurisprudence. Plus de 15 ans plus tard, cet arrêt est toujours d'actualité. Le présent article a pour objectif d'étudier l'état actuel du droit sur cet arrêt, par des approches quantitative et qualitative. Cet article traitera plus particulièrement de l'utilisation par les tribunaux des exceptions prévues par la Cour suprême à la règle de l'obligation implicite de confidentialité et l'acceptation de nouvelles exceptions non prévues. Seront finalement examinées les limites de l'obligation implicite de confidentialité et les conséquences de sa violation.

Abstract

The Supreme Court of Canada's 2001 decision in *Lac d'Amiante du Québec Ltée v 2858-0702 Québec Inc* recognized an implied duty of confidentiality with respect to examinations for discovery in Quebec. Under this obligation, information revealed during the examination for discovery is considered confidential, unless it is filed in the court file. This rule of positive law was not

provided for in the *Code of Civil Procedure* and is purely jurisprudential. More than 15 years later, this ruling is still valid. The aim of this paper is to study the current state of the law on this judgment through a quantitative and qualitative approach. This paper will focus on the use of the Supreme Court's exceptions to the implied duty of confidentiality and the acceptance of new, unanticipated exceptions. Finally, the limits of the implicit obligation of confidentiality and the consequences of its violation will be examined.

L'arrêt *Lac d'Amiante* dix-sept ans plus tard : le traitement judiciaire de l'obligation implicite de confidentialité

M^e Sebastian L. PYZIK* et Charbel G. ABI-SAAD**

INTRODUCTION	473
1. LE PRINCIPE JURIDIQUE DE L'OBLIGATION IMPLICITE DE CONFIDENTIALITÉ	473
A. L'arrêt <i>Lac d'Amiante</i>	473
B. Les conditions d'application de l'obligation implicite de confidentialité	476
C. Effets juridiques	478
i) Effets prévus de l'obligation implicite de confidentialité	478
a) L'obligation implicite de confidentialité favorise la protection du droit à la vie privée	479
b) L'obligation implicite de confidentialité favorise la divulgation de la preuve la plus complète	481
ii) Effets indirects de l'obligation implicite de confidentialité	483

* Avocat en litige commercial au sein du cabinet Woods s.e.n.c.r.l.

** Candidat à la Licence de droit civil à l'Université d'Ottawa et étudiant en droit au sein du cabinet Woods s.e.n.c.r.l.

a)	La pertinence est interprétée plus largement	484
b)	L'OIC est employée comme analogie pour la reconnaissance d'autres obligations implicites	484
D.	La justification de cette obligation et son importance en droit civil québécois	485
2.	LES CAS D'EXTINCTION DE L'OBLIGATION IMPLICITE DE CONFIDENTIALITÉ.....	486
A.	Le dépôt en preuve	486
B.	La renonciation	488
3.	LA LEVÉE DE L'OBLIGATION IMPLICITE DE CONFIDENTIALITÉ	489
A.	Les catégories d'intérêt public supérieur permettant de justifier la levée de l'obligation de confidentialité	490
i)	Les exceptions légales	490
ii)	La sécurité publique.....	491
iii)	La mise en cause de la crédibilité d'un témoignage contradictoire	491
iv)	L'exception « en cas de crimes ».....	492
4.	L'INTERPRÉTATION DES TRIBUNAUX QUÉBÉCOIS.....	492
A.	Les références les plus communes à l'arrêt <i>Lac d'Amiante</i> par les tribunaux québécois	493
B.	L'utilisation des exceptions à l'obligation implicite de confidentialité et leur traitement.....	496
i)	Historique des exceptions : les affaires <i>Sulitzer</i>	497

ii)	Exception de témoignages contradictoires . . .	499
iii)	Exception d'instances parallèles	506
a)	Application reconnue	507
b)	Application refusée.	508
C.	L'acceptation de nouvelles exceptions à l'obligation implicite de confidentialité	509
i)	Une « nouvelle exception » admise	510
ii)	De « nouvelles exceptions » refusées	511
iii)	Une exception « indirecte » possible	512
D.	Les limites de l'obligation implicite de confidentialité	514
i)	La préparation du procès et la défense de ses intérêts dans le cadre de celui-ci	514
ii)	L'OIC ne s'applique qu'aux informations qui seraient demeurées confidentielles en l'absence de l'interrogatoire préalable.	515
iii)	Distinctions avec les arrêts <i>Lac d'Amiante</i> et <i>Juman</i> en jurisprudence québécoise	515
a)	L'arrêt <i>Juman</i> n'est pas pertinent lors d'un débat portant sur une garantie procédurale constitutionnelle	515
b)	Les arrêts <i>Lac d'Amiante</i> et <i>Juman</i> ne sont pas pertinents lors d'un débat portant sur une ordonnance de non-publication.	516
c)	L'obligation implicite de confidentialité ne protège pas les interrogatoires sous l'article 163 de la <i>Loi sur la faillite et l'insolvabilité</i>	517

E.	La réaction des tribunaux québécois à la violation de l'obligation implicite de confidentialité	517
i)	L'outrage au tribunal	518
ii)	La régularisation du défaut	519
CONCLUSION.		520

INTRODUCTION

Cet article présente une mise à jour de l'état du droit sur la question de l'obligation implicite de confidentialité (ou « **OIC** ») en droit civil québécois. La première partie de ce texte est une présentation du principe juridique, de ses conditions d'application, de ses effets juridiques et de sa justification judiciaire. La deuxième partie porte sur les cas d'extinction de l'obligation implicite de confidentialité. La troisième partie résume les scénarios prévus par la Cour suprême pour la levée de cette obligation. Enfin, cet article brosse un portrait de l'état actuel de la jurisprudence sur cette obligation. Essentiellement, cette quatrième et dernière partie, qui représente le cœur de ce travail de recherche, tentera de répondre à la question : comment l'obligation implicite de confidentialité a-t-elle évolué depuis sa reconnaissance par la Cour suprême en 2001 ?

1. LE PRINCIPE JURIDIQUE DE L'OBLIGATION IMPLICITE DE CONFIDENTIALITÉ

A. L'arrêt *Lac d'Amiante*

Rendu unanimement le 13 septembre 2001 par un banc de neuf juges, l'arrêt *Lac d'Amiante du Québec Ltée c 2858-0702 Québec inc*¹ (« **Lac d'Amiante** ») répond à une question d'apparence claire : existe-t-il une obligation implicite de confidentialité du contenu des interrogatoires préalables en droit québécois ?

Ce litige oppose des parties engagées dans la production d'amiante au Québec. L'intimée Lac d'Amiante du Québec Ltée poursuit solidairement les deux appelantes, soit 2858-0702 Québec inc. et Lac d'Amiante du Canada Ltée, principalement pour réclamer le remboursement des dépenses engagées pour se défendre contre les poursuites de victimes de l'utilisation d'amiante².

1. *Lac d'Amiante du Québec Ltée c 2858-0702 Québec inc.*, [2001] 2 RCS 743, 2001 CSC 51 [*Lac d'Amiante*].

2. *Ibid* au para 2.

L'intimée demande en première instance d'imposer une obligation de confidentialité à tous ceux auxquels seraient communiqués des documents faisant l'objet d'engagements lors d'un interrogatoire préalable. L'intimée souhaitait ainsi interdire l'usage ultérieur de ces informations en dehors du cadre du recours judiciaire³. La Cour supérieure rejette la demande, au motif que le principe général de la publicité des procès doit prévaloir⁴.

En appel, la majorité de la Cour d'appel accorde la demande de l'intimée⁵, jugeant qu'il existe une obligation implicite de confidentialité applicable aux interrogatoires avant procès⁶. La majorité conclut que lorsqu'une partie, avant le procès, est *contrainte* de divulguer des documents à l'autre partie, ces documents sont automatiquement classifiés comme confidentiels⁷.

Devant la Cour suprême, les appelantes arguent qu'il n'existe aucune obligation de confidentialité codifiée. Elles sont d'avis que les tribunaux ne peuvent introduire une nouvelle règle de procédure en l'absence de fondement législatif, ajoutent que cette règle contredit le principe de publicité des débats judiciaires et postulent que l'introduction de cette règle est inopportune⁸. Un groupe d'entreprises de presse écrite, agissant comme intervenantes, appuie en partie cette position, étant d'avis que cette règle irait à l'encontre du principe de publicité des tribunaux. Les intervenantes invoquent également l'intérêt de la société à la transparence des débats judiciaires garantis par les Chartes⁹.

Quant à elle, l'intimée s'inspire de la reconnaissance de la règle implicite de confidentialité dans les provinces de common law. Selon elle, l'introduction de cette règle en droit civil québécois serait utile pour favoriser la conduite des interrogatoires. Les interrogatoires préalables ne feraient donc plus partie de l'audience au sens de l'article 13 du *Code de procédure civile* (« **CPC** ») (1965) et, conséquemment, ne seraient plus assujettis au principe général de publicité des procès civils. Cette règle aurait pour effet de pro-

3. *Ibid* aux para 5 et 6.

4. *Ibid* aux para 7 et 8.

5. *Ibid* au para 9.

6. *Ibid* aux para 10 et 15.

7. *Ibid* au para 10.

8. *Ibid* au para 25.

9. *Ibid* au para 26.

téger les intérêts de vie privée et de confidentialité reconnus par la *Charte des droits et libertés de la personne*¹⁰ (« **Charte québécoise** ») et par le *Code civil du Québec*¹¹ (« **CCQ** »)¹².

Sous la plume du juge LeBel, la Cour suprême fait débiter son analyse par l'étude des règles de procédure civile québécoise, qui expriment une mixité de sources, influencées par l'organisation judiciaire britannique et par le droit français. La Cour note que les tribunaux de common law ont aussi eu un apport important sur la procédure civile québécoise¹³.

La codification des règles de la procédure civile québécoise dans le *Code de procédure civile* signifie que la création de ces règles appartient principalement au législateur¹⁴. Plusieurs dispositions du *Code de procédure civile* permettent de nuancer ce principe. L'article 47 CPC (1965), par exemple, prévoyait un pouvoir réglementaire aux tribunaux. Les articles 20 et 46 CPC (1965), quant à eux, leur édictaient des pouvoirs inhérents et accessoires, permettant ainsi aux tribunaux de régler des situations non prévues par la loi ou les règles de pratiques. Ces pouvoirs sont toutefois subsidiaires à la loi qui doit primer¹⁵.

La Cour suprême reconnaît ainsi, pour la première fois, l'existence d'une obligation implicite de confidentialité. Cette obligation est de création purement jurisprudentielle, puisque l'ancien *Code de procédure civile* (1965) ne reconnaissait pas une telle règle. Le législateur n'a d'ailleurs pas jugé nécessaire de la codifier dans le nouveau *Code de procédure civile* (2014).

Selon le plus haut tribunal du pays, la règle de confidentialité peut s'appuyer, d'une part, sur l'évolution du cadre juridique de l'interrogatoire préalable dans la procédure civile québécoise et, d'autre part, sur les règles du droit civil et de la *Charte québécoise* portant sur la protection de la vie privée¹⁶.

10. RLRQ c C-12.

11. *Code civil du Québec*, RLRQ c CCQ-1991, arts 3, 35, 36 et 37 [CCQ].

12. *Lac d'Amiante*, *supra* note 1 au para 27.

13. *Ibid* au para 32.

14. *Ibid* au para 32.

15. *Ibid* au para 37.

16. *Ibid* au para 41.

La Cour suprême conclut que l'interrogatoire préalable est devenu « essentiellement exploratoire »¹⁷, s'apparentant davantage à l'examen préalable de common law, le *discovery*¹⁸. Conséquemment, la Cour suprême entérine la position des juges majoritaires de la Cour d'appel et rejette l'argument des appelantes selon lequel l'interrogatoire préalable est une composante de l'audience au sens des articles 13 CPC et 23 de la Charte québécoise¹⁹. Le caractère exploratoire de l'interrogatoire ainsi que son déroulement hors cour et sous le contrôle des parties militant en faveur de cette conclusion²⁰.

B. Les conditions d'application de l'obligation implicite de confidentialité

Dans l'arrêt *Juman c Doucette*²¹ (« **Juman** »), rendu sept ans après l'arrêt *Lac d'Amiante*, la Cour résume par une métaphore l'étendue de l'obligation implicite de confidentialité :

L'idée générale est que, métaphoriquement, tout ce qui est divulgué dans la pièce où se déroule l'interrogatoire préalable reste dans cette pièce, sauf si cela est finalement révélé en salle d'audience ou révélé par suite d'une ordonnance judiciaire.²²

Les conditions d'application de l'OIC sont explicitement décrites par le juge Hébert dans l'affaire *Komatsu international (Canada) inc c Équipements Lalancette 2009 inc*²³ :

[...] 1) d'abord, il faut qu'il s'agisse d'une information qui a été obtenue dans le cadre d'un interrogatoire au préalable ou d'une

17. Dans un article portant sur l'arrêt de la Cour d'appel de *Lac d'Amiante*, l'auteur Ducharme critiquait cette comparaison entre les deux systèmes juridiques en arguant qu'il est inexact de prétendre que la règle de common law d'engagement implicite de confidentialité repose sur le caractère *exploratoire* de l'interrogatoire préalable. À son avis, la règle de common law reposerait plutôt sur le caractère *envahissant* de l'interrogatoire préalable. Voir Léo Ducharme, « La proclamation de l'existence en droit québécois de la règle de common law de l'engagement implicite de confidentialité : *Lac d'Amiante*, une décision judiciaire erronée » (2000) 79:4 *R du B can* 435 à la p 440 [Ducharme, « La proclamation de l'OIC »].

18. *Ibid* au para 56.

19. *Ibid* aux para 66 et 67.

20. *Ibid* aux para 63 et 64.

21. *Juman c Doucette*, 2008 CSC 8 [*Juman*].

22. *Ibid* au para 25.

23. *Komatsu international (Canada) inc c Équipements Lalancette 2009 inc*, 2017 QCCS 1014 (autorisation d'appel refusée) [*Komatsu*].

procédure exploratoire 2) ensuite, cette information obtenue lors de l'interrogatoire ne doit pas être autrement accessible au public ; et 3) cet interrogatoire doit avoir été tenu en privé.²⁴

L'obligation implicite de confidentialité s'applique aux informations « qui seraient demeurées confidentielles, en l'absence de l'interrogatoire au préalable »²⁵, ce qui inclut non seulement ce qui est dit, mais aussi tous les documents échangés durant les interrogatoires préalables, ainsi que ceux échangés avant et après ceux-ci à titre d'engagements. Cette obligation s'impose à la partie qui a mené l'interrogatoire et à ses représentants durant le litige. La confidentialité vise « l'étape préalable de la constitution de l'éventuel dossier judiciaire »²⁶. Autrement dit, la Cour suprême enseigne que les informations ne sont plus couvertes par l'obligation implicite de confidentialité à partir du moment où une partie les verse « en preuve au procès »²⁷, car elles obtiennent alors un caractère public²⁸, si elles sont accessibles au public par d'autres moyens²⁹ ou si la partie protégée par l'obligation implicite de confidentialité y renonce. Nous étudierons dans la *Section 2. A.*, l'évolution de cette notion d'extinction de l'OIC qui, à la suite d'un amendement du *Code de procédure civile*, débute désormais à un moment différent.

En cas de manquement, la partie ayant violé son obligation implicite de confidentialité pourrait s'exposer à un outrage au tribunal³⁰, avertit la Cour suprême. Nous étudierons le traitement de cette mise en garde dans la *Section 4. E. i).*

Une règle similaire s'applique en common law, qualifiée de « Deemed undertaking rule »³¹, qui proscriit l'utilisation d'une information à des fins extérieures au litige selon certaines modalités.

24. *Ibid* au para 27.

25. *Ibid* au para 78.

26. *Ibid* au para 64.

27. *Ibid* aux para 74 et 75, *Juman*, *supra* note 21 au para 51.

28. Léo Ducharme et Charles-Maxime Panaccio, *L'administration de la preuve*, 4^e éd, Montréal, Wilson & Lafleur, 2010 au para 168 [Ducharme et Panaccio, *L'administration de la preuve*].

29. *Lac d'Amiante*, *supra* note 1 au para 78.

30. *Ibid* au para 64.

31. *Empire Life Insurance Company c Thibault*, 2010 QCCS 4297 au para 41.

C. Effets juridiques

Certains pourraient défendre le postulat selon lequel l'arrêt *Lac d'Amiante* a créé une obligation implicite de confidentialité³² tandis que d'autres soumettraient que cet arrêt, tout au plus, reconnaît cette OIC en droit québécois³³. En tout état de cause, nul ne peut nier que cet arrêt a eu pour effet de tracer un cadre normatif où la règle générale est l'existence d'une obligation implicite de confidentialité et où l'exception est la demande au tribunal visant la suspension de cette obligation³⁴. Nous étudierons plus en détail à la *Section 4* le traitement judiciaire de l'arrêt *Lac d'Amiante*, mais nous proposons d'abord d'analyser brièvement les principaux effets juridiques de l'obligation implicite de confidentialité.

La reconnaissance d'une obligation implicite de confidentialité emporte tant des effets explicitement prévus par la Cour suprême (i) que des effets implicites (ii).

i) Effets prévus de l'obligation implicite de confidentialité

Il ressort de la lecture de l'arrêt *Lac d'Amiante* que la reconnaissance de l'OIC vise principalement deux objets, l'un étant le corolaire de l'autre, à savoir favoriser la protection du droit à la vie privée³⁵ (a) et favoriser la divulgation de la preuve la plus complète³⁶ (b).

32. Le juge Biron écrit dans sa dissidence de l'arrêt *Lac d'Amiante* de la Cour d'appel « il ne me paraît pas que les juges puissent, par leurs jugements, créer des règles dont l'inobservance pourrait rendre coupable d'outrage au tribunal ». Voir *Lac d'Amiante du Québec ltée c 2858-0702 Québec inc*, SOQUIJ AZ-99011292, JE 99-796, [1999] RJQ 970 à la p 6 de la dissidence. Similairement, l'auteur Ducharme employait le terme « proclamer » en référence à l'arrêt de la Cour d'appel de *Lac d'Amiante*. Voir par ex Ducharme, « La proclamation de l'OIC », *supra* note 17 aux pp 435, 439 et 440.

33. Les auteurs Ducharme et Panaccio emploient les expressions « révéler l'existence » et « reconnaître » en référence à *Lac d'Amiante*. Voir Ducharme et Panaccio, *L'administration de la preuve*, *supra* note 28 aux para 149 et 1240. M^e Mark Phillips écrit, similairement, « la Cour suprême du Canada n'hésita pas à dire qu'il existait au Québec une obligation implicite de confidentialité [...] ». Voir Mark Phillips, « L'obligation de conservation des documents électroniques » Congrès annuel du Barreau du Québec, présenté à Montréal (2007), en ligne : CAIJ <<https://edoc.trine.caij.qc.ca/congres-du-barreau/2007/1731853504>>.

34. *Lac d'Amiante*, *supra* note 1 au para 76.

35. *Ibid* aux para 42, 60 et 63.

36. *Ibid* au para 73.

a) *L'obligation implicite de confidentialité favorise la protection du droit à la vie privée*

Le premier effet de la reconnaissance de l'OIC s'observe directement au niveau de l'intention claire de la Cour suprême de favoriser la protection du droit à la vie privée, ce qui se traduit concrètement par une protection accrue de la confidentialité des informations. Nous savons aussi que l'obligation implicite lie tant les parties que leurs avocats³⁷. La Cour supérieure a d'ailleurs reconnu qu'un expert qui accompagne un avocat à un interrogatoire préalable n'est pas considéré comme un tiers et peut participer à l'interrogatoire³⁸. Conséquemment, l'obligation implicite de confidentialité s'applique aussi à son égard, en plus du secret professionnel de l'avocat³⁹.

La protection de la vie privée jouit d'une attention considérable par les tribunaux. L'arrêt *Fournier Avocats inc c Cinar Corporation*⁴⁰ (« **Fournier Avocats** ») en est un exemple éloquent. Dans le cadre d'une demande de radiation d'allégations et de retrait d'une annexe du dossier de la cour, la Cour d'appel accorde la demande de retirer l'annexe du dossier, mais refuse d'ordonner à la partie qui a reçu copie de cette annexe de la retourner. C'est dans la justification du juge Dalphond que l'on constate l'étendue de l'effet juridique de l'arrêt *Lac d'Amiante*. Il justifie le refus d'accorder l'ordonnance de retourner le document, d'abord, en raison de l'engagement de la partie qui l'a reçue de le garder confidentiel et ensuite, en raison de l'obligation implicite de confidentialité. Le juge Dalphond raisonne ainsi :

[5] Deuxième motif. Il s'agit *de facto* d'une communication dans le cadre d'interrogatoires hors cour, lesquels sont assujettis aux principes énoncés par la Cour suprême dans l'arrêt *Lac d'Amiante*, notamment celui de la confidentialité des informations échangées.

[6] Il est vrai que strictement parlant ce document ne fait pas suite à un échange de documents à la suite d'un engagement pris,

37. *Vidéotron ltée c Rogers Wireless Partnership*, 2009 QCCS 1309 (confirmée en appel) au para 12.

38. *Duchesne c Fondation Duchesne*, 2006 QCCS 2779 au para 27 [*Duchesne*] ; *Biomérieux inc c Geneohm Sciences Canada inc*, 2007 QCCA 290 (autorisation d'appel refusée) au para 56.

39. *Duchesne*, *supra* note 38 au para 27.

40. *Fournier Avocats inc c Cinar Corporation*, 2012 QCCA 190.

mais il est à prévoir qu'il aurait fait l'objet d'une requête sous peu afin qu'il devienne l'un des documents à produire dans le cadre de l'interrogatoire hors cour des avocats Fournier. Je crois aussi que le juge Lalonde en aurait alors ordonné la production, puisqu'il sera pertinent pour l'étape subséquente probable du dossier, à savoir : est-ce que les avocats Fournier ont fait les démarches nécessaires et raisonnables ou appropriées pour répondre aux engagements auxquels ils étaient tenus, soit par engagement volontairement ou à la suite d'un jugement de la Cour supérieure ?⁴¹ [Nos soulignements]

Il ressort de cet extrait que l'obligation implicite de confidentialité peut être employée, en quelque sorte, de manière préventive. Le juge Dalphond reconnaît l'application de l'obligation implicite de confidentialité sur un document qui ne fait pas *encore* l'objet d'un engagement. Selon ce qui précède, il n'est pas déraisonnable de retenir que l'étendue de l'obligation implicite de confidentialité est assez large pour s'appliquer, d'une part, aux documents faisant déjà l'objet d'une demande d'engagement, et d'autre part, aux documents dont « il est à prévoir » qu'ils puissent faire l'objet d'une telle demande.

Cette conclusion doit aussi être considérée dans son contexte : les représentants de la partie adverse se sont aussi engagés à « traiter confidentiellement le document » et ont indiqué à la Cour « qu'ils n'entendent pas l'utiliser autrement que dans les procédures pendantes, ni de le rendre public »⁴².

D'autre part, il est possible que les motifs du juge Dalphond sur l'application de l'obligation implicite de confidentialité ne soient que des remarques incidentes. Or, nous ne souscrivons pas à cette interprétation, attendu que le juge s'appuie de manière explicite sur ce motif, écrivant « qu'il n'y a pas lieu d[e] faire droit [à la demande] pour deux motifs »⁴³ avant de poursuivre sa justification en indiquant qu'il s'agit du « [d]euxième motif »⁴⁴.

Il n'en demeure pas moins que cette acceptation par la Cour d'appel d'une utilisation en partie préventive de l'OIC marque un changement du traitement jurisprudentiel sur cet enjeu. En effet,

41. *Ibid* aux para 5 et 6.

42. *Ibid* au para 4.

43. *Ibid* au para 3.

44. *Ibid* au para 5.

la Cour supérieure avait promptement écarté un tel argument en 2008 dans l'affaire *Marois c Taillon*⁴⁵. Dans cette affaire de diffamation intentée par Pauline Marois, le Procureur général du Québec demandait la mise sous scellé d'un interrogatoire, alors que celui-ci n'avait pas eu lieu⁴⁶. Le défendeur s'opposait à cette demande en alléguant qu'elle était prématurée. Le juge Parent avait retenu l'argument du défendeur en écrivant :

[11] En l'espèce, la demande formulée par le Procureur général équivaut à décider à l'avance que certaines informations confidentielles, devant être protégées à l'étape du procès, découleront de l'interrogatoire qui n'a pas encore eu lieu.

[12] La demande formulée par le Procureur général doit donc être rejetée.⁴⁷

Ainsi, l'arrêt *Fournier Avocats* confirme l'acceptation d'une utilisation préventive de l'obligation implicite de confidentialité, ou à tout le moins, un changement de direction par rapport à l'état antérieur du droit.

b) L'obligation implicite de confidentialité favorise la divulgation de la preuve la plus complète

La reconnaissance de l'OIC par la Cour suprême a été appliquée par les tribunaux en respectant l'objectif des neuf magistrats, soit de « favoriser[r] le dévoilement le plus complet des informations disponibles »⁴⁸. Effectivement, nous notons que les tribunaux empruntent souvent l'OIC pour faciliter la communication de la preuve, en rejetant la populaire objection à la divulgation de la preuve, selon laquelle la confidentialité des documents serait un obstacle à leur divulgation. Les tribunaux concluent fréquemment que l'obligation implicite de confidentialité est, à elle seule, suffisante pour pallier ces préoccupations de confidentialité⁴⁹.

45. *Marois c Taillon*, 2008 QCCS 4473.

46. *Ibid* au para 4.

47. *Ibid* au para 11.

48. *Lac d'Amiante*, *supra* note 1 au para 73.

49. *Ministère des Travaux publics et Services gouvernementaux Canada c David S Laflamme Construction inc*, 2017 QCCA 96 au para 6 (informations commerciales) ; *Moose International inc v Moose Knuckles Canada inc*, 2017 QCCA 358 au para 16 (informations commerciales) ; *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (Guillaume) c Ville de Montréal*, 2017 QCCA 1086 au para 9 (informations médicales) ; *Rice c Corporation Sun Media*, 2011 QCCA 1805

Dans l'affaire *Siciliano c Éditions La Presse ltée*⁵⁰, la Cour supérieure confirme cet objectif, alors que le demandeur s'objecte à fournir des réponses aux questions qui lui sont posées, en invoquant notamment le fait qu'il est tenu par une obligation de confidentialité avec un tiers. La juge Hélène Langlois rejette l'objection et justifie sa décision en citant l'arrêt *Southam inc c Landry*⁵¹, qui enseigne que la confidentialité des documents n'est pas un obstacle à leur communication, compte tenu de : (1) l'obligation implicite de confidentialité, (2) le document communiqué ne devient pas public avant d'être déposé au dossier de la Cour et (3) le cas échéant, les parties peuvent demander des ordonnances pour protéger leurs droits.

Précisément sur la question des ordonnances, la Cour suprême enseigne dans l'arrêt *Juman* que les tribunaux peuvent accompagner l'OIC d'une ordonnance additionnelle⁵² afin d'encourager la divulgation la plus complète de la preuve. Conséquemment, un plaideur soucieux de la confidentialité des documents demandés, qui juge insuffisante l'obligation implicite de confidentialité, peut demander au tribunal d'ordonner des mesures de protection de confidentialité supplémentaires. Cette demande est étudiée au cas par cas par les magistrats, qui considèrent parfois que l'OIC n'est pas suffisante et, partant, acceptent la demande d'ordonnance. Les tribunaux estimant que l'OIC n'était pas suffisante pour préserver la confidentialité de l'information ont par exemple accordé :

– des ordonnances de mises sous scellé⁵³ ;

au para 7 (liste de clients) ; *Landry c Southam inc*, J.E. 2003-518, 2003 CanLII 71970 (QC CA) au para 6 (convention de règlement) ; *Succession de Côté-Drouin c Pepin*, 2017 QCCS 47 au para 65 (liste d'acheteurs et revenus) ; *Couture c Côte*, 2017 QCCS 4383 (autorisation d'appeler rejetée) au para 24 (informations commerciales).

50. *Siciliano c Éditions La Presse ltée*, 2016 QCCS 3702.

51. *Southam inc c Landry*, EYB 2003-38495 ; JE 2003-518, 2003 CanLII 74796 (QC CA).

52. *Juman*, *supra* note 21 au para 23.

53. *Auclair et Landry Québec inc c A. Gignac, 2013 inc*, 2016 QCCS 6663 au para 63 [Auclair] (informations commerciales) ; *First Québec Holdings inc c Raouph*, 2016 QCCS 3701 au para 6 (cause criminelle pendante) ; *Intact Assurances c Desjardins Assurances générales inc*, 2014 QCCS 917 au para 14 (cause criminelle pendante) ; *SV c BM*, 2014 QCCS 2820 (confirmé en appel) au para 21 (informations financières personnelles et commerciales) ; *Fédération des producteurs acéricoles du Québec c Caron*, 2017 QCCS 5145 au para 20 [Caron] (documents financiers) ; *Roberge c Dolbec*, 2018 QCCS 723 au para 27 [Roberge] (déclaration de revenus).

- des ordonnances de confidentialité⁵⁴ ;
- des ordonnances *lawyers' eyes only*⁵⁵ ;
- la communication des documents caviardés⁵⁶, et
- la communication des documents sous les conditions établies par consentement entre les parties⁵⁷.

Notre étude quantitative du traitement judiciaire de l'arrêt *Lac d'Amiante* à la Section 4. A. tend aussi à confirmer ce qui précède.

ii) Effets indirects de l'obligation implicite de confidentialité

L'arrêt *Lac d'Amiante* est cité par plus de 500 décisions⁵⁸. Nous avons réuni dans cette section quelques-uns des impacts les

-
54. *Elitis Pharma inc c RX Job inc*, 2012 QCCA 1348 (autorisation d'appeler refusée) aux para 35 et 89 (liste de clients) ; *Bergeron c Tremblay*, 2012 QCCA 1301 au para 12 (cause criminelle pendante) ; *Weinberg c Ernst & Young, llp*, 2010 QCCA 1727 au para 30 (conférence et entente de règlement) ; *Marché Lionel Coudry inc c Métro inc*, 2004 CanLII 73143 au para 7 (ententes, offres et contre-offres entre les parties) ; *Groupe Soucy inc c Services ménagers Soucy inc*, 2015 QCCS 3605 au para 15 (liste de clients et profitabilité).
 55. Parfois appelée une ordonnance « *Counsel's eyes only* », cette ordonnance permet la divulgation des documents aux procureurs et aux experts de la partie adverse, en refusant à la partie adverse elle-même d'y avoir accès. Voir notamment *Roberge, supra* note 53 au para 27 (déclaration de revenus) ; *Allrail inc c Administration portuaire de Montréal*, 2018 QCCS 1125 au para 56 (informations commerciales) ; *PR Entretien d'édifices inc c Le Comité paritaire de l'entretien d'édifices publics région de Montréal*, 2017 QCCS 157 (autorisation d'appeler acceptée) au para 17 (informations commerciales) ; *Auclair, supra* note 53 au para 62 (informations commerciales) ; *Luxme International Ltd c Lasnier*, 2016 QCCS 6389 au para 22 [*Luxme*] (informations commerciales) ; *Fenplast inc c Prelco inc*, 2015 QCCS 344 au para 20 (documents financiers).
 56. *Luxme, supra* note 55 au para 45 (informations commerciales) ; *Intact Assurances c Desjardins Assurances générales inc*, 2014 QCCS 917 au para 14 (cause criminelle pendante) ; *Transport Car-Fré ltée c Kingsway compagnie d'assurances générales*, 2014 QCCS 6376 au para 15 (correspondance avec procureur, secret professionnel) ; *Caron, supra* note 53 au para 21 (registres bancaires).
 57. *Groupe Sait inc c Auberge et spa Le Nordik*, 2014 QCCA 1570 au para 6 (informations commerciales) ; *Auclair, supra* note 53 aux para 62-63 (informations commerciales) ; *Duchesnay c Saillant*, 2014 QCCS 6488 au para 21 (ententes entre les parties) ; *Roberge, supra* note 53 au para 27 (déclaration de revenus).
 58. Selon le moteur de recherche CanLII, 525 décisions citent l'arrêt *Lac d'Amiante* en date du 30 juin 2019.

plus importants de cet arrêt, en ce qui concerne l'OIC. Une étude plus exhaustive du traitement judiciaire de l'arrêt *Lac d'Amiante* est réservée à la *Section 4*.

a) *La pertinence est interprétée plus largement*

D'abord, un effet indirect de l'arrêt *Lac d'Amiante* s'observe au niveau de l'interprétation de la notion de pertinence. La Cour d'appel résume cet effet ainsi :

[1] CONSIDÉRANT qu'au stade de l'examen préalable, en raison même du caractère de cette institution, (voir *Lac d'Amiante du Québec Ltée c 2858-0702 Québec Inc*, [2001] 2 R.C.S., opinion du juge LeBel) les critères de la pertinence doivent être interprétés largement.⁵⁹

Nous sommes d'avis que cet effet indirect de l'OIC, soit l'interprétation large et libérale de la pertinence, est amplifié par l'initiative du législateur de modifier le *Code de procédure civile*, particulièrement en ajoutant l'article 228 CPC. Cette disposition édicte notamment que les objections portant sur la pertinence n'empêchent pas la poursuite de l'interrogatoire, le témoin étant tenu de répondre⁶⁰. À notre sens, en reconnaissant le caractère « essentiellement exploratoire »⁶¹ de l'interrogatoire préalable en 2001, la Cour suprême, dans *Lac d'Amiante*, pavait la voie pour une évolution de la conception légale de la notion de pertinence, évolution qui s'est notamment soldée en 2014 par une codification de ce principe. Notre analyse quantitative à la *Section 4. A.* semble confirmer cette hypothèse.

b) *L'OIC est employée comme analogie pour la reconnaissance d'autres obligations implicites*

Dans l'arrêt *Lac d'Amiante*, la Cour suprême a opéré un exercice d'équilibre, de manière à reconnaître un changement juridique tout en respectant la codification de la procédure civile québécoise, et plus largement, la primauté législative. Plusieurs juges s'en sont d'ailleurs inspirés pour tenter de faire reconnaître d'autres

59. *Carignan c Deschamps*, [2002] JQ n° 4925, 2002 CanLII 62394 (QC CA) au para 1 ;

60. *9215-8195 Québec inc c 9305-7354 Québec inc*, EYB 2016-270544 (CS) au para 4.

61. *Lac d'Amiante*, *supra* note 1 au para 56.

obligations implicites. À titre d'exemple, dans la décision *Société québécoise de gestion collective des droits de reproduction (Copibec) c Université Laval*⁶², l'obligation implicite de confidentialité a été employée par analogie pour faire reconnaître une obligation implicite de préserver la preuve⁶³. Similairement, dans l'arrêt *Bombardier inc c Union Carbide Canada inc*⁶⁴, confirmé par la Cour suprême⁶⁵, la Cour d'appel reconnaît que la confidentialité s'étend aussi aux discussions tenues dans le cadre d'une médiation afin de favoriser, comme dans l'arrêt *Lac d'Amiante*, la divulgation de la preuve et l'efficacité des discussions de règlement⁶⁶.

D. La justification de cette obligation et son importance en droit civil québécois

Dans *Lac d'Amiante*, la Cour suprême justifie l'obligation implicite de confidentialité en prenant appui sur l'article 5 de la *Charte québécoise* qui édicte le droit général à la vie privée. Sont également mentionnés les articles 35 et 36 CCQ qui abondent en ce sens. L'article 37 CCQ, qui prescrit la nécessité d'avoir un intérêt suffisant pour constituer un dossier sur une autre personne, est cité intégralement et sert aussi d'assise statutaire à la reconnaissance d'une obligation implicite de confidentialité⁶⁷.

Le juge LeBel, au nom de la Cour suprême, reconnaît aussi un point d'ancrage législatif additionnel en plus de la protection de la vie privée. Il entérine l'argument de l'intimée selon lequel l'utilisation du contenu d'un interrogatoire préalable à des fins autres que celles du litige pourrait constituer un manquement à la bonne foi suivant les articles 6 et 7 CCQ⁶⁸.

Le juge LeBel écrit que « [d]'autres motifs de politique judiciaire rendent légitime la reconnaissance de la règle de confidentialité »⁶⁹. Cette justification se prête à un argument téléologique,

62. *Société québécoise de gestion collective des droits de reproduction (Copibec) c Université Laval*, 2015 QCCS 1156 (confirmé en appel).

63. *Ibid* au para 53.

64. *Bombardier inc c Union Carbide Canada inc*, 2012 QCCA 1300 [*Union Carbide QCCA*].

65. *Union Carbide Canada inc c Bombardier inc*, 2014 CSC 35.

66. *Ibid* au para 30.

67. *Lac d'Amiante*, *supra* note 1 au para 68.

68. *Ibid* au para 72.

69. *Ibid* au para 73.

selon lequel l'obligation implicite de confidentialité aurait pour effet de réduire les risques qu'une partie, redoutant que des informations deviennent publiques à la suite de l'interrogatoire préalable, soit incitée à ne pas dévoiler de manière complète l'information en sa possession. Autrement dit, l'obligation de confidentialité favorise la finalité de l'interrogatoire préalable, soit la divulgation la plus complète de la preuve.

Finalement, la Cour suprême justifie la reconnaissance d'une obligation implicite de confidentialité par la nécessité de réduire l'effet préjudiciable que pourrait avoir un interrogatoire divulgué publiquement dans un contexte où une partie demande, dans le cadre d'un interrogatoire préalable, d'obtenir des réponses qu'il n'utilisera finalement pas au procès, mais qui pourraient être utilisées à des fins externes au litige⁷⁰. Ce raisonnement s'applique *a fortiori* lorsqu'une personne qui n'est pas partie au litige est contrainte de dévoiler de l'information au stade préalable.

2. LES CAS D'EXTINCTION DE L'OBLIGATION IMPLICITE DE CONFIDENTIALITÉ

Une partie au litige peut éteindre l'obligation implicite de confidentialité de deux manières : en déposant ces pièces en preuve au dossier de la Cour (A) et en renonçant à l'OIC pour l'information communiquée à la partie adverse (B).

A. Le dépôt en preuve

La Cour suprême enseigne que l'OIC « cédera devant la décision de l'adversaire d'utiliser effectivement le contenu de l'interrogatoire »⁷¹.

Similairement, le juge Binnie écrit dans l'arrêt *Juman* que le contenu de l'interrogatoire préalable perd son caractère confidentiel « s'[il] est finalement révélé en salle d'audience ou révélé par suite d'une ordonnance judiciaire »⁷². Plus précisément, la Cour suprême dans *Juman* indique que l'extinction de l'OIC s'opère

70. *Lac d'Amiante*, *supra* note 1 au para 74.

71. *Ibid* au para 70.

72. *Juman*, *supra* note 21 au para 25.

lorsque les transcriptions de l'interrogatoire sont « introduit[e]s en preuve au *procès* »⁷³. [Nos italiques]

Lorsque *Lac d'Amiante* a été rendu, l'extinction de l'obligation implicite de confidentialité s'opérait selon les modalités suivantes :

55 Pour les instances introduites depuis le 1^{er} octobre 1995, il faut aussi tenir compte de la procédure de dépôt des pièces. Celle-ci n'a lieu techniquement qu'à l'audience, après un avis de dénonciation à ce sujet dans les délais prescrits par l'art. 331.8 C.p.c. Suivant ces règles, même lorsqu'une partie entend produire l'interrogatoire, il ne fera partie du dossier qu'à partir de l'audience. (Voir Ducharme, *L'administration de la preuve*, op. cit., p. 296-298.).⁷⁴ [Nos soulignements]

L'affaire *Lamarre c Trois-Rivières (Ville de)*⁷⁵ permet de circonscrire le moment précis qui marque l'extinction de l'obligation de confidentialité. Dans cette décision de la Cour supérieure, le juge St-Pierre étudie l'effet de l'amendement procédural de l'article 331.7 CPC (1965)⁷⁶ qui rend obligatoire le dépôt de la transcription de l'interrogatoire préalable au moins 15 jours avant le procès. Le juge St-Pierre rappelle qu'avant cet amendement, un interrogatoire ne faisait partie du dossier qu'à partir de l'audience.

Se pose alors la question : cet amendement a-t-il pour effet de libérer la partie adverse de l'obligation implicite de confidentialité 15 jours avant l'audience, modifiant de ce fait le paragraphe 55 de l'arrêt *Lac d'Amiante* ? Le juge St-Pierre raisonne ainsi :

[34] Dans les circonstances, je dois en conclure que la modification à l'article 331.7 C.p.c. a eu pour effet de renverser complètement la situation en ce sens que l'interdiction de dépôt de la transcription des interrogatoires ne tenant plus mais, au contraire, le dépôt devenant obligatoire au moins quinze jours avant le procès, plus rien n'interdit la communication du contenu d'interrogatoire dans la mesure où la transcription est produite au dossier de la Cour.

L'extinction de l'obligation s'opère donc au moment de la production de la transcription *au dossier* de la Cour et non plus

73. *Ibid* au para 21.

74. *Lac d'Amiante*, *supra* note 1 au para 55.

75. *Lamarre c Trois-Rivières (Ville de)*, 2013 QCCS 1814 au para 34.

76. Remplacé aujourd'hui par l'article 250 CPC (2014).

au début de l'*audience*. C'est d'ailleurs l'opinion des auteurs Ducharme et Panaccio :

Comme on peut le constater, si en vertu du droit antérieur, une partie n'avait pas la possibilité, avant l'audience, de conférer un caractère public à une information confidentielle qui lui a été communiquée au cours d'un interrogatoire préalable, en vertu des règles actuelles, cette possibilité existe du fait que la production doit maintenant se faire antérieurement à l'audience.⁷⁷

Cette interprétation est également confirmée par la Cour supérieure dans *J.H. c Malenfant*⁷⁸ dans laquelle elle reconnaît que la date à considérer pour constater le dépôt en preuve est la date du *dépôt réel* des pièces au dossier, plutôt que la date indiquée au plumeitif pour le dépôt. Autrement dit, si le plumeitif indique une date de dépôt de preuve, alors que les pièces ne sont pas encore au dossier de la Cour, et qu'un règlement intervient avant le dépôt des pièces au dossier de la Cour, l'obligation implicite de confidentialité protège toujours ces documents.

Le nouveau *Code de procédure civile* reprend l'article 331.7 CPC (1965) à l'article 250 CPC sans modification substantielle. Ainsi, si un règlement a lieu avant le dépôt au dossier, le contenu demeure confidentiel, tout comme sous l'ancien *Code de procédure civile*⁷⁹.

B. La renonciation

La partie interrogée peut également renoncer à la protection de l'obligation implicite de confidentialité, puisque « l'obligation de confidentialité n'empêche pas la partie interrogée de la communiquer à qui elle veut »⁸⁰. Comme l'écrivait le juge Auclair, « celui qui est interrogé peut renoncer en tout temps à la confidentialité »⁸¹.

77. Ducharme et Panaccio, *L'administration de la preuve*, supra note 28 au para 173.

78. *JH c Malenfant*, 2007 QCCS 2377 au para 30.

79. Luc Chamberland, *Le Grand Collectif, Code de procédure civile, commentaires et annotations*, vol 1, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2018, aux pp 1440 et 1441. Voir aussi *Centre Marcel-Boivin inc c Québec (Société immobilière)*, 2007 QCCA 749 aux para 44 et 45.

80. *Garmaise c Scotia Capital inc*, 2012 QCCS 5946, au para 23.

81. *Ciolfi c Scotia Capital inc*, 2017 QCCS 3708, au para 16.

Pour l'interrogateur, celui-ci peut toujours renoncer à s'opposer à l'utilisation par une autre partie au dossier de l'interrogatoire qu'il a mené, notamment par le biais d'un engagement.

Par exemple, dans l'arrêt 9312-1994 *Québec inc (Construction Yvan Boisvert inc) c SNC-Lavalin inc*⁸², impliquant des réclamations pour des dommages liés à la présence de pyrrhotite dans des immeubles⁸³, la défenderesse en garantie s'engage à ne pas s'opposer à l'utilisation par les autres parties des interrogatoires qu'elle compte mener auprès de 15 témoins⁸⁴. Ce type d'engagement est non seulement utile, en ce qu'il respecte l'esprit du nouveau *Code de procédure civile* en promettant une coopération entre les parties⁸⁵, mais il peut être nécessaire lorsque le principe de proportionnalité l'exige⁸⁶.

3. LA LEVÉE DE L'OBLIGATION IMPLICITE DE CONFIDENTIALITÉ

Dans l'arrêt *Lac d'Amiante*, la Cour suprême affirme qu'une partie peut demander au tribunal d'être relevée de son obligation implicite de confidentialité. Pour ce faire, la partie doit déposer une demande qui spécifie « les buts de l'utilisation et les motifs qui la justifient »⁸⁷. La Cour suprême prescrit que les tribunaux doivent « mesurer la gravité du préjudice pour les parties visées dans l'éventualité d'une suspension de la règle de confidentialité ainsi que les avantages découlant de celle-ci »⁸⁸. Ce test implique un exercice de pondération des avantages et des préjudices de la divulgation.

Quelques années plus tard, la Cour suprême a durci les critères permettant à une partie d'être relevée de l'obligation implicite de confidentialité dans l'arrêt *Juman*⁸⁹, remplaçant ainsi le test établi dans *Lac d'Amiante*. En effet, le juge Binnie, au nom de la Cour, affirme que la partie qui souhaite demander une levée de

82. 9312-1994 *Québec inc (Construction Yvan Boisvert inc) c SNC-Lavalin inc*, 2016 QCCA 327 [*Yvan Boisvert*].

83. *Tardif c Fiset*, 2015 QCCS 4243 au para 2.

84. *Yvan Boisvert*, *supra* note 82 au para 17.

85. Voir notamment la disposition préliminaire du *Code de procédure civile*.

86. Voir par ex *Industries Remac inc c Construction CLD (1985) inc*, 2008 QCCS 2818.

87. *Lac d'Amiante*, *supra* note 1 au para 77.

88. *Ibid.*

89. Ducharme et Panaccio, *L'administration de la preuve*, *supra* note 28 au para 178.

l'obligation doit convaincre le tribunal, selon la prépondérance des probabilités, de « l'existence d'un intérêt public plus important que les valeurs visées par l'engagement implicite, à savoir la protection de la vie privée et le déroulement efficace du litige civil »⁹⁰. Ce test contraste avec le test établi dans *Lac d'Amiante*, en ce qu'il déroge à l'ancien exercice de pondération entre les avantages et les préjudices de la divulgation. *L'intérêt public supérieur* dicte désormais la marche à suivre. Ainsi, l'arrêt *Juman* est l'arrêt de principe qu'il faut considérer pour analyser une demande de levée de l'OIC.

La Cour suprême offre quelques exemples provenant de la jurisprudence. Ainsi, les tribunaux ont accordé une levée de l'obligation de confidentialité lorsque la levée vise une première action avec « les mêmes parties ou des parties semblables et les mêmes questions en litige ou des questions semblables »⁹¹ (« **instances parallèles** »). Toutefois, lorsque la levée vise à utiliser les informations pour une « action tout à fait étrangère »⁹², la demande doit être rejetée, à moins d'un intérêt public impératif. Nous étudierons spécifiquement le traitement judiciaire de cette question à la *Section 4. B. iii*).

A. Les catégories d'intérêt public supérieur permettant de justifier la levée de l'obligation de confidentialité

Dans *Juman*, la Cour précise les critères devant guider l'interprétation des tribunaux. D'abord, elle insiste sur le fait que la levée de l'obligation doit demeurer exceptionnelle⁹³. Autrement, le déroulement efficace des litiges sera compromis. La Cour énumère quatre catégories d'intérêt public supérieur permettant de justifier la levée de l'obligation. Passons en revue ces catégories, lesquelles ne sont pas exhaustives, puisqu'elles servaient seulement d'exemples à la Cour suprême⁹⁴.

i) Les exceptions légales

Une disposition législative peut autoriser des dérogations à l'obligation implicite de confidentialité⁹⁵.

90. *Juman*, *supra* note 21 au para 32.

91. *Ibid* au para 35.

92. *Ibid*.

93. *Ibid* au para 32.

94. *Ibid* au para 38.

95. *Ibid* au para 39.

Nous pouvons penser à l'article 292 CPC (2014) qui permet le dépôt des transcriptions d'un interrogatoire préalable dans le cas du décès d'un témoin. Sans faire référence de manière explicite à l'obligation implicite de confidentialité, le juge Blanchet, dans l'affaire *Perry c Côté*⁹⁶, a permis le dépôt d'un interrogatoire mené par la partie adverse d'un témoin qui est depuis décédé. Il justifie sa décision en écrivant :

[...] il ne fait pas le moindre doute que le décès de la personne interrogée comble ce critère de nécessité, puisqu'à défaut de pouvoir produire au dossier le témoignage du défendeur initial, recueilli par nul autre que le procureur de la demanderesse, les parties défenderesses risquent de se trouver privées de tout moyen de preuve.⁹⁷

Pour déposer de telles transcriptions d'interrogatoire, la partie requérante doit aussi observer le respect des articles 2869 et 2870 CCQ, notamment en démontrant la fiabilité de ces transcriptions⁹⁸.

ii) La sécurité publique

La sécurité publique constitue un intérêt public supérieur au droit à la vie privée. Le tribunal mentionne l'affaire *Smith c Jones*⁹⁹ où un patient a confié à son psychiatre ses plans meurtriers. La Cour suprême indique dans *Juman* que si une situation similaire se présentait dans le contexte d'un interrogatoire protégé par l'obligation implicite de confidentialité, une partie pourrait s'adresser au tribunal et même directement à la police en cas de « danger grave et immédiat »¹⁰⁰. Aucune décision de tribunaux québécois ne semble avoir statué sur cette catégorie d'exception.

iii) La mise en cause de la crédibilité d'un témoignage contradictoire

La découverte d'un témoignage contradictoire permet à une partie de demander une levée de l'obligation de confidentialité.

96. *Perry c Côté*, SOQUIJ AZ-50233816 (CS). Voir aussi *Deslongchamps c Deslongchamps*, [1994] RJQ 1930.

97. *Ibid* au para 2.

98. Donald Béchard, *Manuel de l'objection*, 3^e éd, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2009 EYB2009OBJ63, aux pp 593-601.

99. *Smith c Jones*, [1999] 1 RCS 455, 1999 CanLII 674 (CSC).

100. *Juman*, *supra* note 21 au para 40.

Cette levée doit permettre d'attaquer la crédibilité du témoin qui « a fourni un témoignage contradictoire sur les mêmes questions dans des instances successives ou différentes »¹⁰¹. La Cour suprême justifie cette exception par un argument téléologique, voulant qu'une obligation de confidentialité comme l'OIC ne devrait pas « permettre à un témoin de jouer au plus fin avec l'administration de la justice »¹⁰². Il existe plusieurs cas d'application de cette catégorie d'exception, dont il sera question à la *Section 4) B. ii)*.

iv) L'exception « en cas de crimes »

Une partie peut demander à faire une demande de levée *ex parte* afin de dénoncer un crime¹⁰³. Cette catégorie énumérée par la Cour suprême est selon nous un exemple de la deuxième catégorie d'exception (sécurité publique). La Cour suprême note qu'une demande d'exception en vertu de cette catégorie devait être traitée au cas par cas, selon les faits¹⁰⁴. En ce sens, le juge Binnie, au nom de la Cour suprême, résume l'exercice d'analyse d'une demande d'exception et conclut que : « dans le cadre de la divulgation de renseignements exigés par la loi, la lutte contre le crime n'éclipse pas nécessairement le droit d'un citoyen à sa vie privée »¹⁰⁵. Ici aussi, aucune décision de tribunaux québécois ne semble avoir statué sur cette catégorie d'exception.

4. L'INTERPRÉTATION DES TRIBUNAUX QUÉBÉCOIS

Cette section a pour but de circonscrire et de résumer l'état actuel du droit civil québécois sur la question de l'obligation implicite de confidentialité. Pour ce faire, il convient d'abord d'étudier plus globalement le traitement judiciaire de l'arrêt *Lac d'Amiante* (A). Nous étudierons ensuite les exceptions à l'OIC prévues par les arrêts *Lac d'Amiante* et *Juman*, précisément nous nous questionnerons, d'une part, sur leur traitement par les tribunaux québécois (B) et d'autre part, sur la reconnaissance par les tribunaux de nouvelles exceptions (C). Nous analyserons par la suite les limites de l'obligation implicite de confidentialité (D). Finalement, nous

101. *Ibid* au para 41.

102. *Ibid* au para 41.

103. *Juman*, *supra* note 21 au para 50.

104. *Ibid* au para 48.

105. *Ibid*.

expliquerons les effets de la violation de l'obligation implicite de confidentialité (E).

A. Les références les plus communes à l'arrêt *Lac d'Amiante* par les tribunaux québécois

Pour mieux saisir l'impact de l'arrêt *Lac d'Amiante* sur le droit procédural québécois, nous proposons d'étudier, d'abord globalement, son traitement judiciaire. Concrètement, cette sous-section permettra de comprendre parmi les multiples enseignements formulés dans l'arrêt *Lac d'Amiante*, lesquels ont été les plus populaires. Autrement dit, que retiennent les tribunaux québécois de cet arrêt ?

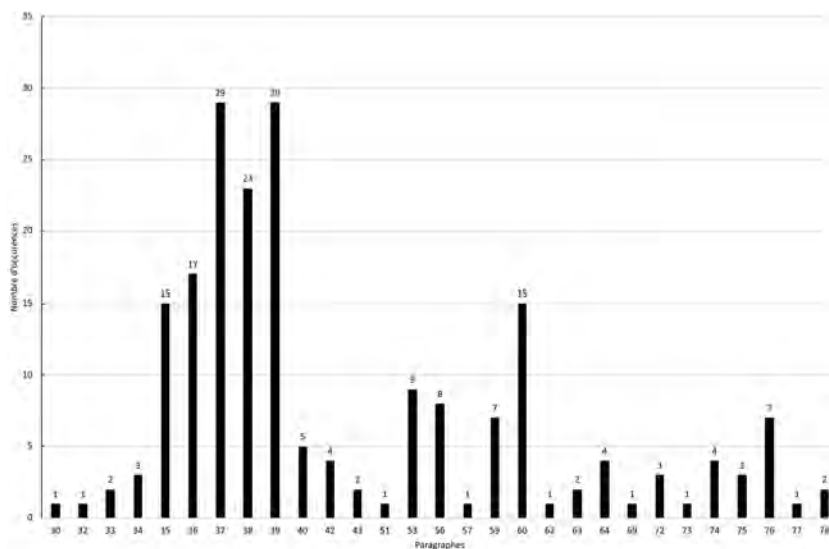
Pour obtenir une vue d'ensemble précise et objective, nous avons opté pour une analyse quantitative selon les *références aux paragraphes* de l'arrêt *Lac d'Amiante*, avec l'objectif de réduire les probabilités de contamination de la prise de données. Il s'agit selon nous de la méthode la plus objective pour sonder l'état du droit québécois. Sur la base de la méthodologie retenue¹⁰⁶, l'analyse quantitative visée par cette sous-section s'appuiera sur un total de 166 décisions (« **échantillon** »).

D'abord, nous avons recensé 71 décisions où les tribunaux reconnaissent l'application de l'obligation implicite de confidentialité, que ce soit explicitement, où en faisant état des paragraphes

106. Comme nous l'avons indiqué précédemment, près de 500 décisions citent l'arrêt *Lac d'Amiante*. Cet ouvrage ne prétend donc pas constituer un recensement exhaustif de l'état du droit canadien sur l'obligation implicite de confidentialité. Plutôt, nous avons retenu quelques critères de sélection pour préciser l'étendue de la recherche jurisprudentielle. Premièrement, nous avons sélectionné uniquement les décisions des tribunaux québécois. Ensuite, nous avons limité l'analyse quantitative du traitement judiciaire aux plus récentes décisions (2013-2018), quoique l'intégralité des décisions québécoises citant *Lac d'Amiante* fut consultée pour compléter l'analyse qualitative qui fera l'objet des sous-sections suivantes. Finalement, nous avons limité le cadre de cette analyse quantitative aux décisions de la Cour suprême du Canada, de la Cour d'appel du Québec et de la Cour supérieure du Québec. Parfois, certaines décisions réfèrent à des enseignements de l'arrêt *Lac d'Amiante* sans référer explicitement aux paragraphes pertinents. Lorsqu'il était possible d'associer un paragraphe spécifique à ces enseignements, nous avons répertorié manuellement les paragraphes concordants. Notons qu'il y a dans cet échantillon 15 occurrences où il n'était pas possible d'associer un paragraphe spécifique à la référence à l'arrêt *Lac d'Amiante*.

pertinents¹⁰⁷. D'un point de vue quantitatif, l'arrêt *Lac d'Amiante* serait sans surprise principalement cité par les tribunaux pour justifier la reconnaissance de l'OIC. Cela confirme la cristallisation de l'OIC comme principe de droit établi, même s'il provient de la jurisprudence.

Tableau 1 – Les paragraphes de l'arrêt *Lac d'Amiante* les plus mentionnés par les tribunaux québécois entre les années 2013 et 2018



Le Tableau 1 révèle plusieurs conclusions. Premièrement, la deuxième utilisation de l'arrêt *Lac d'Amiante* la plus répandue par les tribunaux, après la reconnaissance de l'OIC¹⁰⁸, est afférente aux paragraphes 35 à 39 de l'arrêt. Ces paragraphes portent essentiellement sur l'exposé du juge LeBel concernant les caractéristiques du droit processuel civiliste québécois, sa source codifiée par le *Code de procédure civile*, ses différences avec la procédure dans le système de common law et les pouvoirs inhérents

107. Les paragraphes 42, 60, 63, 64, 68, 73, 74, 75, 77 et 78 de l'arrêt *Lac d'Amiante* sont souvent cités à l'appui de la reconnaissance de l'obligation implicite de confidentialité.

108. Comme indiqué précédemment, nous comptons dans cet échantillon 71 occurrences où les tribunaux font allusion à l'arrêt *Lac d'Amiante* afin de reconnaître l'obligation implicite de confidentialité.

des tribunaux québécois. Cette observation permet de croire que l'arrêt *Lac d'Amiante* a su reconnaître l'OIC sans véritablement « l'importer » de la common law. Le fait que ces paragraphes soient autant cités démontre que les tribunaux perçoivent toujours le besoin de distinguer le droit civil de la common law. On pourrait y voir, par le truchement de l'arrêt *Lac d'Amiante*, un véhicule de valorisation de l'autonomie du système de droit civil québécois.

Deuxièmement, le paragraphe 53 de l'arrêt *Lac d'Amiante* est mentionné à neuf reprises dans l'échantillon. Toutes ces mentions font référence à l'enseignement de la Cour suprême portant sur la pertinence, selon lequel celle-ci « s'apprécie alors principalement par rapport aux allégations contenues dans les actes de procédure »¹⁰⁹. Sur les neuf occurrences référant à cet enseignement, c'est cinq décisions qui réfèrent à cet enseignement en citant l'arrêt *Glegg c Smith & Nephew inc*¹¹⁰ (« **Glegg** ») de la Cour suprême. Cela appuie la théorie selon laquelle l'arrêt *Lac d'Amiante* a véritablement fait évoluer la conception de la notion juridique de la pertinence.

Troisièmement, le fait que l'on compte huit occurrences de décisions qui font mention du paragraphe 56 permet de conclure que les tribunaux ont assimilé la conclusion de la Cour suprême voulant que les interrogatoires préalables soient essentiellement de nature exploratoire, se rapprochant de leur contrepartie de common law, le *discovery*. Comme au paragraphe précédent, ces résultats semblent confirmer un véritable effet de l'arrêt *Lac d'Amiante* sur la conception de la pertinence, se soldant ultimement, par la genèse d'une codification de principes jurisprudentielles telle la disposition prévue à l'article 228 CPC¹¹¹.

Quatrièmement, comme sur la question de la pertinence, les paragraphes 59 et 60 sont fréquemment mentionnés, respectivement sept et quinze fois, en partie grâce à l'arrêt *Glegg* qui enseigne que :

La procédure d'interrogatoire préalable favorise la divulgation de la preuve dans l'intérêt de la conduite juste et efficace des procès. Son emploi permet ainsi à un plaideur de mieux connaître les fon-

109. *Glegg c Smith & Nephew inc*, 2005 CSC 31 au para 22 [*Glegg*].

110. *Ibid.*

111. Voir la *Section 1. C. ii) a)*, ci-dessus.

dements de la réclamation présentée contre lui, d'évaluer la qualité de la preuve et, à l'occasion, d'évaluer l'opportunité de maintenir la contestation ou, au moins, de mieux définir le cadre de celle-ci. Bien employée, cette procédure peut contribuer à accélérer la marche du procès et la résolution des débats judiciaires (voir *Royer*, p. 411 ; *Lac d'Amiante*, au par 59-60).¹¹²

Ainsi, les tribunaux réfèrent parfois à l'arrêt *Lac d'Amiante* pour rappeler la finalité de l'interrogatoire préalable, à savoir, favoriser la divulgation de la preuve, contribuant ainsi à l'efficacité de la marche du procès. Ce fait tend à démontrer que les tribunaux sont demeurés sensibles à cette finalité de la reconnaissance de l'OIC. *A priori*, ces données confirment notre proposition, selon laquelle l'un des effets juridiques de *Lac d'Amiante* sur le droit procédural québécois a été de favoriser la divulgation de la preuve la plus complète¹¹³.

Enfin, le paragraphe 76, qui porte sur le test formulé par la Cour suprême pour demander une exception à l'obligation implicite de confidentialité, n'est mentionné que sept fois. Ce test de pondération des avantages et du préjudice, rappelons-le, a été modifié par celui de l'arrêt *Juman*, lequel est plus strict, alors que le fardeau devient l'intérêt public supérieur. D'ailleurs, ce même paragraphe de *Lac d'Amiante* fournit aussi l'exemple de l'exception de témoignage contradictoire. Dans la *Section 4) B. ii)*, il sera notamment question de cette exception et de son traitement judiciaire.

B. L'utilisation des exceptions à l'obligation implicite de confidentialité et leur traitement

Parmi les différentes exceptions qui peuvent être invoquées pour lever l'obligation implicite de confidentialité énoncées par les arrêts *Lac d'Amiante* et *Juman*, seules deux ont réellement fait l'objet de débats devant les tribunaux : l'exception de témoignages contradictoires¹¹⁴ (*ii*) et celle d'instances parallèles¹¹⁵ (*iii*). Pour mieux les comprendre, il est essentiel d'étudier l'historique de l'application des exceptions (*i*).

112. *Glegg*, *supra* note 109 au para 22.

113. Voir la *Section 1. C. i) b)*, ci-dessus.

114. *Lac d'Amiante*, *supra* note 1 au para 76.

115. *Juman*, *supra* note 21 au para 35.

i) *Historique des exceptions : les affaires Sulitzer*

En 2002 et 2003, deux affaires (« **affaires Sulitzer** ») appliquaient les balises de *Lac d'Amiante* pour les exceptions de témoignages contradictoires et d'instance parallèles : *Sulitzer c Banque Nationale du Canada*¹¹⁶ (« **BNC** ») et *Jacobson-Sulitzer c Sulitzer*¹¹⁷ (« **Jacobson-Sulitzer** »). Rendus à une année d'intervalle, le jugement *BNC* et l'arrêt *Jacobson-Sulitzer* ont un contexte factuel similaire.

Jacobson-Sulitzer implique une action en divorce en France entre monsieur et madame Sulitzer. Monsieur est un écrivain connu et détient des actifs importants¹¹⁸.

Dans la première affaire, soit l'affaire *BNC*, Madame demande à la Cour supérieure de relever l'obligation implicite de confidentialité à l'égard de l'interrogatoire préalable de son époux qu'elle a mené dans le présent dossier, afin qu'elle puisse utiliser cet interrogatoire dans d'autres dossiers l'opposant à ce dernier. Elle requiert donc une exception d'instances parallèles. La juge Morneau, de la Cour supérieure, après avoir cité les paragraphes pertinents de l'arrêt *Lac d'Amiante*, semble se préoccuper de l'intention de madame, qui, malgré sa requête visant à suspendre l'application de l'OIC, n'a pas indiqué vouloir déposer l'interrogatoire au présent dossier. La Cour repose son analyse sur ce fait et dispose de la requête en notant, d'une part, qu'accorder cette requête ne serait pas compatible avec les exigences de la bonne foi et, d'autre part, que la requête est prématurée :

[7] Or, il est remarquable de constater ici que l'épouse, qui demande à être dégagée de son obligation de confidentialité à l'égard de l'interrogatoire hors cour sur affidavit auquel a procédé son procureur, n'a toujours pas, à ce stade, indiqué son intention de le produire au présent dossier.

[8] Cette abstention suffirait à elle seule à disposer de la requête, du moins à ce stade. L'épouse ne saurait en effet prétendre ne pas

116. *Sulitzer c Banque Nationale du Canada*, 2002 CanLII 31118, EYB 2002-32637 (QC CS) [*BNC*].

117. *Jacobson-Sulitzer c Sulitzer*, 2003 CanLII 35403, EYB 2003-37340 (QC CA) [*Jacobson-Sulitzer*].

118. *BNC*, *supra* note 116 au para 2.

produire cet interrogatoire dans le dossier dans lequel elle l'a tenu, pour l'utiliser dans un autre dossier l'opposant à son époux dans une autre juridiction. Les articles 6 et 7 C.c.Q. sur les exigences de la bonne foi semblent incompatibles avec sa demande. L'on ne saurait d'ailleurs ignorer ce que souligne la Cour suprême dans l'affaire *Lac d'Amiante* (p. 774) : [...].¹¹⁹ [Nos soulignements]

Ensuite, dans l'arrêt *Jacobson-Sulitzer*, qui ne vise pas directement la requête de l'affaire *BNC*¹²⁰, madame demande à la Cour d'appel de la relever de son obligation implicite de confidentialité pour des motifs additionnels, parmi lesquels deux sont pertinents. Premièrement, selon l'appelante, la conclusion de la juge de première instance selon laquelle « l'introduction de la transcription dans le dossier de divorce conférerait un avantage indu à l'appelante »¹²¹ serait erronée. Sur ce motif, la Cour d'appel tranche que l'analyse de la juge de première instance ne contenait pas d'erreur, puisqu'elle a correctement appliqué la règle de la balance des inconvénients¹²², qui constitue le test de l'arrêt *Lac d'Amiante* qui fût plus tard remplacé par le test de l'arrêt *Juman*.

Deuxièmement, « l'appelante fait valoir qu'elle cherche à éviter des versions contradictoires dans les témoignages de l'intimé dans l'instance de divorce en France et dans les procédures intentées au Québec »¹²³. Elle invoque donc l'exception de témoignages contradictoires, qui fera l'objet de la *Section 4. B. ii*). La Cour d'appel rejette ce motif, notamment en soulignant le risque qu'un tel argument soit employé trop souvent pour obtenir une suspension de l'obligation implicite de confidentialité :

[28] Je tiens à ajouter que le troisième argument de l'appelante en est un qui pourrait être utilisé en tout temps, vu qu'une partie pourrait toujours soulever la possibilité que l'autre partie se contredise éventuellement. Si on acceptait un tel argument, on en arriverait à lever l'obligation de confidentialité de façon routinière, contrairement aux enseignements de la Cour suprême.¹²⁴

119. *Ibid* aux para 7 et 8.

120. La requérante *Jacobson-Sulitzer* a produit deux requêtes similaires, dont celle de l'affaire *BNC* et une autre, distincte, visée par l'arrêt *Jacobson-Sulitzer*. Voir *Jacobson-Sulitzer*, *supra* note 117 aux para 10 à 16.

121. *Jacobson-Sulitzer*, *supra* note 117 au para 21.

122. *Ibid* aux para 25 et 26.

123. *Ibid* au para 27.

124. *Ibid* au para 28.

Ces deux affaires furent parmi les premières à appliquer les enseignements de l'arrêt *Lac d'Amiante* relatifs à la levée de l'OIC. Elles appliquaient le raisonnement de la Cour suprême, avant l'arrêt *Juman*, c'est-à-dire avec une norme moins stricte de « balance des inconvénients », contrairement au fardeau actuel de « l'intérêt public supérieur ».

Depuis, plusieurs dizaines de décisions ont été rendues répondant à des arguments similaires, parmi lesquels l'affaire *Ludmer v Canada (Attorney General)*¹²⁵ (« **Ludmer** »). Cette décision concerne une demande d'exception d'instances parallèles, dont il sera question à la *Section 4. B. iii*). Nous reviendrons ultérieurement sur cette décision, mais il convient d'en citer l'extrait suivant pour mieux illustrer l'évolution qui s'est opérée au niveau du traitement jurisprudentiel des exceptions à l'OIC, alors que la Cour supérieure conclut que les affaires *Sulitzer* ne représentent plus l'état du droit actuel :

[25] The CRA [partie au litige] produced two judgments in the same action where the wife was not allowed to use her husband's examination from one action in another related action. These judgments were rendered shortly after the judgment in *Lac d'Amiante* and before the judgment in *Juman*. In my view, they do not represent the current state of the law on this issue.¹²⁶ [Nos annotations]

Cet extrait mérite certaines nuances. Dans les prochaines sous-sections, nous présenterons l'état du droit actuel sur ces deux exceptions invoquées, soit l'exception de témoignages contradictoires (*ii*) et l'exception d'instances parallèles (*iii*).

ii) Exception de témoignages contradictoires

Le juge LeBel prévoit expressément dans *Lac d'Amiante* la possibilité de demander une suspension de l'obligation implicite de confidentialité « lorsqu'il s'agirait de démontrer dans un autre procès qu'un témoin a donné des versions contradictoires d'un même fait »¹²⁷.

125. *Ludmer v Canada (Attorney General)*, 2014 QCCS 4853 [Ludmer].

126. *Ibid* au para 25.

127. *Lac d'Amiante*, *supra* note 1 au para 76.

Dans l'arrêt récent *Sheikh c R*¹²⁸ (« **Sheikh** »), la Cour d'appel répond à cette question, alors qu'elle doit notamment trancher si la juge Lacroix de la Cour supérieure s'est méprise en accordant la demande de levée de l'ordonnance de huis clos. Cette ordonnance de huis clos porte sur un interrogatoire de l'appelant, Abbas Sheikh, dans une cause civile dont les faits ont mené à deux procès pénaux, incluant une accusation de fraude contre l'appelant et une autre contre un complice potentiel de l'appelant, Richard Vallières. Le ministère public demande de lever cette ordonnance de huis clos, afin de déterminer si le témoignage de l'appelant au procès de Richard Vallières est crédible¹²⁹. La juge Lacroix, en première instance, accorde cette demande et ordonne la levée de l'ordonnance de huis clos. Elle assortit son ordonnance de plusieurs modalités visant à interdire l'utilisation de l'interrogatoire pour incriminer l'appelant. Essentiellement, elle écrit que l'interrogatoire ne pourrait être utilisé contre l'appelant « que relativement à une accusation de parjure ou de témoignage contradictoire »¹³⁰ et non pour les procès de fraude.

En appel, l'appelant Sheikh plaide qu'il faut distinguer le droit au silence d'un accusé de son droit à garder secrets ses moyens de défense tant qu'ils ne sont pas révélés au procès¹³¹. Sheikh tente ainsi de convaincre la Cour que le droit de garder secrets ses moyens de défense, contrairement au droit au silence, n'admet aucune exception. La Cour d'appel rejette cet argument, rappelant que ces deux droits sont intimement liés et qu'ils sont des privilèges découlant du principe interdisant l'auto-incrimination. Ce faisant, il est possible de lever ces droits selon le mécanisme d'exception prévu par les arrêts *Lac d'Amiante* et *Juman*.

La Cour d'appel reconnaît que les ordonnances de la juge Lacroix, limitant l'utilisation de l'interrogatoire préalable, respectent les balises établies par l'arrêt *Lac d'Amiante*. L'appelant plaide que puisque le ministère ignore le contenu de l'interrogatoire convoité, sa demande en est une faite à l'aveuglette¹³². Cet argument est également débouté par la Cour, qui estime que l'utilisation voulue par le ministère de cet interrogatoire est un

128. *Sheikh c R*, 2017 QCCA 766 [*Sheikh*].

129. *Ibid* au para 62.

130. *Ibid* au para 57.

131. *Ibid* au para 51.

132. *Ibid* au para 60.

moyen de s'assurer de la véracité de son témoignage et que cet objectif est légitime¹³³.

Finalement, la Cour d'appel conclut que les ordonnances de la juge Lacroix respectent les paragraphes 41¹³⁴ et 44¹³⁵ de l'arrêt *Juman*, en ce sens qu'elles ne lèvent le huis clos que pour le procès criminel de Richard Vallières et simplement pour s'assurer que le témoignage de l'appelant lors de celui-ci ne contredira pas son témoignage dans l'instance civile.

Ainsi, nous pouvons retenir que l'exception de témoignages contradictoires est accordée, car :

- Le droit à l'auto-incrimination de l'appelant est préservé par les ordonnances de la juge de première instance contraignant le ministère public à n'utiliser cet interrogatoire que de manière à s'assurer de la véracité de l'interrogatoire dans le dossier pénal ;
- L'interrogatoire ne sera pas utilisé dans le cadre du procès de l'appelant, mais bien de son potentiel complice ;
- L'arrêt *Juman* sert de référence lorsqu'il s'agit de déterminer si l'exception doit être accordée, bien que l'arrêt *Lac d'Amiante* soit aussi mentionné ;
- L'objectif de s'assurer de la véracité d'un témoignage est un contre-argument valable à l'argument voulant que la demande d'exception en est une à l'aveuglette ; et
- En matière pénale, le droit au silence et le droit de garder secrets ses moyens de défense sont des pendants du droit contre l'auto-incrimination et ne sont pas absolus, c'est-à-dire qu'ils peuvent être levés.

133. *Ibid* au para 63.

134. Ce paragraphe enseigne que : « Une autre situation où le droit du déposant à sa vie privée cédera le pas devant un intérêt public supérieur est celle où le déposant a fourni un témoignage contradictoire sur les mêmes questions dans des instances successives ou différentes [...] ».

135. Ce paragraphe reconnaît le pouvoir discrétionnaire des tribunaux de relever une partie de l'OIC. Il enseigne que « [c]ette analyse englobe l'identification des effets préjudiciables potentiels dans le cas où la protection de l'engagement implicite est perçue comme étant atténuée ou diminuée ».

Dans l'affaire *SNC-Lavalin Group inc c Ben Aïssa*¹³⁶ (« **Ben Aïssa** »), un défendeur souhaitait lever la confidentialité d'un interrogatoire préalable d'un tiers, mis en cause, pour l'utiliser en défense à une action collective intentée dans une autre province. Cette décision résume bien l'état du droit sur une question précise : comment invoquer l'exception de témoignages contradictoires ?

Bien que les affaires *Sulitzer* aient été écartées explicitement par au moins une décision¹³⁷, selon l'affaire *Ben Aïssa*, l'arrêt *Jacobson-Sulitzer* peut toujours être plaidé. Effectivement, la Cour supérieure, dans l'affaire *Ben Aïssa*, retient les enseignements des paragraphes 27 et 28 de l'arrêt *Jacobson-Sulitzer*. D'abord, ces paragraphes enseignent que s'il y a contradiction par une partie, la partie adverse pourrait déposer l'interrogatoire sans avoir à demander d'autorisation¹³⁸. On retient également de ces paragraphes que les tribunaux doivent faire preuve de prudence en acceptant les demandes d'exception de témoignages contradictoires, puisque cette exception pourrait être invoquée de manière routinière.

La Cour supérieure conclut que les faits n'appuient pas la possibilité d'un témoignage contradictoire :

[8] Si aux termes de l'interrogatoire de monsieur Laramée des contradictions [s]e précisent et se présentent, rien n'empêche alors monsieur Ben Aïssa de présenter sa demande. D'ailleurs, comme l'enseigne la Cour d'appel dans l'arrêt *Jacobson-Sulitzer c. Sulitzer*, 2003 CanLII 35403 QC CA, aux paragraphes 27 et 28 : [...]

[9] Or, pour l'instant, il faut présumer que monsieur Laramée est de bonne foi. Enfin, rien n'indique, à ce stade-ci, que monsieur Ben Aïssa, le public et la Cour seraient brimés dans leur recherche de la vérité lors de l'interrogatoire de monsieur Laramée.¹³⁹

À notre avis, les décisions *Sheikh* et *Ben Aïssa* sont instructives en ce qu'elles enseignent qu'une demande d'exception de

136. *SNC-Lavalin Group inc c Ben Aïssa*, 2017 QCCS 1672 [*Ben Aïssa*].

137. *Ludmer*, *supra* note 125 au para 25.

138. Voir par ex *Trium Mobilier de Bureau inc c Coutu*, 2017 QCCS 2514, où l'existence d'un témoignage contradictoire est démontrée. Ainsi, dans cette affaire, en suivant le raisonnement de la Cour supérieure dans *Ben Aïssa*, il n'aurait pas été nécessaire de demander l'autorisation de lever l'obligation implicite de confidentialité.

139. *Ben Aïssa*, *supra* note 136 aux para 8 et 9.

témoignage contradictoire devrait idéalement être accompagnée d'indices suggérant un manquement aux obligations de la bonne foi. Sinon, à tout le moins, la partie demanderesse devrait circonscrire son utilisation de l'interrogatoire demandé, de manière à réduire le plus possible l'atteinte aux droits à la vie privée de la partie adverse, préférablement au moyen d'engagements. Cela est à plus forte raison requis lorsque le droit à l'auto-incrimination de la partie interrogée est en jeu. Surtout, et les deux décisions en font mention, la recherche de la vérité ou « l'objectif de s'assurer de la véracité de l'interrogatoire » doit sembler être, aux yeux du tribunal, la motivation de la partie demanderesse. À défaut de pouvoir compter sur ces éléments, il est probable que le tribunal rejette la demande en invoquant le danger de rendre routinière la levée de l'obligation implicite de confidentialité. Il ressort de cet exposé que le fardeau qui s'impose au demandeur d'une levée de l'OIC est certainement plus élevé que le standard de la prépondérance des inconvénients de *Lac d'Amiante*.

Les décisions *Sheikh* et *Ben Aïssa* ont suggéré l'existence d'un critère additionnel à la demande d'exception de témoignages contradictoires. Ce nouveau critère, qui n'existe ni dans *Lac d'Amiante* ni dans *Juman*, est, à notre avis, démesurément restrictif pour la partie demanderesse. Selon ce nouveau critère, la partie qui souhaite lever l'OIC pour des témoignages contradictoires devra compter sur une preuve de mauvaise foi de la partie adverse. Nous savons que le fardeau de la partie demanderesse qui souhaite lever l'OIC était déjà considérable, surtout depuis l'arrêt *Juman*. Nous savons également que la démonstration d'un manquement aux obligations de bonne foi n'est pas aisée, alors que la bonne foi se présume toujours¹⁴⁰. Le récent arrêt *Churchill Falls (Labrador) Corp c Hydro-Québec*¹⁴¹, en matière contractuelle, réitère d'ailleurs ce principe¹⁴².

Dans l'affaire *Ben Aïssa*, la Cour supérieure a rejeté la demande de levée de l'OIC, notamment en invoquant l'absence de preuve de mauvaise foi du témoin¹⁴³.

140. CCQ, *supra* note 11 art 2805.

141. *Churchill Falls (Labrador) Corp c Hydro-Québec*, 2018 CSC 46.

142. *Ibid* au para 117.

143. *Ben Aïssa*, *supra* note 136 au para 9.

Au demeurant, la Cour justifie aussi son refus en écrivant :

[...] En espèce, les documents produits au soutien de la demande font voir non pas l'existence de témoignage contradictoire, mais plutôt une possibilité qu'il puisse exister éventuellement une contradiction.

[7] Les allégations générales de négation que l'on retrouve notamment au paragraphe 8 de la défense de SNC-Lavalin et au paragraphe 11 de celle de monsieur Laramée dans le recours collectif ne permettent pas de conclure à la présence d'éléments contradictoires.¹⁴⁴ [Nos soulignements]

Cet extrait enseigne que seule une preuve de *l'existence* d'un témoignage contradictoire serait suffisante pour lever l'obligation implicite de confidentialité. En considérant d'autre part l'ajout d'un nouveau critère de mauvaise foi, il est raisonnable de croire que cette décision porte de graves conséquences à la catégorie d'exception de témoignages contradictoires.

Selon nous, il serait utile de corriger le tir en jurisprudence. Autrement, cette catégorie d'exception risque d'être éliminée, ou du moins, de perdre son effet utile. Tout en évitant de rendre le recours à l'exception de témoignage contradictoire « routinier », comme le craint la Cour supérieure, il est possible de favoriser un équilibre normatif, d'abord, en éliminant le nouveau critère additionnel de la preuve de mauvaise foi. Ce nouveau critère est, avec égards pour l'opinion contraire, difficilement justifiable, surtout sans une forte assise jurisprudentielle. Ensuite, le fardeau de preuve pour les demandeurs ne devrait être ni *la possibilité* d'un témoignage contradictoire ni *son existence*. Plutôt, un équilibre serait à notre sens satisfait par la présentation d'une preuve suggérant, par des indices graves, précis et concordants, l'existence probable de tels témoignages contradictoires. Ce fardeau, analogue à une preuve par présomption, est à notre avis suffisamment élevé pour répondre aux craintes de la Cour supérieure, tout en préservant l'utilité de cette catégorie d'exception.

Deux décisions précédant l'arrêt *Juman* ont permis la levée de l'obligation implicite de confidentialité en reconnaissant l'exception de témoignages contradictoires. Ces scénarios constituent à

144. *Ibid* aux para 6 et 7.

notre sens de pertinents exemples de *cadres factuels* susceptibles de persuader un tribunal d'accorder la demande d'exception, bien que lesdites décisions soient antérieurs à l'arrêt *Juman*.

Dans l'affaire *Girard c Canadian Broadcasting Corporation*¹⁴⁵, le demandeur demande au Tribunal d'être relevé de l'OIC, car les « les faits révélés lors d'interrogatoires hors de Cour sont susceptibles de changer les conclusions du Comité de discipline qui l'a radié de façon permanente de l'Ordre des chiropraticiens »¹⁴⁶. Le juge Downs motive son autorisation ainsi :

14 En l'espèce, le requérant entend démontrer lors de son pourvoi devant le Tribunal des professions que les faits révélés lors de ses interrogatoires sont nouveaux et susceptibles de miner la crédibilité de certains témoins entendus devant le Comité de discipline.

15 Le Tribunal estime qu'un très grave préjudice serait causé au requérant s'il était privé de ce moyen, ce qui pourrait le priver d'une défense pleine et entière en matière de droit disciplinaire, soit un droit à caractère pénal et non purement civil.¹⁴⁷

L'extrait est éloquent en ce que l'on note que la Cour retient comme pertinents les faits suivants :

- Les faits révélés sont nouveaux, et
- Le refus d'autoriser la levée de l'obligation implicite de confidentialité serait hautement préjudiciable au demandeur puisque :
 - Ce dernier serait privé d'une défense pleine et entière, et
 - Le droit disciplinaire, dont il est question est de caractère pénal et non purement civil.

Finalement, dans la décision *Chabot c Provident, compagnie d'assurance-vie*¹⁴⁸, le juge Gagnon permet la levée de l'obligation

145. *Girard c Canadian Broadcasting Corporation*, [2005] RJQ 2937.

146. *Ibid* au para 1.

147. *Ibid* aux para 14 et 15.

148. *Chabot c Provident, compagnie d'assurance-vie*, 2004 CanLII 25149, EYB 2004-66115.

implicite de confidentialité dans le cas d'une personne qui aurait tenu des témoignages contradictoires :

[...] Il est incapable d'opérer de sa main droite pour obtenir son indemnité d'invalidité et redevient chirurgien droitier lorsqu'on lui reproche une faute qu'il aurait commise parce qu'il opérait de la main gauche.

[...] est le meilleur moyen à sa disposition pour démontrer que Denys Chabot a toujours l'usage de sa main droite pour effectuer des interventions chirurgicales, alors qu'il affirme le contraire depuis 1995, dont le 12 janvier 2004 lorsque interrogé à ce sujet par la défenderesse.¹⁴⁹

iii) Exception d'instances parallèles

Au paragraphe 35 de l'arrêt *Juman*, la Cour suprême fournit l'exemple de l'exception d'instances parallèles en y rattachant quelques conditions d'application :

1. L'information que l'on désire obtenir a été révélée lors d'un interrogatoire,
2. avec les mêmes parties ou des parties semblables et
3. des questions en litige identiques ou semblables et pour laquelle
4. le préjudice découlant de l'autorisation de lever l'obligation implicite pour la personne interrogée est quasi inexistant, alors que
5. l'autorisation sera généralement acceptée.

Selon nous, le cinquième critère – « l'autorisation sera généralement acceptée » – semble ne pas avoir de réelle incidence dans l'analyse, puisque cette conclusion s'apprécie seulement en regard des autres critères, alors que les tribunaux s'appuient sur

149. *Ibid* aux para 48 et 49.

ces critères pour déterminer si l'exception doit être accordée. Ce cinquième critère est donc redondant.

Cette courte sous-section traitera des demandes d'exceptions qui se sont soldées, d'une part, par une réussite (a) et de l'autre, par un échec (b).

a) *Application reconnue*

L'affaire *Ludmer*, dont il a été question précédemment, est un exemple de demande d'exception à l'OIC qui a été accordée. Tous les critères susmentionnés ont été observés alors qu'un interrogatoire mené pour un dossier à la Cour supérieure était demandé au niveau de la Cour fédérale¹⁵⁰. Il s'agissait des mêmes parties débattant d'une question de droit similaire¹⁵¹. Cette décision est également pertinente en raison de deux arguments que rejette la Cour supérieure.

Le premier argument de la partie défenderesse porte sur la pertinence. Selon la défenderesse, l'information obtenue lors de l'interrogatoire au niveau de la Cour supérieure ne serait pas pertinente à la Cour fédérale. La Cour supérieure évite de se prononcer sur cette question, mais ce faisant, répond à l'argument en écrivant : « *I am not deciding on its relevance or admissibility in the Federal Court proceedings. Those are matters for the Federal Court judge to decide* »¹⁵².

Le deuxième argument que rejette la Cour supérieure a été formulé par le demandeur, qui demandait une exception généralisée pour les litiges dans lequel il était impliqué avec la défenderesse, outre les dossiers à la Cour fédérale. La Cour supérieure n'admet qu'une exception précise, rejetant la demande d'exception généralisée au motif qu'une demande de suspendre l'OIC, en vertu de l'arrêt *Juman*, doit être spécifique pour être acceptée¹⁵³.

De façon similaire, la Cour d'appel admet une exception d'instances parallèles dans l'arrêt *Paysystems Corporation c Pago*

150. *Ludmer*, *supra* note 125 au para 1.

151. *Ibid* au para 40.

152. *Ibid* au para 32.

153. *Ibid* aux para 37-39.

*Etransaction Services gmbh*¹⁵⁴, en citant les arrêts *Lac d'Amiante* et *Juman*, puisque (1) les parties adverses n'ont soulevé aucun autre « motif sérieux » pour demander la confidentialité et que (2) les deux instances sont essentiellement les mêmes¹⁵⁵. L'extrait suivant résume succinctement la réflexion judiciaire :

[11] À la réflexion, l'ordonnance prononcée s'apparente davantage à une gestion efficace de l'instance de deux dossiers qui vraisemblablement sont susceptibles de faire l'objet d'une audition commune entre les mêmes entités corporatives, leurs actionnaires et leurs administrateurs.¹⁵⁶

b) Application refusée

C'est forcément le défaut de remplir les critères de l'arrêt *Juman*, énumérés précédemment, qui justifie le refus d'un tribunal d'accorder une demande d'exception d'instances parallèles. Par exemple, dans l'affaire *Ben Aïssa*¹⁵⁷, la Cour rejette la demande, notamment en s'appuyant sur les constats factuels suivants :

- « Les questions ne sont pas tout à fait similaires »¹⁵⁸ (critère 3), et
- « seulement trois des dix-sept défendeurs à la procédure ontarienne sont également défendeurs dans le recours civil »¹⁵⁹ (critère 2).

Outre ces cinq critères de l'arrêt *Juman*, un tribunal peut refuser la demande d'exception en s'appuyant plus généralement sur le défaut de la partie demanderesse d'avoir démontré « un intérêt public supérieur »¹⁶⁰. Tel fut le cas dans la décision 3093-9920 *Québec inc (Métro Plus Marché PE Prix) c Métro Richelieu inc*¹⁶¹, alors que la Cour supérieure refuse de permettre l'exception d'instances parallèles. Le juge Lachance écrit :

154. *Paysystems Corporation c Pago Etransaction Services gmbh*, 2008 QCCA 714.

155. *Ibid* au para 10.

156. *Ibid* au para 11.

157. *Ben Aïssa*, *supra* note 136.

158. *Ibid* au para 12.

159. *Ibid* au para 13.

160. *Juman*, *supra* note 21 au para 38.

161. 3093-9920 *Québec inc (Métro Plus Marché PE Prix) c Métro Richelieu inc*, 2013 QCCS 157 [*Métro Plus*].

[24] À notre avis, P.E. PRIX ne peut se servir des informations obtenues lors des interrogatoires après défense pour amender sa procédure introductive d'instance afin de poursuivre Nielsen. [...]

[26] Il ne fait donc aucun doute que c'est à l'occasion d'interrogatoires et d'engagements produits par après, tous protégés par une obligation implicite de confidentialité, que P.E. PRIX a obtenu l'information nécessaire et utile lui permettant d'identifier Nielsen, le lien contractuel de celle-ci avec Métro constaté par le contrat, pièce P-5A, et leurs relations d'affaires.

[27] Les amendements demandés visant à poursuivre Nielsen résultent donc des interrogatoires après défense et n'auraient vraisemblablement pas existé sans eux.¹⁶² [Nos soulignements]

Ainsi, la partie demanderesse devait, pour amender ses actes de procédures pour rajouter une partie, démontrer un « intérêt public supérieur », ce qu'elle n'a pas réussi à faire¹⁶³.

Bien que précédant l'arrêt *Juman*, la Cour supérieure a rejeté une demande similaire dans l'affaire *Brochu c Société des loteries du Québec (Loto-Québec)*¹⁶⁴ en justifiant selon l'arrêt *Lac d'Amiante* :

La nature privée de l'interrogatoire préalable [1], le caractère distinct des instances [2] et le préjudice plus grand pour les parties dans l'appel en garantie [3] militent en faveur de l'interdiction au demandeur d'assister aux interrogatoires au préalable dans l'autre instance [...]. [Nos annotations]

Ces trois motifs sont analogues à certains critères de l'affaire *Juman*, particulièrement les critères 2 – « mêmes parties » – et 4 – « préjudice inexistant ».

C. L'acceptation de nouvelles exceptions à l'obligation implicite de confidentialité

Dans *Lac d'Amiante*, le juge LeBel ouvre la porte à la possibilité pour les tribunaux de reconnaître de nouvelles catégories d'exception à l'obligation implicite de confidentialité¹⁶⁵. Les tri-

162. *Ibid* aux para 24, 26 et 27.

163. *Ibid* aux para 33 et 34.

164. *Brochu c Société des loteries du Québec (Loto-Québec)*, 2008 QCCS 132.

165. *Lac d'Amiante*, *supra* note 1 au para 76.

bunaux ont-ils reconnu de nouvelles exceptions, outre celles prévues par *Lac d'Amiante* et *Juman* (i) ? Inversement, quelles ont été les tentatives infructueuses de faire reconnaître de nouvelles exceptions (ii) ? Finalement, existe-t-il une quelconque exception « indirecte » ou « contournée » à l'OIC (iii) ?

i) Une « nouvelle exception » admise

Parmi les centaines de décisions de tribunaux québécois recensées, seule une décision a reconnu ce qui pourrait être assimilé – en interprétant largement cette expression – à une « nouvelle exception » à l'obligation implicite de confidentialité. Effectivement, *stricto sensu*, aucune décision ne semble avoir eu pour effet de créer une nouvelle catégorie d'exception, au même titre que l'exception de témoignages contradictoires, par exemple.

Or, dans la décision *Industries Remac inc c Construction CLD (1985) inc*¹⁶⁶, rendue quelques mois après l'arrêt *Juman*, mais n'y référant pas, le juge Bouchard, de la Cour supérieure, lève l'obligation implicite de confidentialité pour favoriser une gestion efficace de l'instance¹⁶⁷. En résumé, la partie défenderesse, en invoquant la règle de la proportionnalité, demande à la Cour supérieure de ne pas imposer aux parties appelées en garantie de poser à nouveau les mêmes questions au témoin, alors que l'interrogatoire a été effectué en présence de toutes les parties¹⁶⁸. Cette demande au tribunal est acceptée, alors que cette exception n'était pas prévue par la Cour suprême dans les deux arrêts phares. Au premier coup d'œil, il est possible de noter, par cette décision, la reconnaissance implicite d'une nouvelle catégorie d'exception.

Toutefois, il faut également considérer que cette demande de la partie défenderesse est analogue à une renonciation implicite, puisque l'interrogatoire dont il est question a été mené par cette même partie. Autrement dit, le fait qu'il s'agisse de la partie « interrogatrice » qui demande la levée de l'obligation implicite de confidentialité est un élément factuel qui constitue un facteur

166. *Industries Remac inc c Construction CLD (1985) inc*, 2008 QCCS 2818.

167. *Ibid* au para 35.

168. *Ibid* au para 28.

considérable dans le raisonnement logique et le tribunal en tient compte dans ses motifs¹⁶⁹.

Le juge Bouchard se positionne aussi sur la question « [s]i je vous posais les mêmes questions que le procureur précédent, me donneriez-vous les mêmes réponses ? », que pourrait poser une partie désirant intégrer au sien l'interrogatoire mené par une autre partie :

[36] Quant à la question posée, à savoir « Si je vous posais les mêmes questions que le procureur précédent, me donneriez-vous les mêmes réponses ? », elle n'est pas illégale en soi, mais elle invite le témoin, s'il en sent le besoin, à nuancer ses réponses après y avoir réfléchi à nouveau.

[37] Il est préférable d'aller droit au but. Si les parties désirent intégrer à leurs interrogatoires respectifs celui effectué par une autre partie, soit qu'elles en conviennent préalablement ou à défaut d'entente, qu'elles s'adressent au Tribunal pour qu'il autorise cette démarche, comme en l'espèce.¹⁷⁰

La décision *Lafortune-Coulombe c Assurance-vie Desjardins*¹⁷¹ confirme qu'aucune disposition du *Code de procédure civile* (1965) n'empêche une partie de poser les mêmes questions que celles de la partie adverse qui a décidé de ne pas déposer l'interrogatoire.

ii) De « nouvelles exceptions » refusées

Dans l'arrêt *Proulx c Impérial Tobacco ltée*¹⁷², la Cour d'appel tranche que la difficulté d'un justiciable de mener son propre interrogatoire ne constitue pas une nouvelle exception à *Lac d'Amiante*. La Cour écrit :

Tant en première instance que devant notre Cour, l'intimée fait valoir qu'il lui sera difficile de produire le témoin Lanaro lors du procès.

169. *Ibid* au para 32.

170. *Ibid* aux para 36 et 37.

171. *Lafortune-Coulombe c Assurance-vie Desjardins*, [1997] RJQ 2746 (CS), REJB 1997-03377.

172. *Proulx c Impérial Tobacco ltée*, 2002 CanLII 2912 (QC CA), EYB 2002-30386.

Le genre de difficulté qu'elle évoque ne figure pas sur la liste très restrictive des cas où il est possible de faire exception au principe.¹⁷³

Dans l'affaire *Ben Aïssa*¹⁷⁴, la Cour supérieure rejette une des demandes de lever l'OIC en tranchant que « le droit de préparer un interrogatoire préalable » n'est pas une circonstance exceptionnelle¹⁷⁵. La juge Mainville écrit aussi :

Le fait de vouloir assurer sa défense pleine et entière dans le cadre du recours collectif ontarien ne constitue pas une circonstance exceptionnelle au sens des arrêts *Lac d'amiante* et *Juman*.¹⁷⁶

Nous concluons, à la lumière de ces deux sous-sections, qu'à strictement parler, les tribunaux n'ont pas reconnu de nouvelles catégories d'exceptions à l'obligation implicite de confidentialité.

iii) Une exception « indirecte » possible

Si l'étude de la jurisprudence ne permet pas de relever de nouvelles catégories d'exceptions, il n'est pas tout à fait exact de prétendre qu'aucune exception *indirecte* à l'obligation implicite de confidentialité n'existe. La stratégie qui sera exposée aux paragraphes suivants permettrait à une partie, essentiellement, de faire indirectement ce qu'elle ne peut faire directement. Des nuances sont cependant nécessaires. Cette stratégie se fonde sur le droit de toute partie de modifier ses actes de procédure.

Supposons qu'une partie demanderesse interroge une partie tierce au litige et apprend de cet interrogatoire que cette tierce partie est en fait responsable, au même titre que la partie défenderesse, d'un manquement quelconque, que ce soit d'ordre contractuel ou extracontractuel. On peut supposer que l'obligation implicite de confidentialité proscrirait l'utilisation de cet interrogatoire contre cette partie tierce, si cet interrogatoire n'est pas préalablement rendu public. C'est ici qu'intervient l'affaire *Komatsu*¹⁷⁷ dans laquelle la Cour supérieure, par sa décision, ouvre la porte à une exception indirecte au principe de l'OIC.

173. *Ibid* au para 1.

174. *Ben Aïssa*, *supra* note 136.

175. *Ibid* au para 5.

176. *Ibid* au para 4.

177. *Komatsu*, *supra* note 23.

Le juge Hébert, dans cette affaire, permet à la partie demanderesse de modifier ses actes de procédure pour introduire comme une partie défenderesse additionnelle la partie tierce interrogée¹⁷⁸, qu'elle vise par un recours extracontractuel, et ce, pour plusieurs motifs, notamment :

- Cette demande de modification respecte le test de l'arrêt *Gaboury c Dion*, 2014 QCCA 976¹⁷⁹ ;
- Le but de la demanderesse n'est pas d'obtenir un délai quelconque¹⁸⁰ ;
- Cette demande de modification intervient tôt dans le processus¹⁸¹, et
- L'équilibre entre les parties ne sera pas affecté par ces modifications¹⁸².

Une fois la modification de l'acte de procédure acceptée, le contenu de l'interrogatoire préalable de la partie (à l'époque une tierce partie) lui devient désormais opposable, puisqu'elle est maintenant une partie à l'instance¹⁸³. Bref, au regard de l'obligation implicite de confidentialité, ce mécanisme de modification d'un acte de procédure représente une faille à un rigide principe juridique.

Notons par ailleurs que cette faille n'est pas toujours admise, comme dans l'affaire 3093-9920 *Québec inc (Métro Plus Marché PE Prix) c Métro Richelieu inc*¹⁸⁴ citée précédemment. Ainsi, selon les faits particuliers entourant un litige, si la demande de modification d'un acte de procédure est accordée, on pourrait observer une exception indirecte à l'obligation implicite de confidentialité.

178. *Ibid* aux para 16 à 25.

179. *Ibid* au para 18.

180. *Ibid* au para 19.

181. *Ibid* au para 22.

182. *Ibid* au para 25.

183. *Ibid* au para 31.

184. *Métro Plus*, *supra* note 161.

D. Les limites de l'obligation implicite de confidentialité

i) *La préparation du procès et la défense de ses intérêts dans le cadre de celui-ci*

Le juge LeBel écrit dans *Lac d'Amiante* que l'obligation implicite de confidentialité « interdit cependant à celle-ci d'en faire usage pour d'autres fins que la préparation du procès et la défense de ses intérêts dans le cadre de celui-ci »¹⁸⁵.

Dans l'affaire *Blanchet c Constructions Ferclau inc*¹⁸⁶, qui précède l'arrêt *Juman*, la juge Tessier-Couture de la Cour supérieure illustre bien ce que constitue un usage pour « la préparation du procès et la défense de ses intérêts dans le cadre de celui-ci » en ordonnant la divulgation de la transcription de l'interrogatoire préalable à la partie adverse, simplement pour permettre à la partie adverse de préparer la rédaction d'un acte de procédure. Pour justifier cette décision, elle cite l'extrait suivant de l'arrêt *Castonguay c Anctil*¹⁸⁷ :

[...] S'il en était autrement, il faudrait conclure que, pour tout usage du contenu de l'interrogatoire autre que le dépôt en preuve, que ce soit pour la rédaction de procédure, la préparation de l'enquête ou pour toute autre fin légitime, les autres parties seraient réduites à ne se fier qu'à la qualité de leur mémoire alors que la partie qui a interrogé pourrait jouir de la version intégrale. Ce déséquilibre n'est pas voulu par la loi.¹⁸⁸

Elle rajoute que « [l]a partie ayant procédé à l'interrogatoire bénéficie d'un privilège, il est cependant limité à la décision du dépôt en preuve de l'interrogatoire réalisé »¹⁸⁹. Ainsi, l'obligation implicite de confidentialité ne saurait avoir pour effet d'interdire complètement la communication de la transcription d'un interrogatoire préalable à la partie adverse. Une partie peut demander la communication de la transcription d'un interrogatoire à des fins procédurales.

185. *Lac d'Amiante*, supra note 1 au para 41.

186. *Blanchet c Constructions Ferclau inc*, [2005] JQ n° 4619.

187. *Castonguay c Anctil*, [2002] JQ n° 4864.

188. *Ibid* au para 1.

189. *Ibid* au para 10.

L'affaire *Couture c Girard*¹⁹⁰ reprend essentiellement le même raisonnement, cette fois-ci pour des défendeurs en garantie :

37 Le Tribunal est d'avis que l'intérêt de la justice requiert que les défendeurs en garantie puissent bénéficier des notes sténographiques des interrogatoires préalables aux fins de rédiger leurs actes de procédures, préparer l'enquête ou pour toute autre fin légitime.¹⁹¹

ii) *L'OIC ne s'applique qu'aux informations qui seraient demeurées confidentielles en l'absence de l'interrogatoire préalable*

Dans l'affaire *TMI-Éducation.com inc (Syndic de)*¹⁹², la Cour supérieure reconnaît que la communication par des administrateurs de la transcription d'un interrogatoire préalable au syndic de faillite ne viole pas l'OIC, puisque les administrateurs d'une société peuvent « fournir au syndic toute information pertinente à la gestion de l'actif »¹⁹³. La Cour rappelle ainsi le principe selon lequel « l'obligation de confidentialité ne s'applique qu'aux informations qui seraient demeurées confidentielles, en l'absence de l'interrogatoire préalable »¹⁹⁴.

iii) *Distinctions avec les arrêts Lac d'Amiante et Juman en jurisprudence québécoise*

a) *L'arrêt Juman n'est pas pertinent lors d'un débat portant sur une garantie procédurale constitutionnelle*

Dans l'arrêt *R c Nedelcu*¹⁹⁵ de la Cour suprême, tant les juges majoritaires¹⁹⁶ que ceux dissidents¹⁹⁷ rejettent la pertinence de l'arrêt *Juman* dans le cadre d'un débat portant sur l'article 13 de la *Charte canadienne des droits et libertés*¹⁹⁸ protégeant le droit

190. *Couture c Girard*, 2006 QCCS 4458. Voir aussi *Mogdad et Habitations Voyer – Le Logix inc*, 2014 QCCQ 5371 au para 55.

191. *Ibid* au para 37.

192. *TMI-Éducation.com inc (Syndic de)*, 2007 QCCS 6549.

193. *Ibid* au para 14.

194. *Ibid* au para 15.

195. *R c Nedelcu*, 2012 SCC 59 [Nedelcu].

196. *Ibid* au para 68.

197. *Ibid* aux para 138 et ss.

198. *Loi constitutionnelle de 1982*, Annexe B de la Loi de 1982 sur le Canada (R-U), 1982, c 11, art 13.

contre l'auto-incrimination. Le juge LeBel, en dissidence, résume succinctement cet enseignement :

[143] Bien qu'il puisse exister des exceptions à la règle de l'engagement implicite, notamment dans le cas d'un témoignage contradictoire, cela ne signifie pas que les mêmes exceptions s'appliqueront aux droits que l'art. 13 garantit à un accusé. Une règle de procédure civile ne se compare pas à une garantie constitutionnelle. Elles mettent en jeu des intérêts différents et ne peuvent pas être appliquées avec le même degré de souplesse.

[144] Comme l'a fait remarquer la Cour d'appel en l'espèce, rien dans l'arrêt *Juman* ne modifie la *ratio decidendi* de l'arrêt *Henry*. L'arrêt *Juman* n'est pas utile en l'espèce.¹⁹⁹ [Nos soulignements]

Nous avons mentionné précédemment l'arrêt *Sheikh*²⁰⁰, dans lequel la Cour d'appel reconnaît que le mécanisme de demande d'exception de *Lac d'Amiante* et *Juman* permet de lever le droit au silence d'un accusé et son droit à garder secrets ses moyens de défense²⁰¹. Il faut donc comprendre de cet extrait de *Nedelcu* que si les arrêts *Lac d'Amiante* et *Juman* peuvent être employés pour demander la levée de l'obligation implicite de confidentialité, en violation de certains droits de l'accusé liés au droit contre l'auto-incrimination, cela ne confère pas à ces arrêts une autorité juridique lorsque la question en litige porte spécifiquement sur le droit contre l'auto-incrimination.

b) *Les arrêts Lac d'Amiante et Juman ne sont pas pertinents lors d'un débat portant sur une ordonnance de non-publication*

Similairement, la Cour d'appel a reconnu que les arrêts *Lac d'Amiante* et *Juman* ne sont pas pertinents lorsque la question en litige porte sur une ordonnance de non-publication²⁰². Le débat sur l'ordonnance de non-publication est différent de celui portant sur l'accès à un interrogatoire hors cour.

199. *Nedelcu*, *supra* note 195 aux para 143 et 144.

200. *Sheikh*, *supra* note 128.

201. Voir *Section 4. B. ii*), ci-dessus.

202. *Gesca ltée c Groupe Polygone Éditeurs inc (Malcom Média inc)*, 2009 QCCA 1534 (autorisation d'appeler refusée) aux para 47 et 91.

- c) *L'obligation implicite de confidentialité ne protège pas les interrogatoires sous l'article 163 de la Loi sur la faillite et l'insolvabilité*

Dans la décision *Norbourn Gestion d'actifs inc (Syndic de)*²⁰³, la Cour supérieure tranche que l'interrogatoire prévu à l'article 163 de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*²⁰⁴ (« **LFI** ») « n'est pas un interrogatoire préalable mais un interrogatoire « statutaire » faisant partie de la panoplie des recours à la disposition [d'un syndic ou d'un créancier] dans sa recherche des faits »²⁰⁵. Ainsi « ni la règle implicite de confidentialité ni les conclusions de la Cour suprême dans *Lac d'Amiante* ne peuvent ici recevoir application »²⁰⁶.

Dans l'arrêt *Globe-X Management Ltd (Proposition de)*²⁰⁷, sous la plume du juge Nuss, la Cour d'appel conclut similairement que l'interrogatoire d'un débiteur ou de toute personne sur demande d'un représentant à l'étranger (anciennement sous l'article 271(5) LFI)²⁰⁸ n'est pas un interrogatoire préalable au sens de l'arrêt *Lac d'Amiante* et ne jouit pas de la protection de l'OIC²⁰⁹.

E. La réaction des tribunaux québécois à la violation de l'obligation implicite de confidentialité

Le juge LeBel écrit dans *Lac d'Amiante* qu'à la limite, la violation de l'obligation implicite de confidentialité « pourra conduire à une sanction pour outrage au tribunal, après l'institution des procédures nécessaires pour faire constater, prévenir ou arrêter une atteinte à la règle de confidentialité »²¹⁰. Plus de 15 ans plus tard, comment les tribunaux ont-ils traité la violation de l'OIC (i) et dans le cas d'une violation, est-ce fatal ou peut-on remédier à la violation (ii) ?

203. *Norbourn Gestion d'actifs inc (Syndic de)*, 2006 QCCS 1975 [Norbourn].

204. *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, LRC 1985, c B-3, art 163 [LFI].

205. *Norbourn*, *supra* note 203 au para 54.

206. *Ibid* au para 61.

207. *Globe-X Management Ltd (Proposition de)*, 2006 QCCA 290 (autorisation d'appeler refusée) [*Globe-X*].

208. *LFI*, *supra* note 204 art 275(1).

209. *Globe-X*, *supra* note 207 aux para 36 et ss.

210. *Lac d'Amiante*, *supra* note 1 au para 64.

i) L'outrage au tribunal

Globalement, la violation de l'obligation implicite de confidentialité n'emporte pas des conséquences aussi désastreuses que le prévoyait le juge LeBel. En effet, même lorsque les tribunaux ont reconnu l'existence d'une violation de l'obligation implicite de confidentialité, les conséquences réelles ne semblent pas suivre la mise en garde de la Cour suprême.

Par exemple, dans l'affaire *Chiara c Vigile Québec*²¹¹ (« **Chiara** ») la Cour supérieure reconnaît qu'il y a eu des violations à l'obligation implicite de confidentialité²¹² : la partie défenderesse a publié sur un site web des transcriptions d'interrogatoire préalable non déposées. Le tribunal, en plus de n'allouer à ce constat qu'une brève mention, refuse expressément d'accorder des dommages moraux additionnels²¹³.

De la même façon, dans *Loto-Québec (Société du jeu virtuel du Québec inc) c Poker Trail Management inc*²¹⁴, la Cour supérieure ne fait que reconnaître la violation de l'obligation implicite de confidentialité²¹⁵, sans plus.

En fait, nous n'avons recensé qu'une seule décision d'un tribunal québécois qui traitait explicitement de la conséquence de la violation de l'obligation implicite de confidentialité. Dans *Di Feo c Amusements Le Furet aveugle inc*²¹⁶ (« **Di Feo** »), c'est la question en litige : y a-t-il lieu de condamner la partie responsable de la violation de l'OIC pour outrage au tribunal ?

La juge Therrien reconnaît l'existence d'une violation de l'OIC²¹⁷, mais refuse de prononcer une condamnation pour outrage au tribunal pour deux raisons. La première²¹⁸ se rapporte au fait que l'outrage au tribunal est une mesure exceptionnelle de « der-

211. *Chiara c Vigile Québec*, 2016 QCCS 5167 [*Chiara*].

212. *Ibid* aux para 131 et 145.

213. *Ibid* au para 172.

214. *Loto-Québec (Société du jeu virtuel du Québec inc) c Poker Trail Management inc*, 2015 QCCS 1045.

215. *Ibid* au para 56.

216. *Di Feo c Amusements Le Furet aveugle inc*, 2014 QCCS 3970.

217. *Ibid* au para 4.

218. *Ibid* au para 9.

nier recours ». La seconde raison est plus révélatrice. La juge Therrien écrit :

[10] Par ailleurs, le Tribunal n'est pas convaincu *prima facie* que les reproches formulés par les demandeurs pourraient mener à la condamnation recherchée. Certes, la Cour suprême évoque la possibilité de recourir à la procédure d'outrage dans des situations de violation de l'obligation implicite de confidentialité. Mais en l'espèce, cette violation, s'il en est, se limite pour le moment aux procédures du dossier. La preuve ne révèle pas de diffusion publique réelle, ni même à l'extérieur de personnes déjà au courant des informations en question.²¹⁹ [Nos soulignements]

Ainsi, si cette décision devait être appliquée par les tribunaux, seule une diffusion publique « réelle » serait susceptible d'entraîner une condamnation pour outrage au tribunal. Autrement, si la violation ne se limite qu'aux actes de procédure judiciaires, cette violation n'a des effets que théoriques.

Si l'on s'appuie sur le raisonnement de la Cour supérieure dans *Di Feo*, le critère de la « diffusion publique réelle » aurait été respecté dans l'affaire *Chiara*²²⁰, mentionnée précédemment. La Cour avait reconnu qu'il y avait eu une diffusion d'un article diffamatoire qui violait l'obligation implicite de confidentialité²²¹, sans que mention soit faite de l'ouverture d'un recours en outrage au tribunal.

Manifestement, l'avertissement formulé par la Cour suprême dans *Lac d'Amiante* relativement à la violation de l'OIC n'est resté que cela, un avertissement.

ii) La régularisation du défaut

Dans la décision *Commission scolaire des Découvreurs c Bedout*²²², la Cour supérieure applique les enseignements de l'affaire *Danais c Beauchamp*²²³ et reconnaît que la violation de l'obligation implicite de confidentialité n'est pas nécessairement

219. *Ibid* au para 10.

220. *Chiara*, *supra* note 211.

221. *Ibid* aux para 131, 144 et 145.

222. *Commission scolaire des Découvreurs c Bedout*, 2018 QCCS 61.

223. *Danais c Beauchamp*, 2003 CanLII 86041 (QC CS), AZ-50210971.

fatale et peut être corrigée. Dans cette affaire de 2018, les défendeurs ont déposé des notes sténographiques d'un dossier de 2015 entre les mêmes parties, qui n'avaient pas été déposées à l'époque. Les demandeurs prétendent que cela constitue une violation de l'obligation implicite de confidentialité, citant *Lac d'Amiante* et *Ben Aïssa*²²⁴.

Le tribunal ne retient pas cet argument en statuant qu'il s'agit d'un contexte factuel qui se distingue de celui de l'affaire *Ben Aïssa*. Contrairement à cette affaire, le litige a lieu entre les mêmes parties avec une question juridique similaire, ce qui contraste avec l'affaire *Ben Aïssa* dans laquelle le « défendeur souhaitait lever la confidentialité d'un interrogatoire préalable d'un tiers, mis-en-cause, pour l'utiliser en défense à une action collective intentée dans une autre province »²²⁵. À notre sens, cette justification s'apparente en réalité à l'application, quoiqu'implicite, de l'exception d'instances parallèles dont il a été question précédemment.

Par ailleurs, les défendeurs ont déposé, postérieurement, dans leur dossier de 2015, l'interrogatoire préalable, le rendant public. Le juge Granosik résout le litige en écrivant :

[53] Bref, le défaut de respecter la confidentialité, si défaut il y a ici, a été couvert par le dépôt postérieur de l'interrogatoire préalable et il ne peut donc s'agir d'un motif d'abus et encore moins d'une cause de rejet de l'action. [...] ²²⁶

Autrement dit, il faut retenir que le dépôt postérieur de l'interrogatoire préalable régularise le défaut initial de respecter la confidentialité.

CONCLUSION

L'obligation implicite de confidentialité est une règle unique. Elle est l'une des rares règles de création purement jurisprudentielle en droit procédural québécois. Plus de dix-sept ans après l'arrêt *Lac d'Amiante*, cette question est toujours discutée et surtout, toujours en évolution.

224. *Ibid* au para 49.

225. *Ibid* au para 52.

226. *Ibid* au para 53.

Notre recherche, tant quantitative que qualitative, tend à démontrer que cet arrêt a élargi la notion de pertinence, en facilitant le déroulement efficace du litige civil, sans néanmoins négliger la protection de la vie privée, alors que les magistrats jugent souvent nécessaire d'accorder, en plus de l'OIC, des mesures de confidentialité additionnelles.

Nous avons aussi noté que rares sont les demandes d'exception à l'OIC. Notre recherche a d'ailleurs révélé qu'à ce jour, aucune nouvelle catégorie d'exception à l'obligation implicite de confidentialité n'a formellement été reconnue.

Nous avons été surpris de noter qu'aucune décision n'a réellement réagi à l'avertissement de l'arrêt *Lac d'Amiante* portant sur la violation de l'OIC. Il semble qu'aucune violation de l'obligation implicite de confidentialité n'a été sanctionnée par une condamnation d'outrage au tribunal. Le nouveau critère que crée l'affaire *Di Feo*, de « diffusion publique réelle », risque d'être amplement discuté à l'avenir, surtout à l'ère des réseaux sociaux et de la communication instantanée.

Au demeurant, notre recherche nous a aussi amenés à suggérer quelques corrections jurisprudentielles. Par exemple, au fil des décisions, nous serons attentifs à toute clarification jurisprudentielle qui orientera l'exercice de levée de l'OIC en matière d'exception de témoignages contradictoires. Il sera pertinent d'observer si le nouveau critère de l'existence d'indices de mauvaise foi sera retiré à l'avenir, comme nous le suggérons. Autrement, nous sommes persuadés que les conséquences de ce nouveau critère seront fort préjudiciables à cette catégorie d'exception, la dénuant de tout effet utile.

Nous souhaitons également voir une clarification du standard requis pour demander la levée de l'OIC. Des décisions comme les affaires *Sulitzer*, qui précèdent l'arrêt *Juman*, devraient à l'avenir ne plus servir de repère juridique en matière de demande d'exceptions à l'OIC. Il existe malheureusement toujours une controverse jurisprudentielle en ce sens. Cette recherche a soulevé la contradiction entre la décision *Ludmer*, qui rejette explicitement les affaires *Sulitzer* en raison de leur antériorité à l'arrêt *Juman*, et

la décision *Ben Aïssa*, qui s'appuie sur les affaires *Sulitzer* dans son analyse.

Il est à parier que le débat autour de l'arrêt *Lac d'Amiante* va se poursuivre pour bien des années à venir. Nous pourrions possiblement voir des débats sur les demandes de levée de l'OIC pour les catégories d'exception de « sécurité publique » et de « en cas de crimes », qui, à ce jour, ne semblent pas faire l'objet d'attention judiciaire. Nous serons également attentifs à la reconnaissance de nouvelles catégories d'exceptions à l'obligation implicite de confidentialité.

Si dans cet article, nous avons fait valoir des critiques vis-à-vis certaines décisions et des suggestions de corrections, de manière générale, les neuf magistrats qui ont cosigné cet arrêt devraient être aujourd'hui satisfaits de l'atteinte des objectifs qu'ils ont fixés en 2001, soit de protection de la vie privée et de son corollaire, la divulgation la plus complète de la preuve.

En 2000, l'auteur Ducharme avait fortement critiqué l'arrêt *Lac d'Amiante* de la Cour d'appel. Parmi ces critiques, il affirmait que cet arrêt a importé en droit québécois l'obligation implicite de confidentialité à partir de la common law, ne respectant pas les différences entre les deux systèmes de droit²²⁷. Il craignait notamment que l'OIC allait « entraîner, en droit québécois, des effets bien différents de ceux qui en résultent en common law »²²⁸ allant jusqu'à être « susceptible de conduire à des résultats absurdes »²²⁹. Parmi ses arguments, il écrivait :

Même si la jurisprudence a reconnu que la procédure de communication des documents revêtait un caractère exploratoire, ce n'est pas tout document ayant un lien quelconque avec le litige qui peut être divulgué, mais seulement ceux qui sont pertinents au litige et qui sont susceptibles de faire preuve par eux-mêmes des faits qui y sont énoncés. C'est ainsi qu'une partie pourra s'opposer à la communication d'un document si les faits allégués ne sont pas suffisants pour lui donner ouverture.²³⁰ [Nos soulignements]

227. Ducharme, « La proclamation de l'OIC », *supra* note 17 à la p 436.

228. *Ibid* à la p 439.

229. *Ibid*.

230. *Ibid* à la p 443.

Il s'appuyait notamment (1) sur la différence entre les deux systèmes de droit et (2) sur le fait qu'il était à l'époque possible pour une partie de s'objecter à la divulgation d'un document sur la base de l'absence de pertinence.

Notre recherche permet de répondre directement à ces craintes formulées il y a près de 20 ans. L'article 228, al 3 CPC (2014), qui contraint la partie interrogée à répondre, malgré une objection sur la pertinence, témoigne du changement qui s'est opéré depuis l'arrêt *Lac d'Amiante*. Nous avons aussi noté que la pertinence est aujourd'hui interprétée plus largement. L'état du droit semble par ailleurs maintenant cristallisé sur le fait que l'interrogatoire préalable est devenu « essentiellement exploratoire ». Cela répond à l'un des arguments de l'auteur Ducharme.

Finalement, il appert de notre analyse quantitative que l'arrêt *Lac d'Amiante* n'a pas eu pour effet de *rapprocher* les deux systèmes de droit en ignorant les différences qui les caractérisent, comme le craignait l'auteur Ducharme il y a près de vingt ans. Au contraire, les tribunaux aujourd'hui citent *Lac d'Amiante* pour rappeler les différences entre les deux systèmes de droit, ce qui nous a amenés à noter que l'arrêt eu pour effet d'agir comme un véhicule de valorisation de l'autonomie du système de droit civil québécois.

Au-delà des multiples effets de cet arrêt sur le droit procédural, sa valorisation de l'autonomie du droit québécois demeure l'un de ses héritages les plus importants.

Tout ce qu'on ne vous a jamais dit sur l'étape d'autorisation dans l'action collective

Catherine PICHE

Résumé

Plusieurs se demandent aujourd'hui si la procédure d'autorisation des actions collectives ne devrait pas tout simplement être abandonnée. Pour tenter de trouver une réponse à cette question, le Laboratoire sur les actions collectives de l'Université de Montréal a analysé les décisions traitant de demandes en autorisation rendues au Québec entre 1993 et 2017. L'étude, réalisée sur plus de trois ans, permet de mieux comprendre l'impact en efficacité et en efficience de cette étape fondamentale de l'action collective et de mieux cerner les critères d'autorisation qui posent le plus souvent problème. Elle permet aussi de constater qu'il est faux d'affirmer que l'étape de l'autorisation n'est qu'une formalité au Québec. Au terme de son analyse, l'auteure en arrive à la conclusion que la suppression de cette étape n'est pas la solution à privilégier, mais que sa restructuration est nécessaire.

Tout ce qu'on ne vous a jamais dit sur l'étape d'autorisation dans l'action collective

Catherine PICHE*

INTRODUCTION	531
I. PORTRAIT GÉNÉRAL DE L'ACTION COLLECTIVE AU QUÉBEC (1993-2017)	533
<i>Tableau I – Évolution du nombre de dossiers ouverts annuellement au Québec depuis 25 ans</i>	
<i>533</i>	
<i>Tableau II – Évolution du nombre de dossiers ouverts annuellement en Ontario depuis 25 ans</i>	
<i>534</i>	
II. MODALITÉS ET RAISON D'ÊTRE DE L'AUTORISATION DE L'ACTION COLLECTIVE AU QUÉBEC	537
A. Nature de l'autorisation	537
B. Critères d'autorisation	538
C. Fardeau de preuve et refus d'appréciation du mérite de l'action collective	539
D. Probabilités de voir une action collective autorisée au Québec	540
1. Autorisation à la Cour supérieure	540

* Avocate et professeure de droit, Faculté de droit de l'Université de Montréal ; directrice du Laboratoire sur les actions collectives.

<i>Tableau III – Probabilités d’autorisation au Québec</i>	540
2. Probabilités d’autorisation finale (compte tenu des appels)	543
<i>Tableau IV – Probabilités d’autorisation d’exercer une action collective compte tenu des appels</i>	544
<i>Tableau V – Probabilité de voir l’appel de l’autorisation accordé/refusé à la Cour d’appel du Québec</i>	545
III. ÉVOLUTION DU TRAITEMENT DES CRITÈRES D’AUTORISATION PAR LES TRIBUNAUX QUÉBÉCOIS.	546
A. La théorie derrière les critères d’autorisation	546
B. Appréciation jurisprudentielle des critères d’autorisation.	548
<i>Tableau VI – Fréquence des critères invoqués pour refuser une demande d’autorisation (C. Sup.).</i>	549
C. Évolution de l’interprétation jurisprudentielle des critères d’autorisation.	552
1. Introduction	552
2. Questions identiques, similaires ou connexes	553
<i>Tableau VII – Évolution annuelle du nombre de décisions de la Cour supérieure refusant l’autorisation sur la base du critère des questions identiques, similaires ou connexes</i>	553
3. Apparence de droit	556
<i>Tableau VIII – Évolution annuelle du nombre de décisions de la Cour supérieure refusant l’autorisation sur la base du critère de l’apparence de droit</i>	556

4.	Supériorité de l'action collective sur le mandat ou la jonction des demandeurs.	558
	<i>Tableau IX – Évolution annuelle du nombre de décisions de la Cour supérieure refusant l'autorisation sur la base du critère du mandat ou la jonction des demandeurs</i>	<i>558</i>
5.	Représentation adéquate	561
	<i>Tableau X – Évolution annuelle du nombre de décisions de la Cour supérieure refusant l'autorisation sur la base du critère de représentation adéquate</i>	<i>561</i>
IV.	PERTINENCE ET LÉGITIMITÉ DE L'ÉTAPE DE L'AUTORISATION DE L'ACTION COLLECTIVE	564
A.	Délais causés par l'autorisation	564
	<i>Tableau XI – Comparaison entre le Québec et l'Australie quant aux délais requis pour approuver une transaction (avant autorisation, pour ce qui est du Québec)</i>	<i>565</i>
	<i>Tableau XII – Comparaison entre le Québec et l'Australie quant au délai requis pour approuver une transaction (après autorisation, pour ce qui est du Québec)</i>	<i>566</i>
B.	Importance de l'exercice d'autorisation de l'action collective	567
	CONCLUSION : PLAIDOYER POUR UN MAINTIEN RESTRUCTURÉ DE L'ÉTAPE DE L'AUTORISATION ET UNE APPROCHE PLUS RIGOUREUSE DES TRIBUNAUX	571

INTRODUCTION

« A-t-on toujours besoin que la porte d'entrée soit verrouillée et doive être déverrouillée au cas par cas de cette manière ? »¹ C'est ainsi que l'honorable juge Marie-France Bich remettait en question le cadre législatif actuel de la procédure d'autorisation des actions collectives. Tout en reconnaissant la légitimité des critiques qui soutiennent que l'autorisation ne devrait pas être supprimée, mais plutôt renforcée, elle s'étonnait que le législateur ait choisi le *statu quo* à l'issue de la réforme du *Code de procédure civile*². Les commentaires de la juge Bich sont partagés par d'autres membres de la magistrature et de la communauté juridique³.

Comment cette procédure en est-elle venue à être ainsi remise en question ? À l'origine conçue comme un « mécanisme de filtrage et de vérification »⁴, celle-ci s'est par moments transformée en un véritable procès au mérite, entraînant des impacts significatifs quant aux délais et aux coûts⁵. Or, comme il sera ici démontré, l'une action collective prend en moyenne deux ans et 185 jours avant d'être autorisée, y incluant les délais d'appel. Ce délai est aussi impressionnant que dommageable pour la légitimité de l'action collective.

C'est à la suite de constats similaires que le législateur a décidé en 2002 d'alléger la procédure d'autorisation en assujettissant la présentation d'une preuve appropriée à l'approbation judiciaire et en ne permettant au défendeur qu'une contestation orale de la demande d'autorisation⁶. Ainsi, les affidavits accompagnés d'interminables interrogatoires au préalable étaient évacués pour

1. *Charles c. Boiron Canada inc.*, EYB 2016-271842 (C.A.), par. 71 (j. Bich, motifs conc.) [ci-après, *Boiron*].

2. *Ibid.*, par. 74.

3. Entre autres par son collègue de la Cour d'appel, l'honorable juge Gagnon. Voir *Société québécoise de gestion collective des droits de reproduction (Copibec) c. Université Laval*, 2017 QCCA 199, par. 136.

4. *Thompson c. Masson*, [1993] R.J.Q. 69 (C.A.), p. 72.

5. Comité de révision de la procédure civile, *Une nouvelle culture judiciaire*, Québec, Ministère de la Justice, 2001.

6. *Code de procédure civile* (2003), RLRQ, c. C-25 [ci-après « C.p.c. 2003 »]. Voir aussi *Marcotte c. Banque de Montréal*, J.E. 2003-1919 (C.S.), par. 13 [ci-après, *Marcotte*].

faire place à une procédure simplifiée. L'objectif de cette réforme était d'éviter tout débat au fond avant l'introduction du recours⁷.

Bien que ces mesures aient été décriées par de nombreux défenseurs, des auteurs ont démontré que la proportion de demandes d'autorisation acceptées n'a pas augmenté à la suite de cette réforme⁸. En fait, le seul effet mesurable fut une augmentation du nombre d'actions collectives au Québec⁹. La réforme de 2002 a-t-elle, en ce sens, accompli ses objectifs initiaux ou a-t-elle, à l'inverse, seulement contribué à encombrer davantage les tribunaux ?

Pour amorcer une ébauche de réponse à ces questions, nous avons analysé empiriquement les décisions sur l'autorisation de l'action collective québécoise sur une période de 25 ans. Pour ce faire, nous avons identifié les dossiers contenant un jugement d'autorisation parmi notre liste des 1306 actions collectives intentées au Québec entre 1993 et 2017¹⁰. Ensuite, nous avons revu chaque décision d'autorisation en retenant, entre autres, les conclusions du jugement, les motifs invoqués au soutien du refus d'autoriser, ainsi que le résultat en appel. Cette étude, réalisée sur plus de trois ans au sein du Laboratoire sur les actions collectives de l'Université de Montréal¹¹, nous a permis de mieux comprendre l'impact en efficacité et en efficience de l'étape de filtrage et d'autorisation de l'action collective.

7. Voir Comité de révision de la procédure civile, *supra*, note 5, p. 203-204.

8. Eleni Yiannakis et Noah Boudreau, « Paradise Lost? Rethinking Quebec's Reputation as a Haven for Class Actions », (2014) 9:2 *Can. Class Act. Rev.* 387, 395.

9. *Ibid.*, 394-395.

10. Voir Catherine Piché, *L'action collective : ses succès et ses défis*, Montréal, Éditions Thémis, 2019.

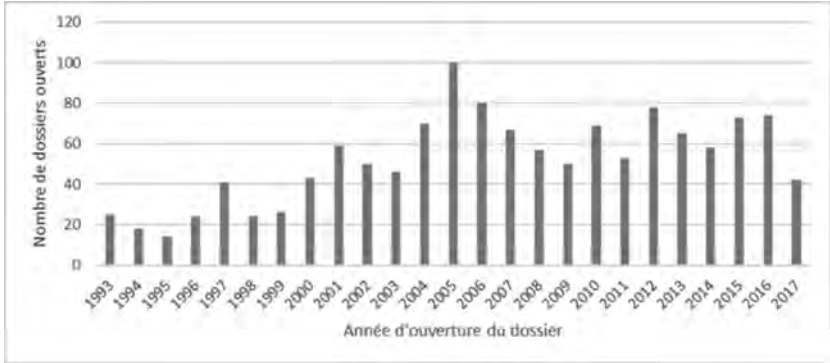
11. Le Laboratoire a pour premier objectif de permettre échanges et réflexions entre praticiens, juristes, chercheurs et juges intéressés par le droit et la pratique des actions collectives au Québec et ailleurs au Canada et dans le monde. Il agit ainsi comme plateforme de communication, d'échange d'informations, de lieu de rencontre. Dans un deuxième ordre, le Laboratoire facilite la collecte de données et statistiques judiciaires et la documentation de la pratique et du droit des actions collectives, ainsi que la diffusion des connaissances dans ce contexte. Ainsi, le Laboratoire a servi à constituer une base de données sur l'action collective québécoise sur 25 ans (1993-2017), ainsi qu'à publier de nombreux articles de doctrine et textes de blogue, tout en facilitant l'organisation de rencontres de discussions, de conférences et de débats.

Dans le présent article, nous présentons d’abord un portrait général du volume des actions collectives québécoises sur 25 ans. Nous abordons ensuite directement la question de l’autorisation en discutant des probabilités de voir une autorisation accordée ou refusée au Québec, incluant l’influence des appels. Nous analysons ensuite l’utilisation par les tribunaux des quatre critères d’autorisation de l’article 575 du *Code de procédure civile* (C.p.c.) au fil des ans. Nous concluons par une amorce de réponse à la question qui tue : l’autorisation en vaut-elle la peine ?

I. PORTRAIT GÉNÉRAL DE L’ACTION COLLECTIVE AU QUÉBEC (1993-2017)

L’analyse qui suit des dossiers d’action collective ouverts annuellement au Québec est fondée sur une liste de 1306 dossiers d’actions collectives ouverts de 1993 à 2017¹², partagée par le ministère de la Justice du Québec. Nous pouvons ainsi, pour chaque année, comptabiliser le nombre de demandes en autorisation d’exercer une action collective. Le Tableau I présente nos résultats.

Tableau I – Évolution du nombre de dossiers ouverts annuellement au Québec depuis 25 ans



Même si une hausse régulière et constante du nombre de dossiers d’actions collectives québécoises peut être notée, on

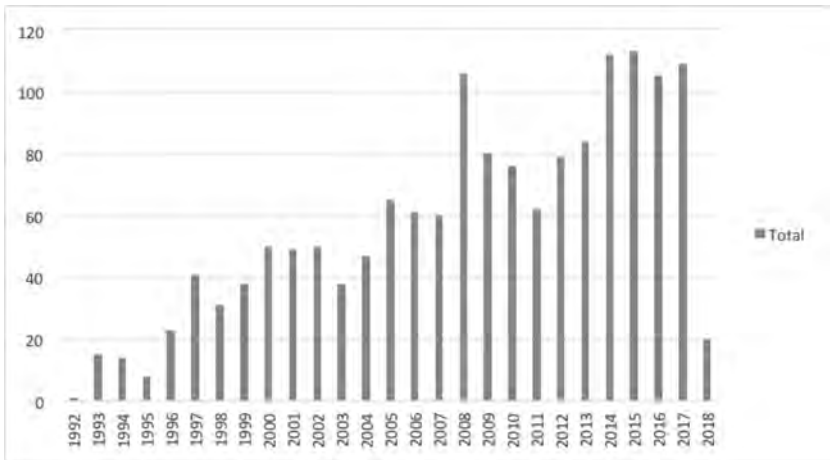
12. De janvier 1993 à juin 2017. Le nombre de dossiers ouverts en 2017 n’est que partiel.

remarque aussi une hausse marquée des dossiers ouverts en 2005, de même que des sommets en 2010, 2012 et 2016. Ces années sont marquées par des étapes importantes dans l'implantation d'un nouveau régime d'autorisation au Québec, où le droit de la partie défenderesse à une contestation écrite est éliminé et où la preuve requise à l'autorisation est réduite¹³.

Au total, 1306 dossiers ont été ouverts au Québec depuis 1993. Ce nombre représente une moyenne de 53 dossiers ouverts par année¹⁴.

Pour la même période, nous avons pu identifier, avec la collaboration de la Commission de droit de l'Ontario, le nombre de dossiers ouverts en Ontario, la province canadienne la plus importante en ce qui concerne la population et l'économie¹⁵. Le Tableau II présente l'évolution du nombre de dossiers ouverts en Ontario sur une base annuelle.

Tableau II – Évolution du nombre de dossiers ouverts annuellement en Ontario depuis 25 ans¹⁶



13. Voir à ce sujet : Shaun Finn, *Recours singulier et collectif – Redéfinir le recours collectif comme procédure particulière*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2011.

14. 1306/24,5 années, puisque la liste de 1306 dossiers ne s'applique qu'à la moitié de l'année 2017.

15. Pour cette tâche, nous avons fait appel aux données de la Commission de droit de l'Ontario, sur lesquelles notre équipe d'avocats et de recherchistes a travaillé.

16. Ce tableau a été créé pour le projet de la Commission de droit de l'Ontario sur les recours collectifs (Amita Vulimiri, avocate chercheuse pour le Projet sur les recours collectifs (2017-2018)).

En Ontario, 1471 dossiers ont été ouverts entre 1993 et 2017, pour une moyenne de 60 dossiers par année¹⁷. En Ontario, l'attitude libérale favorable aux recours collectifs a pris plusieurs années avant de s'installer, avec plusieurs décisions réfractaires à la certification rendues dans les années 1994-95¹⁸. Dans l'arrêt *Hollick*, la Cour suprême du Canada a analysé la loi ontarienne et mis l'emphasis sur les questions communes, à savoir s'il était approprié de les considérer par recours collectif¹⁹. La Cour confirma que la certification ne devait pas inclure un test du mérite de l'action, mais devait uniquement requérir une démonstration par les requérants d'un fondement « some basis in fact for each of the certification requirements »²⁰. Par la suite, soulignant le « rôle important du recours collectif dans le monde d'aujourd'hui », la Cour suprême dans *Canadian Shopping Centres* amorce une nouvelle ère libérale dans l'action collective en confirmant que le recours collectif peut s'appliquer ailleurs au Canada même en l'absence de législation à cet effet²¹. En 2004-5, néanmoins, les tribunaux ontariens sont toujours froids envers le recours collectif, niant coup sur coup les demandes de certification d'actions pour abus sexuel et pour dommages environnementaux²².

Un vent de changement apparaît avec l'arrêt de la Cour d'appel dans *Cloud*, une affaire d'abus sexuels dans les écoles résidentielles²³. Embrassant une approche généreuse et libérale, la Cour d'appel confirme l'approche qualitative que doivent favoriser les tribunaux à la certification²⁴. D'ailleurs, la Cour d'appel de l'Ontario confirme dans *Pearson v. Inco Ltd.* que la décision dans *Cloud* suggère qu'une approche « somewhat more liberal » devrait être prise à la certification, et que « there has been a shift in the

17. 1471/24,5 (jusqu'à juin 2017). Ce chiffre est possiblement à qualifier car nous n'avons pas pu savoir avec certitude quels dossiers étaient liés, et ainsi, le chiffre 1471 réfère davantage à un « number of files » qu'un « number of cases ».

18. Voir notamment : *Sutherland v. Canadian Red Cross Society* (1994), 17 O.R. (3d) 645 (Ont. Gen. Div.) et *Abdool v. Anaheim Management Ltd.* (1995), 21 O.R. (3d) 453.

19. *Hollick v. Toronto (City)*, [2001] 3 S.C.R. 158.

20. *Ibid.*, par. 16.

21. *Western Canadian Shopping Centres Inc. v. Dutton*, [2001] 2 S.C.R. 534 et *Rumley v. British Columbia*, [2001] 3 S.C.R. 184.

22. *Cloud v. Canada (AG)* (2003), 65 O.R. 3rd (492) (Ont. Div. Ct.) et *Pearson v. Inco Ltd.* (2004), 44 C.P.C. (5th) 276 ; confirmant *Pearson v. Inco* (2002), 33 C.P.C. (5th) 264 (Ont. S.C.J.) et 27 C.P.C. (5th) 171 (Ont. S.C.J.).

23. *Cloud v. Canada (Attorney General)* (2004), 247 D.L.R. (4th) 667 (Ont. C.A.).

24. *Ibid.*, par. 75ss.

legal landscape as a result of the court's decision in *Cloud* »²⁵. L'honorable juge Pearson explique l'approche libérale au recours collectif – et aux questions communes²⁶.

Somme toute, l'arrêt *Cloud* opère un réel décalage avec la situation prévalant auparavant en Ontario, de telle sorte que les recours collectifs soient graduellement plus présents et nombreux en Ontario. Cette évolution du nombre de recours est plus fulgurante en Ontario qu'au Québec.

Fait intéressant, on note en Ontario une augmentation majeure du nombre d'actions intentées en 2014, avec 130 dossiers ouverts ; 2015, avec 110 dossiers, et 2017, avec 108, ne sont pas en reste. L'existence des « carriage motions » pourrait cependant expliquer en partie le grand nombre de dossiers ouverts.

La comparaison du nombre d'actions collectives ouvertes au Québec et en Ontario nous permet également d'apprécier l'importance proportionnellement parlant de l'action collective dans *La Belle Province*. Pour des populations bien distinctes de 8 millions d'habitants pour le Québec et de 14 millions d'habitants pour l'Ontario, et malgré les chiffres bruts de 53 dossiers et 60 dossiers nouveaux intentés en moyenne dans ces deux provinces, nous remarquons qu'il y a davantage de nouveaux dossiers d'actions collectives intentés *par million d'habitants* au Québec qu'en Ontario²⁷. Nous considérons que les règles favorables à la demande qui régissent l'autorisation québécoise sont en grande partie responsables de ces résultats.

Dans les deux provinces, nous remarquons une augmentation des actions collectives au courant des dernières années. Cette augmentation s'explique sans doute par l'appui de la Cour suprême du Canada aux actions collectives multijuridictionnelles et aux actions collectives de façon plus générale depuis l'arrêt *Pro-Sys*²⁸ comme une façon d'améliorer l'accès à la justice.

25. *Pearson v. Inco Ltd.* (2005), 78 O.R. (3rd) 641 (Ont. C.A.), par. 3-4.

26. *Ibid.*, par. 65.

27. De fait, il s'agit pour le Québec de 163,25 dossiers par million d'habitants, et pour l'Ontario, de 105,07 dossiers par million d'habitants.

28. *Pro-Sys Consultants Ltd. c. Microsoft Corporation*, 2013 CSC 57.

II. MODALITÉS ET RAISON D'ÊTRE DE L'AUTORISATION DE L'ACTION COLLECTIVE AU QUÉBEC

A. Nature de l'autorisation

L'action collective ne peut être exercée au Québec que sur autorisation de la Cour supérieure, en vertu de l'article 574, al. 1 C.p.c. C'est à cette étape d'autorisation que le tribunal est d'abord appelé à se pencher sur une requête en autorisation présentée par l'aspirant représentant du groupe. L'autorisation est considérée comme cruciale puisqu'on y décide si l'action peut se dérouler de manière collective, et le cas échéant, son étendue et les conditions de son exercice. Loin d'être une simple formalité, l'autorisation est conçue pour filtrer les demandes futiles ou vexatoires et assurer une vérification judiciaire du format de la procédure²⁹, au soutien d'une preuve qui pourra avoir été présentée par les parties au soutien de leurs positions respectives³⁰.

Parce que l'action collective est un moyen de procédure qui permet à un membre d'agir en demande, sans mandat, pour le compte de tous les membres³¹, seuls l'autorisation judiciaire et les avis rigoureux donnés aux membres aux étapes-clés de l'action permettent de pallier cette absence de procuration. C'est ainsi que le tribunal est considéré comme protecteur des membres absents de ce groupe³², un groupe qui sera lié par le jugement ou mérite ou la transaction.

Or, la procédure d'autorisation vise aussi de manière intrinsèque à protéger les droits et les intérêts des défendeurs. En effet, le tribunal ayant l'obligation de statuer sur les conditions de recevabilité préalables à l'exercice de l'action, il assure par le fait même qu'ils ne soient pas poursuivis sans fondement. Cet exercice est fondamental dans un contexte où les abus de procédure et actions intentées sur une base *de minimis* peuvent être fréquents. Au-delà

29. *Gelmini c. Québec (PG)*, [1982] C.A. 560, J.E. 82-979, [1982] J.Q. n° 162 [ci-après *Gelmini*] ; *Thomson c. Masson*, [1993] R.J.Q. 69, J.E. 92-1770 (C.A.) ; *Cilinger v. Centre hospitalier de Chicoutimi*, J.E. 2001-1497, REJB 2001-25463 (C.S.) ; *Vivendi Canada Inc. c. Dell'Aniello*, 2014 CSC 1 [ci-après, *Vivendi*].

30. *Marcotte*, *supra*, note 6.

31. Art. 571, al. 1 C.p.c.

32. Voir Catherine Piché, « Judging Fairness in Class Action Settlements », (2010) 28:1 *Windsor Yearbook of Access to Justice* 111, p. 141 et p. 147 ss.

de ce risque, les conséquences pour les défendeurs de l'introduction d'une action collective sont généralement importantes³³. De fait, il est désormais reconnu que ces dernières subissent des impacts médiatiques et commerciaux significatifs depuis le dépôt de la demande en autorisation³⁴. L'effet multiplicateur de l'agrégation d'un nombre élevé de réclamations produit un risque de nuisance considérable³⁵. Ainsi, en examinant la recevabilité de l'action sur une base collective, le tribunal vérifie que la demande n'est pas futile ou vexatoire.

B. Critères d'autorisation

Le *Code de procédure civile* prévoit des conditions à la fois procédurales et substantielles à l'autorisation, aux articles 574 et 575 C.p.c. Les conditions procédurales sont la formulation par un membre du groupe d'une demande énonçant les faits qui y donnent ouverture, la nature de l'action dont on recherche l'autorisation, la description du groupe pour le compte duquel on entend agir, et l'inclusion d'un avis aux membres³⁶. Les conditions substantielles sont que le tribunal autorise l'action et attribue le statut de représentant au membre qu'il désigne s'il est d'avis que :

- Les demandes des membres soulèvent des questions de droit ou de fait identiques, similaires ou connexes (art. 575, al. 1) ;
- Les faits allégués paraissent justifier les conclusions recherchées (art. 575, al. 2) ;
- La composition du groupe rend difficile ou peu pratique l'application des règles sur le mandat d'ester en justice pour le compte d'autrui ou sur la jonction d'instance (art. 575, al. 3) ; et que

33. Voir *Infineon Technologies AG c. Option consommateurs*, [2013] 3 R.C.S. 600, 2013 CSC 59 [ci-après *Infineon*] ; *Vivendi*, *supra*, note 29.

34. Brian T. Fitzpatrick, « Do Class Actions Deter Wrongdoing? », dans Catherine Piché (dir.), *The Class Action Effect – L'effet de l'action collective*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2018, p. 181 et s.

35. André Durocher et Claude Marseille, « Autorisation d'exercer une action collective », dans *Jurisclasseur Québec – Procédure civile II*, Montréal, LexisNexis, 2^e éd., Fasc. 21, p. 21/6.

36. Art. 575 C.p.c.

- Le membre auquel il entend attribuer le statut de représentant est en mesure d'assurer une représentation adéquate des membres (art. 575, al. 4).

C. Fardeau de preuve et refus d'appréciation du mérite de l'action collective

Le tribunal apprécie l'accomplissement des conditions de l'article 575 C.p.c. en vertu d'un fardeau de démonstration et non de preuve. Ainsi, par une apparence sérieuse de droit, le demandeur doit présenter une « cause défendable eu égard aux faits et au droit applicable »³⁷. L'action collective, somme toute, est un « simple moyen de procédure » qui n'a pas pour objet de modifier la recevabilité des recours individuels des membres³⁸. L'autorisation, du moins en théorie, ne préjuge aucunement du fond du débat ni des droits des parties³⁹. De fait, il faut savoir que la requête en autorisation n'introduit pas l'instance ; le représentant est nommé par le biais de l'autorisation et une fois l'autorisation accordée, ce dernier peut former sa demande en justice selon les règles usuelles.

Même si d'aucuns ont suggéré que l'étape d'autorisation implique souvent un examen du fond de l'affaire, du mérite, par les tribunaux⁴⁰, compte tenu de la distinction peu claire existant entre un fondement juridique requis pour avoir une « apparence de droit » à l'article 575, al. 2 C.p.c., et le bien-fondé de l'action, se saisir du fond de l'affaire est « imprudent et en effet erroné »⁴¹. Néanmoins, il est difficile de déterminer avec certitude à quel point les tribunaux québécois peuvent considérer le bien-fondé de l'action, même à l'étape préalable de l'autorisation. Comme l'énonçait la Cour d'appel dans *St-Denis c. Cie de Finance Household du Canada*, juger de l'apparence de droit, c'est « vérifier l'existence

37. *Vivendi et Infineon, supra*, notes 29 et 33.

38. *Bou Malhab c. Diffusion Métromédia CMR Inc.*, 2001 CSC 9, par. 52.

39. *New York Life Insurance Company c. Vaughan*, J.E. 2003-296, REJB 2003-36932 (C.A.), par. 5 (« ce jugement relève simplement de l'intendance procédurale et ne préjuge nullement des moyens de défense que les intimés pourront invoquer »).

40. Pour le professeur Pierre-Claude Lafond, « concrètement, il est parfois difficile de tracer clairement la frontière entre ce qui relève exclusivement de l'apparence de droit et le bien-fondé du recours. » Voir Pierre-Claude Lafond, *Le recours collectif, le rôle du juge et sa conception de la justice*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2006, p. 118 [ci-après « Lafond, Le recours collectif »].

41. *Sibiga c. Fido Solutions inc.*, 2016 QCCA 1299 [ci-après *Sibiga*], par. 96 [notre traduction].

même du fondement du droit en cause »⁴². Nous verrons ci-après que le critère le plus fréquemment invoqué pour refuser l'autorisation est celui de l'apparence de droit. Cela peut vouloir suggérer que les tribunaux se servent effectivement de ce critère pour rejeter les actions qui n'ont pas lieu d'être. Il est possible que cette tendance soit aussi la preuve d'un système biaisé en faveur des demandeurs, particulièrement depuis la réforme de 2002-3.

À tout événement, il est important de souligner que nous avons pu constater que l'audition à l'autorisation ne se compare aucunement à celle au mérite, sur le plan de la durée. Si la moyenne du temps d'audition enregistré dans nos dossiers au Laboratoire (sur la base de procès-verbaux d'audience consultés) est de 1,76 jour pour l'audition de l'autorisation, elle est de 7,48 jours pour l'audition au mérite. Même si ces chiffres restent uniquement indicatifs, compte tenu du nombre restreint de dossiers sur lesquels nous avons pu fonder cette constatation, il semblerait que l'audition au mérite prend significativement plus de temps que celle sur l'autorisation, suggérant que là que le mérite de l'action est abordé.

D. Probabilités de voir une action collective autorisée au Québec

1. Autorisation à la Cour supérieure

Le Tableau III présente les probabilités de voir une demande d'autorisation d'exercer une action collective accordée – ou encore refusée – par la Cour supérieure du Québec. Ce tableau rend compte de données basées sur 484 jugements d'autorisation de la Cour supérieure que nous avons pu consulter, à partir de tous les dossiers de la cour depuis 25 ans. Nous sommes confiants que cet ensemble de données significatif nous permet de tirer des conclusions fiables.

Tableau III – Probabilités d'autorisation au Québec

Résultat du jugement d'autorisation	Probabilité d'accorder/refuser (%)
Accordée	63,22
Refusée	36,78

42. J.E. 88-831 (C.A.).

Le Québec a déjà été représenté comme étant le « paradis des (recours collectifs) actions collectives »⁴³. Or, les statistiques reproduites ci-dessus démontrent qu'il n'est pas toujours aussi probable qu'on pourrait le croire de voir une action collective autorisée au Québec. Nous constatons à la lecture du Tableau I que presque 37 % des actions collectives étant parvenues à l'étape de l'autorisation de 1993 à 2017 ont été refusées en Cour supérieure. Ces résultats nous permettent d'argumenter, avec d'autres⁴⁴, que l'autorisation d'exercer une action collective est loin d'être accordée automatiquement, et peut-être moins généreusement qu'on pourrait le croire. Cette hypothèse est d'autant plus plausible lorsque l'on compare les chiffres que nous avons obtenus à partir de données ontariennes.

Ainsi, nous nous permettons ici une comparaison avec l'Ontario. Dans une étude publiée en 2016, deux auteurs sont arrivés à un taux de certification des actions collectives s'élevant à 78 % entre 2010 et 2015⁴⁵. En 2018, une étude empirique sur les recours collectifs menée par la Commission de droit de l'Ontario a permis à l'équipe de recherche de conclure que sur 25 ans, 74 % des actions étaient certifiées⁴⁶. Remarquons toutefois qu'en Ontario, une proportion importante (22 %) des recours sont certifiés à des fins de règlement. Ainsi, un nombre significatif de défendeurs consentent à la certification afin d'éviter les coûts importants liés à la procédure de certification⁴⁷, équivalent du phénomène québécois d'autorisation requise aux seules fins d'approuver la transaction. Malgré cette précision, il appert que les tribunaux québécois

43. Stuart Kugler et Robert Kugler, « Quebec: The Class Action Haven », (2004) 1:1 *Can Class Action Rev* 155.

44. Yiannakis et Boudreau constatent de leur côté que 37 % des demandes d'autorisation sont refusées entre 2000 et 2013. Voir *Paradise Lost?*, *supra*, note 8, p. 393. À noter que leur analyse inclut les moyens déclinatoires accueillis par la Cour supérieure, que nous proposons de traiter séparément. De son côté, Véronica Aimar remarque que 36 % des demandes d'autorisation d'exercer une action collective ont été refusées entre 2013 et mars 2017. Voir Véronica Aimar, « L'autorisation de l'action collective : Raisons d'être, application et changements à venir », (2018), 13:1 *Can Class Action Rev* 73, 81.

45. Daniel Eh Bach et Ronald Podolny, « When Numbers Tell a Story: A Quantitative Look at Certification Decisions in Ontario », (2016) 11:2 *Can Class Action Rev* 311, 315.

46. Voir projet de recherche sur les recours collectifs de la Commission de droit de l'Ontario : <<https://www.lco-cdo.org/en/our-current-projects/class-actions/>>.

47. *Ibid*, 318-319. Le pourcentage de certification par consentement varie entre 20 % et 45 % entre 2010 et 2015.

ont été beaucoup plus restrictifs à l'étape de l'autorisation qu'on aurait pu le croire de manière préliminaire.

La comparaison avec les données ontariennes nous permet néanmoins de nous demander pourquoi le système ontarien voit de si généreuses probabilités de certification. Par voie de comparaison, les tribunaux québécois appliquant un droit des actions collectives résolument « prodemande » et favorable à l'accès à la justice autorisent l'action collective moins fréquemment que leurs homologues ontariens. Cette comparaison de probabilités est-elle cohérente avec les enseignements de la Cour suprême du Canada ? La Cour suprême dans l'arrêt *Infineon* (honorables juges LeBel et Wagner) remarque que la jurisprudence québécoise aurait été plus permissive qu'ailleurs au Canada en ce qui a trait aux critères de l'apparence de droit et des questions similaires ou connexes⁴⁸. Notre hypothèse est que même si les critères de certification sont plus stricts en Ontario, et qu'un système québécois plus favorable aux demandeurs devrait entraîner des probabilités de certification plus grandes dans *La Belle Province*, le filtre moins strict d'autorisation entraîne probablement un plus grand nombre d'actions dites frivoles au Québec. Ces actions risqueront alors d'être avortées dès leur naissance par un refus d'autoriser nécessairement plus fréquent.

Des précisions s'imposent quant à ce que nous considérons comme étant une demande d'autorisation accordée. En effet, aux fins de notre analyse, nous avons considéré une demande d'autorisation comme étant accordée lorsque cette dernière a été accordée contre au moins un défendeur, à l'égard d'au moins un moyen de droit. Une autre analyse aurait compliqué les choses et nous aurait obligés à faire des choix parfois arbitraires. Cependant, nous nous permettons de présenter certains effets de la procédure d'autorisation qui ne se trouvent pas reflétés dans nos résultats.

Pour commencer, il est fréquent que les tribunaux autorisent l'action collective à l'égard de certains défendeurs et non d'autres. Par exemple, dans l'affaire *Cilinger*, le tribunal refuse d'autoriser l'action collective contre le Procureur général du Québec, qui bénéficie d'une immunité relative quant au financement des hôpitaux publics, tout en accordant l'autorisation d'exercer l'action collec-

48. *Infineon*, *supra*, note 33.

tive contre l'ensemble des hôpitaux eux-mêmes⁴⁹. Dans l'affaire *Association des résidents riverains de La Lièvre*, le tribunal refuse l'autorisation d'exercer une action collective contre le Procureur général du Canada, qui n'avait rien à voir avec la gestion d'un barrage-réservoir ayant mené au déversement de la rivière du Lièvre⁵⁰. Ces deux exemples démontrent, à notre avis, de quelle manière la procédure d'autorisation peut dans certains cas permettre l'économie des ressources judiciaires tout en préservant l'accès à la justice des membres. En effet, le mécanisme de filtrage joue dans ces cas-ci pleinement son rôle en limitant dès le départ les représentations qui n'ont aucune chance de se traduire par des résultats concrets.

La procédure d'autorisation permet aussi au tribunal d'autoriser certaines des conclusions recherchées par les membres, tout en en rejetant d'autres. Dans l'arrêt *Plourde*, la Cour d'appel confirme la décision du juge de première instance de ne pas autoriser les conclusions du demandeur en matière de dommages moraux⁵¹. En effet, l'interprétation constante de la Convention de Montréal, s'appliquant en matière de transport aérien, était que de tels dommages étaient soustraits à l'application de la Convention. En matière de droit municipal, la Cour supérieure a refusé deux conclusions en injonction dans l'affaire *Protection environnement Boisbriand*, au motif qu'il n'y avait pas d'apparence de droit les supportant⁵². L'une des conclusions recherchées était trop vague et l'autre ne respectait pas le critère de proportionnalité, car elle aurait obligé la Ville à cesser toute exploitation de son usine de traitement des eaux. Nous constatons à l'aide de ces deux exemples que l'autorisation des actions collectives permet au juge de l'autorisation de retirer des conclusions qui n'ont aucune chance d'être accordées au mérite.

2. Probabilités d'autorisation finale (compte tenu des appels)

Le Tableau IV présente les probabilités d'autorisation d'une action collective au Québec en incluant le résultat des appels à la

49. *Cilinger c. Centre hospitalier de Chicoutimi*, [2004] R.J.Q. 3083, conf. en appel.

50. *Association des résidents riverains de La Lièvre inc. c. Canada (Procureur général)*, 2006 QCCS 5661.

51. *Plourde c. Service aérien FBO inc. (SkyService)*, 2007 QCCA 739.

52. *Protection environnement Boisbriand c. Boisbriand (Ville de)*, 2007 QCCS 484.

Cour d'appel du Québec. Il est d'intérêt de mentionner qu'à notre connaissance la Cour suprême n'a jamais accueilli un appel de la Cour d'appel en ce qui a trait à l'application des critères d'autorisation.

Tableau IV – Probabilités d'autorisation d'exercer une action collective compte tenu des appels

Résultat de l'autorisation en prenant en compte les appels	Probabilité d'accorder/de refuser (%)
Accordée	70,87
Refusée	29,13

À la lecture du tableau IV, on constate que les appels à la Cour d'appel du Québec entraînent un taux d'acceptation des demandes d'autorisation légèrement plus élevé que lorsqu'on ne considère que les décisions de la Cour supérieure : il passe de 63,22 % à 70,87 %. La raison est simple : jusqu'en 2016, seules les décisions rejetant la demande d'autorisation étaient susceptibles d'appel⁵³. Bien que l'appel des décisions accueillant l'autorisation soit désormais possible moyennant permission, nous n'avons répertorié à ce jour aucune décision de la Cour d'appel accueillant un pourvoi contre une telle décision de la Cour supérieure⁵⁴.

Le Tableau V présente le résultat des appels à la Cour d'appel du Québec en matière d'autorisation. Il est à noter que ce tableau contient seulement les jugements portant sur les critères d'autorisation de l'ancien article 1003 C.p.c. et du nouvel article 575 C.p.c. Ce tableau ne comprend pas les demandes pour permission d'appeler ainsi que les déclarations d'appel qui n'ont pas au final mené à une décision de la Cour.

53. C.p.c. 2003, art. 1010.

54. Soulignons par contre que la permission d'appeler a été accordée pour l'un des défendeurs dans l'arrêt *Maruyasu Industries Co. Ltd. c. Asselin*, 2018 QCCA 526. Par ailleurs, dans *Union des consommateurs c. Magasins Best Buy ltée*, 2018 QCCA 445, la permission d'appeler est accordée par la juge Dutil, mais l'appel lui-même est rejeté par le même jugement.

Tableau V – Probabilité de voir l’appel de l’autorisation accordé/refusé à la Cour d’appel du Québec

Résultat de l’appel	Probabilité de voir appel accordé/refusé (%)
Appel accordé	38,75
Appel refusé	61,25

L’appel à la Cour d’appel est accordé dans moins de 40 % des cas. Nous constatons donc que, bien que le droit d’appel soit automatique lorsque l’action collective n’est pas autorisée par la Cour supérieure, la Cour d’appel accorde une grande déférence au juge d’autorisation lors de l’examen des critères d’autorisation.

Malgré un droit d’appel de plein droit advenant une autorisation refusée, nous avons répertorié seulement 80 jugements qui concernent les critères d’autorisation sur 178 dossiers où l’autorisation a été refusée en Cour supérieure (à partir de l’ensemble de nos données sur les 1306 dossiers québécois étudiés sur 25 ans). Nous constatons ainsi qu’un peu moins d’un dossier sur deux où l’autorisation est refusée se rend à la Cour d’appel. Cette statistique nous apparaît importante vu l’important enjeu financier relié aux actions collectives. De son côté, l’avocate Véronica Aimar a relevé 25 décisions de la Cour d’appel, en excluant les appels sur permission, sur 40 décisions où la demande d’autorisation avait été rejetée par la Cour supérieure⁵⁵ ; 62,5 % de ces décisions ont fait l’objet d’un appel, ce qui nous permet de constater que les demandeurs qui s’estiment lésés se sont davantage prévalus de leur droit d’appel dans les dernières années que sur l’ensemble de la période de 25 ans étudiée.

Enfin, il nous faut souligner que depuis la réforme du *Code de procédure civile* en 2016, les décisions accordant l’autorisation peuvent désormais faire l’objet d’un appel avec permission d’appeler par la partie défenderesse, en vertu de l’article 578 C.p.c. Dans l’arrêt *Centrale des syndicats du Québec c. Allen*⁵⁶, l’honorable juge Chamberland décrit ainsi le test qui doit être satisfait pour qu’une telle permission d’en appeler puisse être accordée :

55. Aimar, *supra*, note 44, p. 81.

56. *Centrale des syndicats du Québec c. Allen*, 2016 QCCA 1878 (CanLII).

Le juge accordera la permission de faire appel lorsque le jugement lui paraîtra comporter à sa face même une erreur déterminante concernant l'interprétation des conditions d'exercice de l'action collective ou l'appréciation des faits relatifs à ces conditions, ou encore, lorsqu'il s'agira d'un cas flagrant d'incompétence de la Cour supérieure.⁵⁷

À notre connaissance, seuls trois appels de ce type ont été entendus par la Cour d'appel pendant la période couverte par notre étude⁵⁸. Cependant, d'autres dossiers ont reçu une permission d'appeler et devraient faire l'objet d'une décision sous peu⁵⁹. À ce stade, nous ne pouvons encore déterminer si la possibilité d'appeler du jugement d'autorisation par la partie défenderesse aura un impact sur les délais et sur les taux d'autorisation.

III. ÉVOLUTION DU TRAITEMENT DES CRITÈRES D'AUTORISATION PAR LES TRIBUNAUX QUÉBÉCOIS

A. La théorie derrière les critères d'autorisation

L'action collective ne peut être exercée que sur autorisation de la Cour supérieure en vertu de l'article 574(1) C.p.c. Cette étape d'autorisation est fondamentale, car on y décide si l'action pourra être exercée sur une base collective et, le cas échéant, son étendue et les conditions de son exercice. Puisque par définition l'action collective est un moyen de procédure qui permet à un membre d'agir, en demande, sans mandat, pour le compte de tous les membres⁶⁰, c'est l'autorisation qui pallie l'absence d'autorisation d'agir, comme nous l'expliquions préalablement. Mécanisme de « filtrage et de vérification »⁶¹, l'autorisation ne préjuge ni ne décide aucunement du fond du dossier, et reste une simple étape procédurale.

57. *Ibid*, par. 59.

58. *Ameublements Tanguay inc. c. Cantin*, 2017 QCCA 1330 ; *Groupe Vision New Look inc. c. Léveillé*, 2018 QCCA 819 ; *Procureure générale du Canada c. Sarrazin*, 2018 QCCA 1077. Un appel du jugement d'autorisation a été entendu et rejeté en 2018 dans *Union des consommateurs c. Magasins Best Buy Ltée*, 2018 QCCA 445, après que la permission d'appeler fut accordée de façon rétroactive (*nunc pro tunc*) dans la même décision.

59. Voir notamment *Maruyasu Industries Co. Ltd. c. Asselin*, *supra*, note 54 (permission accordée pour seulement un défendeur).

60. Art. 571, al. 1 C.p.c.

61. Voir principalement : *Gelmini*, *supra*, note 29.

Pour qu'un demandeur puisse obtenir l'autorisation d'exercer une action collective, il faut que les conditions procédurales et substantielles du Code soient remplies. Quant aux conditions procédurales, il faut que la demande d'autorisation soit formulée par un membre du groupe pour le compte duquel l'action collective serait exercée, énonce les faits qui y donnent ouverture, indique la nature de l'action dont on recherche l'autorisation, décrive le groupe pour le compte duquel le membre entend agir ; et soit accompagnée d'un avis d'au moins 30 jours de la date de sa présentation et soit signifiée à celui contre qui on souhaite intenter l'action⁶². De même, alors que la demande ne peut être contestée qu'oralement, le tribunal peut néanmoins permettre la présentation d'une preuve appropriée⁶³.

Quant aux conditions substantielles à l'autorisation, l'article 575 C.p.c. dispose que le tribunal doit autoriser l'action collective et attribuer le statut de représentant au membre qu'il désigne s'il est d'avis que les demandes des membres soulèvent des questions de droit ou de fait identiques, similaires ou connexes, les faits allégués paraissent justifier les conclusions recherchées, la composition du groupe rend difficile ou peu pratique l'application des règles sur le mandat d'ester en justice pour le compte d'autrui ou sur la jonction d'instances ; et que le membre auquel il entend attribuer le statut de représentant est en mesure d'assurer une représentation adéquate des membres.

Premier critère d'autorisation, la présence de « questions communes » a été interprétée comme requérant, au Québec, si « elle permet de faire progresser le règlement de la réclamation de chacun des membres du groupe »⁶⁴. Les questions doivent être suffisamment similaires ou connexes, sans critère de prépondérance. La preuve des événements fondant l'action doit être la même pour tous les membres du groupe⁶⁵.

Le deuxième critère de l'apparence de droit implique qu'« il doit y avoir aux yeux du juge une apparence sérieuse de droit pour

62. Voir art. 574 C.p.c.

63. Art. 574 C.p.c.

64. *Collectif de défense des droits de la Montérégie (CDDM) c. Centre hospitalier régional du Suroît du Centre de santé et de services sociaux du Suroît*, 2011 QCCA 826 ; *Union des consommateurs c. Air Canada*, 2014 QCCA 523.

65. *Québec (Curateur public) c. Syndicat national des employés de l'Hôpital St-Ferdinand (CSN)*, [1994] R.J.Q. 2761 (C.A.), conf. par [1996] 3 R.C.S. 211.

qu'il autorise l'action, sans pour autant qu'il ait à se prononcer sur le bien-fondé en droit des conclusions en regard des faits allégués »⁶⁶. Ainsi, toute action qui ne remplit pas ce critère doit être considérée comme mal fondée ou encore frivole et être rejetée. Selon la Cour supérieure, le tribunal doit examiner le syllogisme juridique au regard des faits allégués, ce qui signifie qu'une apparence sérieuse de droit repose sur des allégations sérieuses qui, *prima facie*, semblent bien fondées⁶⁷.

Le troisième critère de la « composition du groupe rend difficile ou peu pratique la réunion des parties ou le mandat de poursuivre » et requiert que le demandeur explique pourquoi il n'a pas cherché à obtenir une procuration de la part de tous ceux qui ont « un intérêt commun dans le litige » (91 C.p.c.) ou à procéder par réunion d'actions lorsque plusieurs personnes ont des recours qui ont le même fondement juridique ou qui soulèvent les « mêmes points de droit ou de fait » (143 C.p.c.). Ceci dit, le nombre de membres minimum est assez bas selon les tribunaux⁶⁸.

Enfin, le membre qui souhaite se voir attribuer le statut de représentant doit être apte à représenter adéquatement les membres du groupe et avoir des intérêts identiques, similaires ou connexes à ceux-ci. Cette aptitude s'interprète à la lueur de trois facteurs, soit 1) l'intérêt à poursuivre ; 2) la compétence, et 3) l'absence de conflit avec les membres du groupe⁶⁹.

B. Appréciation jurisprudentielle des critères d'autorisation

Dans l'appréciation de la procédure d'autorisation et de sa pertinence, il est utile de comprendre quel a été le fondement des décisions de refuser d'autoriser au fil des dernières années. De fait, c'est à travers cette analyse consciencieuse des motifs de refus d'autoriser que l'on peut apprécier dans quelle mesure la Cour supérieure filtre les demandes d'autorisation. L'effectivité du mécanisme d'autorisation est ainsi mieux comprise. Pour ce

66. *Comité régional des usagers du transport en commun de Québec c. Commission des transports de la Communauté urbaine de Québec*, [1981] 1 R.C.S. 424, par. 17.

67. *Option consommateurs c. Novopharm Ltd.*, 2006 QCCS 118.

68. Voir notamment *Vallée c. Tours Mirabelle inc.*, [2001] J.Q. n° 1488 (C.A.).

69. *Vivendi*, *supra*, note 29.

faire, nous avons retenu, pour chaque décision où l'autorisation a été refusée, les critères d'autorisation n'ayant pas été remplis par le demandeur. Nous pouvons alors expliquer sur quelle base les autorisations sont le plus fréquemment refusées au Québec et identifier les critères ayant le plus grand impact dans la pratique de l'action collective au Québec.

Le Tableau VI présente nos résultats. Notons que la Cour supérieure invoque fréquemment plus d'un critère pour justifier son refus d'autoriser l'action collective, ce qui explique une fréquence plus élevée de critères soulevés que d'autorisations refusées. Notre analyse des critères d'autorisation invoqués est fondée sur les 178 décisions de la Cour supérieure consultées ayant refusé d'autoriser.

Tableau VI – Fréquence des critères invoqués pour refuser une demande d'autorisation (C. Sup.)⁷⁰

	Questions communes	Apparence de droit	Composition du groupe	Représentation adéquate
Fréquence à laquelle un critère est invoqué pour refuser d'autoriser	36 %	70 %	20 %	39 %

Le critère de l'apparence de droit est le critère le plus fréquemment invoqué par les tribunaux pour refuser l'autorisation au Québec depuis 25 ans⁷¹. Les critères des questions communes

70. Nous n'avons pas retenu dans notre appréciation des critères québécois les décisions où un seul des critères est utilisé pour retirer une des conclusions recherchées ou une des questions communes, ou pour ne pas autoriser l'action collective à l'endroit d'un défendeur. Seules les décisions où l'ensemble de l'action collective a été rejeté ont servi à tirer des données utiles pour l'appréciation des critères.

71. Par ailleurs, il est intéressant de remarquer que la Cour d'appel est intervenue 13 fois concernant le critère des questions identiques, similaires ou connexes, 22 fois quant au critère de l'apparence de droit, cinq fois quant au critère de la supériorité de l'action collective sur le mandat ou la jonction des demandeurs, et 13 fois quant à la représentation adéquate. Ces interventions de la Cour d'appel sont à peu près proportionnelles à la fréquence à laquelle chaque critère est invoqué en Cour supérieure afin de refuser l'autorisation de l'action collective.

et de la représentation adéquate justifient presque autant de refus, alors que le critère de la composition du groupe suit loin derrière.

Deux mises en garde s'imposent toutefois. Premièrement, il arrive que les tribunaux choisissent de ne pas étudier tous les critères d'autorisation dès qu'ils arrivent à la conclusion que l'un des critères n'est pas rencontré⁷². En fait, notre étude montre que le critère de l'apparence de droit est invoqué beaucoup plus fréquemment que les autres comme *unique* motif du refus d'autoriser l'action collective. Deuxièmement, il arrive que les défendeurs ne contestent pas certains critères pour plutôt se concentrer sur les critères qu'ils estiment les plus importants. Même si le demandeur conserve théoriquement le fardeau de prouver que chaque critère est rencontré, le tribunal ne mentionne pas toujours les critères non contestés dans les motifs de leur jugement⁷³.

Il est intéressant de souligner ici que le critère de l'apparence de droit a pour but « d'écarter les poursuites collectives frivoles dont l'unique objet serait de déclencher un processus long et coûteux et de nuire au défendeur ou de le forcer à négocier un règlement hors cour »⁷⁴. Ce critère implique donc que le tribunal se résume à examiner la qualité du syllogisme juridique en présumant la vérité factuelle des allégations de la requête. En fait, tel qu'il appert de l'arrêt *Pharmascience*,

[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

72. Ces exemples sont fréquents, et il est possible qu'ils limitent le nombre de dossiers où les critères des articles 1003c)/575 (3) C.p.c. et 1003d)/575 (4) C.p.c. ne sont pas rencontrés, les juges débutant habituellement l'analyse par les articles 1003a)/575(1) C.p.c. ou 1003b)/575 (2) C.p.c. Voir par exemple *Tonnellier c. Québec (Procureure générale)*, 2010 QCCS 5111, par. 74 : « En conclusion, le Tribunal est d'avis qu'il n'y a pas apparence sérieuse de droit contre l'intimée. Comme le Tribunal est d'avis que le recours collectif proposé ne respecte pas la condition énoncée à 1003b), il est inutile pour le Tribunal de se prononcer sur les autres conditions prévues à 1003 C.p.c. ».

73. Il nous apparaît donc difficile de savoir alors si un critère non contesté aurait été considéré comme atteint ou non s'il avait été examiné par le tribunal.

74. Lafond, *Le recours collectif*, *supra*, note 40, p. 409.

représentant, la similarité ou connexité des questions 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.⁷⁵

Ainsi, le fardeau de démonstration fut expliqué comme requérant la « simple démonstration » d'« une apparence sérieuse de droit à la lumière des faits allégués », et non une preuve par prépondérance⁷⁶.

Les données énoncées au tableau VI semblent démontrer que les tribunaux québécois sont loin d'être aussi permissifs qu'on pourrait le penser quant à l'atteinte d'une preuve *prima facie*. Ainsi, malgré les changements législatifs de 2003 visant à limiter la preuve en demande comme en défense, les tribunaux ont souvent constaté l'insuffisance des allégations de la demande d'autorisation.

À des fins de comparaison, il est utile de mentionner qu'en Ontario, le critère le plus fréquemment invoqué pour refuser la certification est celui des questions communes (37 % des cas). En deuxième place, les tribunaux invoquent l'absence d'une cause d'action (29 % des cas). En dernière place viennent les critères de *preferability* (18 % des cas), de classe identifiable (15 % des cas), et de représentation adéquate (2 % des cas). Les dossiers de certification ontariens sont exceptionnellement refusés sur la base du manque de preuve (1 % des cas). Évidemment, cet exercice de comparaison reste imparfait compte tenu du fait que les critères de certification ontariens sont distincts des québécois, quoique similaires, et surtout, parce qu'ils sont interprétés différemment, et en fonction d'un standard de preuve au stade de la certification plus élevé du « *some basis in fact* »⁷⁷.

75. *Pharmascience c. Option Consommateurs*, 2005 QCCA 437.

76. *Harmegnies c. Toyota Canada inc.*, Cour d'appel, EYB 2008-130376, 2008 QCCA 380, par. 30 et 31. Voir aussi *Asselin c. Desjardins Cabinet de services financiers inc.*, Cour d'appel, EYB 2017-286339 : la Cour doit « porter un regard sommaire sur cette preuve, qui devrait elle-même être d'une certaine frugalité ».

77. Voir notamment *Fehr v. Sun Life Assurance Company*, 2018 ONCA 718.

C. Évolution de l'interprétation jurisprudentielle des critères d'autorisation

1. Introduction

L'interprétation des critères d'autorisation a beaucoup évolué au fil des 25 dernières années tel qu'en font foi les courbes qui suivent. Ces courbes représentent la fréquence à laquelle chaque critère d'autorisation a été invoqué par les tribunaux pour refuser d'accorder ladite autorisation. Cette analyse donne une mesure de l'impact qu'a pu avoir la jurisprudence ainsi que les amendements législatifs sur l'appréciation par les tribunaux de chaque critère d'autorisation⁷⁸.

L'utilisation de chaque critère d'autorisation a grandement varié selon les années. Si les tribunaux ont fréquemment eu recours au critère des questions identiques, similaires ou connexes entre 2003 et 2012, ce critère a été beaucoup moins invoqué à la suite des arrêts *Infineon* et *Vivendi*, lesquels ont privilégié une jurisprudence plus libérale de la Cour d'appel, pour ensuite rebondir en 2016 et en 2017. Quant au critère de l'apparence de droit, il s'est établi comme le critère le plus fréquemment utilisé afin de justifier le refus d'autoriser depuis les changements législatifs de 2003. Le critère de la supériorité de l'action collective sur le mandat et la jonction des demandeurs a, de façon constante, été très peu utilisé et ne semble pas avoir beaucoup suscité l'intérêt des tribunaux d'appel. Enfin, le critère de la représentation adéquate a été en progression constante depuis l'arrêt *Agropur*, mais il reste à déterminer si la récente série d'arrêts de la Cour d'appel en la matière contribuera à renverser la vapeur, à l'instar de ce qu'*Infineon* et *Vivendi* ont pu faire temporairement quant au critère des questions identiques, similaires ou connexes.

78. Notons d'entrée de jeu que les courbes ne rendent compte que des jugements de la Cour supérieure du Québec. Certaines décisions répertoriées dans celles-ci ont par la suite été renversées par la Cour d'appel. De plus, il faut souligner que nous croyons que la probabilité de référence à un critère plutôt qu'un autre signifie bien sûr que les dossiers en cause présentent des situations appelant l'application de ce critère, mais cette probabilité peut également laisser présager le droit applicable au Québec. Ainsi, un critère retenu plus fréquemment par les tribunaux pour refuser l'autorisation pourra indiquer une tendance à interpréter ce critère plus restrictivement, et permettra de mieux comprendre quels critères d'autorisation ont le plus de poids au Québec.

L'étude des dossiers où l'autorisation a été refusée sur 25 ans permet d'avoir une plus grande perspective sur les effets d'une législation et d'une jurisprudence permissives. À notre avis, l'interprétation plus libérale des critères d'autorisation n'a pas entraîné une baisse des refus d'autorisation. Le même phénomène s'est produit avec les changements législatifs de 2003, lesquels ont entraîné une hausse du nombre d'actions collectives intentées au Québec et, avec elle, une hausse des refus d'autoriser ces dernières, principalement sur la base du critère de l'apparence de droit. Un allègement, voire la suppression, de l'autorisation des actions collectives entraînerait-il vraiment des économies judiciaires ou, au contraire, une hausse de demandes frivoles dans le but d'arriver rapidement à un règlement à l'amiable ? Nous ne pouvons appuyer cette proposition, et expliquerons notre raisonnement à l'appui plus en détail ci-bas.

2. *Questions identiques, similaires ou connexes*

Le Tableau VII présente l'évolution du nombre de décisions de refus d'autorisation sur la base du critère des questions identiques, similaires ou connexes. Cette analyse, effectuée à partir des 178 décisions de refus d'autoriser identifiées, depuis l'ensemble de nos données concernant les 1306 dossiers en cause, sur 25 ans, procure une vue d'ensemble fiable des tendances réelles.

Tableau VII – Évolution annuelle du nombre de décisions de la Cour supérieure refusant l'autorisation sur la base du critère des questions identiques, similaires ou connexes



Le Tableau VII démontre une concentration des décisions de la Cour supérieure refusant l'autorisation sur la base d'une absence de questions identiques, similaires ou connexes entre 2004 et 2012. Ensuite, les tribunaux refusent d'autoriser l'action collective sur la base de ce critère seulement à trois reprises entre 2013 et 2015. Avec six demandes refusées en 2016 et trois demandes refusées en 2017, la Cour supérieure semble ensuite renouer avec ce critère d'autorisation. Il s'agit du critère invoqué dans 36 % des refus d'autoriser une action collective.

En 2013 et en 2014, la Cour suprême du Canada prononce coup sur coup les arrêts *Infineon*⁷⁹ et *Vivendi*⁸⁰, lesquels précisent le critère des questions identiques, similaires ou connexes. S'appuyant sur une décision récente de la Cour d'appel du Québec déjà bien établie⁸¹, la Cour suprême confirme que le seuil est peu élevé pour que ce critère soit atteint : une seule question de droit ou de fait identique, similaire ou connexe est suffisante pour satisfaire à cette exigence, pourvu qu'elle soit susceptible d'influencer le recours⁸². Si les questions doivent être communes, il n'en va pas de même pour les réponses qui doivent y être apportées⁸³. Selon la Cour suprême du Canada, le critère de l'ancien article 1003a) établit théoriquement une barre moins haute à passer que les critères en vigueur dans les provinces de *common law* : l'expression « questions de droit ou de fait identique, similaire ou connexe » serait ainsi plus large que celle des « questions communes » prévalant ailleurs au pays⁸⁴.

Les seules données nous permettant de comparer la pratique des tribunaux du Québec avec celles d'autres provinces canadiennes quant au critère des questions identiques, similaires ou connexes sont celles obtenues par la Commission de droit de l'Ontario dans le cadre de son projet sur les actions collectives⁸⁵, lequel tire à sa fin en 2019. Ces données enseignent que le critère de *commonality* en Ontario est celui qui est le plus fréquemment invoqué par les

79. *Infineon*, *supra*, note 33.

80. *Vivendi*, *supra*, note 29.

81. *Collectif de défense des droits de la Montérégie (CDDM) c. Centre hospitalier régional du Suroît du Centre de santé et de services sociaux du Suroît*, 2011 QCCA 826, par. 22, suivie dans *Brown c. B2B Trust*, 2012 QCCA 900, par. 53.

82. *Infineon*, *supra*, note 33, par. 72 ; *Vivendi*, *supra*, note 29, par. 58.

83. *Vivendi*, *ibid.*, par. 59.

84. *Ibid.*, par. 53.

85. Voir <<https://www.lco-cdo.org/en/our-current-projects/class-actions/>>.

tribunaux pour rejeter une demande de certification. Précisément, ce critère serait invoqué dans 47 % des refus de certification, par rapport à 36 % des refus pour le Québec.

Ainsi, et ceci dit bien respectueusement, nous remettons en question la prise de position de la Cour suprême du Canada dans *Vivendi* selon laquelle la jurisprudence québécoise a de manière générale privilégié une conception souple de l'intérêt commun qui doit lier les membres⁸⁶. Ce n'était notamment pas le cas en 2007 lorsque l'arrêt *Voisins du train de banlieue de Blainville inc.* confirma la décision du juge de la Cour supérieure statuant que la question des troubles de voisinage et inconvénients causés par le passage du train est individuelle à chaque membre⁸⁷. On compte parmi les motifs du juge de l'autorisation le fait que le train de banlieue ne circule pas la fin de semaine et le soir. Avec égards, à la lumière des arrêts *Vivendi* et *Infineon*, nous sommes d'avis qu'il existait dans cette affaire au moins une question commune aux membres du groupe, soit celle de savoir si le passage du train de banlieue constitue un inconvénient anormal de voisinage et qu'un pareil recours aurait aujourd'hui probablement passé l'étape de l'autorisation en première instance ou en appel.

À titre d'exemple additionnel, rappelons les motifs de la Cour d'appel dans l'arrêt *George*, rendu en 2006, où le demandeur souhaitait représenter les étudiants employés par la fonction publique québécoise dans un recours contre leur employeur, au motif qu'ils étaient significativement moins bien payés que les employés occasionnels pour des tâches identiques⁸⁸. Par cet arrêt, l'honorable juge Trudel soutient que la question de savoir si les étudiants embauchés par la fonction publique avaient été victimes ou non d'une discrimination fondée sur l'âge et/ou la condition sociale ne constituait pas une question commune, car certains étudiants n'accomplissent pas les mêmes tâches que les employés occasionnels, justifiant ainsi un salaire moins élevé⁸⁹. Nous sommes d'avis qu'une telle demande d'autorisation, qui n'est pas sans rappeler les faits dans *Vivendi*⁹⁰, aurait aujourd'hui été acceptée, puisque

86. *Vivendi*, *supra*, note 29, par. 56.

87. *Voisins du train de banlieue de Blainville inc. c. Agence métropolitaine du transport*, 2007 QCCA 236, par. 61.

88. *George c. Québec (Procureur général)*, 2006 QCCA 1204.

89. *Ibid.*, par. 50.

90. En effet, rappelons que le juge de première instance avait refusé l'action collective en considérant que les membres du groupe résidaient dans plusieurs provinces

la question de savoir si chaque membre a effectivement été discriminé est commune, bien que le résultat ne le soit pas.

Nous sommes d’avis que cette jurisprudence de la Cour d’appel permet de comprendre pour quelle raison le nombre de demandes d’autorisation rejetées sur la base de l’article 1003a)/575(1) C.p.c. est resté relativement élevé de 2004 à 2012, pour finalement diminuer par suite des arrêts *Infineon* et *Vivendi*. Cependant, comment expliquer la hausse subséquente d’utilisation de ce critère en 2016 et en 2017, malgré la jurisprudence d’inspiration libérale de la Cour suprême ? Les arrêts *Infineon* et *Vivendi* auront-ils eu l’effet escompté ? L’analyse des autres critères nous permettra d’y voir un peu plus clair.

3. Apparence de droit

Le Tableau VIII présente l’évolution du nombre de décisions de la Cour supérieure refusant l’autorisation sur la base du critère de l’apparence de droit.

Tableau VIII – Évolution annuelle du nombre de décisions de la Cour supérieure refusant l’autorisation sur la base du critère de l’apparence de droit



À l’examen du Tableau VIII, nous remarquons une hausse modérée des demandes refusées sur la base du critère d’apparence de droit à partir de 2002, puis une hausse fulgurante en 2006 dont

différentes et que les modifications au régime de retraite avaient des conséquences différentes sur chacun d’eux.

les effets continuent de se faire ressentir en 2007. À partir de 2008, le critère de l'apparence de droit est beaucoup moins invoqué pour refuser l'autorisation d'une action collective. Rappelons qu'il s'agit du critère invoqué dans 70 % des cas pour refuser l'autorisation. Par voie de comparaison, en Ontario, le critère de « no cause of action » n'a été invoqué que dans 27 % des refus.

Fait intéressant, la Cour suprême s'est prononcée sur ce critère dans *Infineon* pour préciser que le fardeau du demandeur consiste en la démonstration d'une cause défendable, quoique les allégations de fait puissent être « vagues, générales ou imprécises »⁹¹. Cependant, dans certains cas, de simples allégations seront insuffisantes sans quelque assise factuelle⁹². La Cour suprême ajoute que le libellé du *Code de procédure civile* à 1003a)/575(1) milite en faveur d'une approche plus libérale à l'étape du jugement d'autorisation⁹³.

En fait, le standard de preuve du demandeur québécois à l'étape de l'autorisation est moins élevé que pour ses homologues des provinces canadiennes de common law, où les demandeurs doivent démontrer l'existence d'un fondement factuel suffisant à l'étape de la certification⁹⁴. Ainsi, en Ontario, les demandeurs doivent démontrer l'existence d'un fondement en droit aux allégations factuelles⁹⁵.

Tel que préalablement mentionné, les modifications législatives applicables à l'étape de l'autorisation ont entraîné une augmentation du nombre d'actions collectives intentées au Québec⁹⁶. Or, un très grand nombre de ces demandes ont été rejetées au stade de l'autorisation, particulièrement sur la base du critère de l'apparence de droit. Nous nous permettons d'avancer l'hypothèse selon laquelle la hausse du nombre d'actions collectives enregistrée au Québec après les amendements législatifs de 2003 a amené avec elle son lot d'actions qui n'avaient aucune chance d'être acceptées

91. *Infineon*, *supra*, note 33, par. 67 et 125 ; *Harmegnies*, *supra*, note 76, par. 44.

92. *Infineon*, *ibid.*, par. 134.

93. *Ibid.*

94. *Ibid.*, par. 128.

95. Il s'agit du standard de « some basis in fact » : *Fehr*, *supra*, note 77.

96. *Supra* ; voir aussi : Yiannakis et Boudreau, *supra*, note 8, 395.

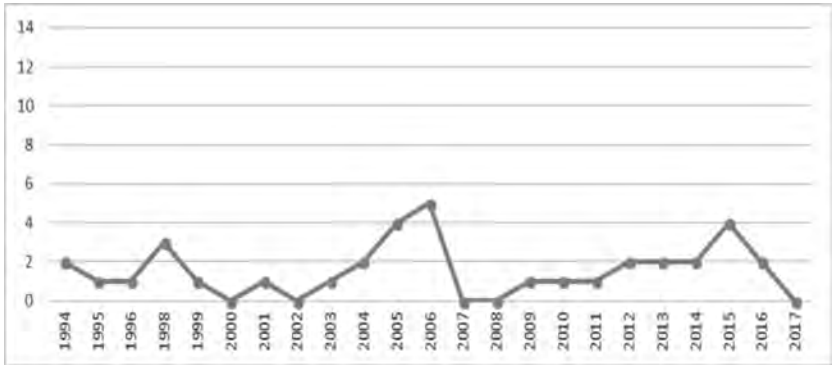
au mérite. De plus, l'obligation d'obtenir l'aval du tribunal pour présenter une preuve à l'étape de l'autorisation a pu contribuer à augmenter les refus d'autorisations fondés sur l'absence de démonstration d'une cause défendable, en présence d'une preuve insuffisante, même au stade de l'autorisation.

Une autre statistique importante nous conforte dans notre hypothèse. Des 24 décisions pour lesquelles l'autorisation a été refusée en tout ou en partie sur la base du critère de l'apparence de droit en 2006 et 2007, 11 ont été portées en appel. L'appel n'a été accueilli dans aucun cas. Ceci contribue possiblement à démontrer, selon nous, que les tribunaux se sont montrés restrictifs quant au critère de l'apparence de droit à l'issue des modifications législatives de 2003 et de l'arrêt *Pharmascience inc. c. Option consommateurs* de 2005 (lequel a confirmé la constitutionnalité de ces amendements).

4. Supériorité de l'action collective sur le mandat ou la jonction des demandeurs

Le Tableau IX présente l'évolution du nombre de décisions de la Cour supérieure refusant l'autorisation sur la base du critère de la supériorité de l'action collective sur le mandat ou la jonction des demandeurs.

Tableau IX – Évolution annuelle du nombre de décisions de la Cour supérieure refusant l'autorisation sur la base du critère du mandat ou la jonction des demandeurs



Le Tableau IX confirme selon nous que le critère de la supériorité de l'action collective sur le mandat ou la jonction des demandeurs est peu retenu comme critère justifiant le refus d'autorisation au Québec, particulièrement en comparaison des autres critères d'autorisation. De 2007 à 2014, il n'a en effet jamais été utilisé plus de deux fois par année. De plus, ce critère a été utilisé seul seulement cinq fois au cours des 25 dernières années. Il ne faut donc pas s'étonner, comme le fit récemment l'honorable juge Johanne April, que « le développement de l'application de l'article 1003(c) [...] se trouve étriqué et réduit souvent à une simple affirmation, reprenant le libellé de l'article »⁹⁷. En tout, ce critère est invoqué dans 20 % des refus. Y aurait-il lieu de le revoir, de l'amender, ou encore de l'interpréter plus vigoureusement ? Cela reste à voir, mais dans l'intervalle, il est utile de relever que l'Ontario, qui n'a pas ce critère, voit invoqué le critère de *preferability* dans plus de 45 % des cas pour justifier un refus de certifier.

À l'origine, ce critère visait à éviter que des actions collectives soient lancées pour le compte d'un groupe restreint de personnes facilement identifiables. Par exemple, dans l'affaire *Vallée c. Tours Mirabelle inc.*⁹⁸, la Cour supérieure estimait qu'il n'y avait aucune raison de voir l'action procéder en tant que recours collectif après que le groupe ait été limité à 34 membres. En fait, ce critère est régulièrement utilisé en conjonction avec un autre critère d'autorisation ou avec un moyen déclinatoire. Dans *Tours Mirabelle*, c'est après être arrivé à la conclusion que la représentante ne connaissait que la situation des personnes ayant été hébergées dans le même établissement hôtelier qu'elle que la Cour a réduit le nombre de membres de 199 à 34⁹⁹. Dans un dossier plus récent¹⁰⁰, la Cour a conclu d'abord que l'impact du bruit et la poussière générés par des éoliennes n'étaient communs qu'à un petit groupe de membres connus ou facilement joignables pour ensuite refuser le recours collectif sur la base du fait qu'un mandat d'ester en justice ou une jonction d'instances seraient des procédures plus adéquates.

L'interprétation de ce critère a cependant évolué. Notons que des actions collectives pour le compte d'un nombre très limité de

97. *Blouin c. Parcs éoliens de la Seigneurie de Beaupré 2 et 3, s.e.n.c.*, 2015 QCCS 1619, par. 76.

98. *Vallée c. Tour Mirabelle inc.*, J.E. 98-1871, conf. en appel, B.E. 2001BE-449.

99. *Ibid.*

100. *Blouin, supra*, note 97, par. 77-81.

membres, tous connus ou facilement joignables, ont été autorisées dans le passé¹⁰¹. Par exemple, les actions collectives pour le compte des manifestants détenus au cours des grèves étudiantes de 2012 comptent chacune peu de membres, les avocats ayant choisi d'intenter une action collective pour chaque arrestation de masse¹⁰². Dans *Protection de l'environnement Boisbriand*, l'honorable juge de Grandpré autorisait l'action collective malgré un nombre de membres ne dépassant pas une centaine de personnes¹⁰³. Il expliquait qu'il y avait lieu d'interpréter largement cette troisième condition, puisqu'il « est facilement concevable que l'identification d'une centaine de personnes et l'obtention d'un mandat de chacune puissent présenter une difficulté réelle que le recours collectif écarte »¹⁰⁴. Par ailleurs, l'indemnité individuelle recherchée était considérable pour la Ville, mais représentait une somme largement insuffisante pour inciter un individu à intenter un recours contre Boisbriand¹⁰⁵.

À la lumière de ces motifs, et des statistiques que nous avons recueillies, nous ne pouvons que constater que ce critère semble avoir été dilué par des interprétations larges des tribunaux québécois. Si l'interprétation actuelle dicte qu'une action collective puisse être autorisée même lorsqu'il existe un nombre limité de membres (une centaine), tous membres de la même association, connus et facilement joignables, il est difficile d'imaginer une situation où ce critère ne serait pas atteint.

101. Voir *Lacroix-Perron c. Entreprises Dorette Va / Go inc.*, 500-06-000007-944, où le groupe est seulement composé de 60 membres, tous passagers d'un même vol ; *Fortier c. Entreprises Dorette Va / Go inc.*, 500-06-000003-943, où le groupe est composé de 80 membres, tous passagers d'un même vol ; *Gratton c. 2855-6512 Québec inc.*, 2006 QCCS 3351, où le groupe en comprend 90, tous présents au même dîner ; *Lassonde c. Québec (Procureur général)*, 2016 QCCS 569, où l'action collective est autorisée pour le compte de 85 membres de tribunaux administratifs divers.

102. Voir par exemple *Dépelteau c. Ville de Montréal*, 2017 QCCS 4298, où l'action collective n'est intentée pour le compte de 80 personnes. Voir également *Sévi-gny c. Montréal (Ville de)*, 2014 QCCS 4077, où huit dossiers d'action collective comptant chacun une centaine de personnes sont joints dans une même procédure.

103. *Protection environnement Boisbriand c. Boisbriand (Ville de)*, 2007 QCCS 484, par. 39.

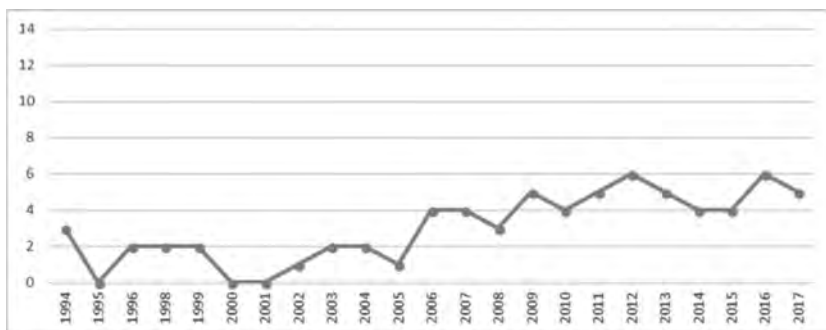
104. *Ibid.*

105. *Ibid.*

5. Représentation adéquate

Le Tableau X présente l'évolution des décisions de la Cour supérieure refusant l'autorisation sur la base du critère de la représentation adéquate.

Tableau X – Évolution annuelle du nombre de décisions de la Cour supérieure refusant l'autorisation sur la base du critère de représentation adéquate



Le Tableau X nous permet de constater que, contrairement aux autres critères d'autorisation, le critère de représentation adéquate est retenu pour refuser l'autorisation de plus en plus fréquemment depuis 2006. En fait, sur 25 ans, 39 % des refus se sont fondés sur ce critère, en comparaison avec 10 % seulement en Ontario. Étonnement, si les arrêts *Lévesque*, *Jasmin* et *Sibiga*, rendus en 2015 et en 2016 ont semblé abaisser la barre permettant d'atteindre ce critère, nous remarquons que dans plusieurs cas, les tribunaux continuent de refuser d'accorder l'autorisation sur la base du critère de la représentation adéquate en 2016 et en 2017. Par contre, les données ontariennes laissent à penser que les tribunaux n'accordent pas nécessairement l'importance requise au critère de représentation adéquate, conformément à la décision récente du juge Paul Perrell dans l'affaire *Sondhi*¹⁰⁶.

Au cours de cette période, les tribunaux ont également fréquemment refusé l'autorisation d'exercer un recours collectif lorsque les représentants n'avaient fait aucun ou peu effort

106. *Sondhi v. Deloitte Management Services LP*, 2018 ONSC 271 (catégorisation du représentant comme étant un être « fongible »).

pour localiser ou contacter les membres du groupe, étant même confirmés par la Cour d'appel¹⁰⁷. L'interrogatoire au préalable du représentant a quant à lui fréquemment été utilisé pour attaquer l'intérêt du représentant à assurer la représentation des membres lors de l'action collective¹⁰⁸. À la lecture d'une jurisprudence contradictoire qui ne s'est trouvée précisée que très récemment par une série d'arrêts de la Cour d'appel, on comprend mieux la progression constante du critère de la représentation adéquate par les tribunaux pour refuser d'autoriser plusieurs actions collectives.

L'augmentation survenue à partir de 2006 s'inscrit dans la foulée de l'arrêt *Agropur*, par lequel la Cour d'appel a soutenu que le représentant ne satisfaisait pas au critère de la représentation adéquate pour cause d'apparence de conflit d'intérêts¹⁰⁹. Le représentant était un important producteur de lait et avait intérêt à ce que le prix du lait soit plus élevé, non pas plus faible. Le juge souligna que les démarches du représentant avaient été nettement insuffisantes : il n'a jamais porté plainte au ministère de l'Agriculture, des Pêcheries et de l'Alimentation du Québec, n'a jamais pris l'initiative de consulter un avocat lui-même et n'a jamais cherché à prendre contact avec des consommateurs de lait¹¹⁰. Ces motifs, en apparence sévères, ont entraîné, selon nous, une vigilance renouvelée dans l'examen de ce critère¹¹¹.

107. *Del Guidice c. Honda Canada inc.*, 2007 QCCA 922, par. 44 : « C'est dans cette perspective que le caractère réduit de l'échantillonnage recueilli et l'absence de documentation suffisamment explicite ont, aux yeux du juge, remis en question l'aptitude de l'appelant à gérer le recours collectif. Selon lui, l'appelant ne s'est pas qualifié comme étant un représentant adéquat parce qu'il n'a pas procédé à un examen raisonnable permettant d'étayer les éléments de base justifiant l'usage du recours collectif. L'appelant ne me convainc pas que le juge a commis une erreur à ce sujet » ; *Lambert c. Whirlpool Canada, l.p.*, 2015 QCCA 433 : « As noted by the motion judge, the appellant's vague answers regarding the date of purchase of the washing machine and the manifestation of the prejudice, as well as his cursory efforts to locate the most basic documents are such that the trial judge's conclusion is exempt from a palpable and overriding error » ; *Wilkinson c. Coca-Cola Ltd.*, 2014 QCCS 2631, par. 108.

108. *Nadeau c. Mercedes-Benz Canada inc.*, 2016 QCCS 7, par. 100-101 ; *Prince c. Avis Budget Group Inc.*, 2016 QCCS 3770, par. 135.

109. *Bouchard c. Agropur Coopérative*, 2006 QCCA 1342.

110. *Ibid.*, par. 92-95.

111. *Bourgoin c. Bell Canada inc.*, 2007 QCCS 6087, où le représentant est le frère de l'avocat qui pilote le dossier ; *Benizri c. Canada Post Corporation*, 2017 QCCS 908, où c'est le neveu du demandeur qui représente le groupe ; *Dubois c. St-Esprit (Municipalité de)*, 2016 QCCS 3048, où la représentante est en opposition avec plusieurs membres du groupe, qui souhaitent que le réseau d'aqueduc de la ville soit amélioré à l'aide des sommes perçues à l'issue de l'action collective.

Le critère de la représentation adéquate a récemment été précisé par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Infineon* et par la Cour d'appel du Québec dans l'arrêt *Sibiga*. Dans *Infineon*, la Cour indique qu'aucun représentant ne devrait être exclu, à moins que ses intérêts ou sa compétence ne soient tels qu'il serait impossible que l'affaire survive équitablement¹¹². Une possibilité de conflit d'intérêts n'est pas suffisante pour mettre l'action collective de côté¹¹³. Dans le même ordre d'idées, la Cour d'appel soutient dans *Sibiga* que le critère de la représentation adéquate doit être pondéré à l'aide de trois éléments : (1) l'intérêt du représentant quant à l'action collective ; (2) ses qualifications en tant que représentant, et (3) une absence de conflit d'intérêts avec les autres membres du groupe¹¹⁴. Dans la même décision, l'honorable juge Kasirer soutient que le juge de première instance a erré en refusant l'autorisation d'exercer l'action collective sur la base du fait que les procureurs en demande avaient « recruté » la représentante à la suite d'un appel au public. Selon lui, les actions collectives dirigées par les avocats plutôt que par le représentant ne sont pas incompatibles avec le critère de la représentation adéquate ou encore avec la mission du recours collectif¹¹⁵.

Il en reste qu'il semble être désormais reconnu que le critère de la représentation adéquate est moins exigeant au Québec qu'ailleurs au Canada. Réduit à une peau de chagrin, le critère de la représentation adéquate ne requiert qu'une compréhension minimale du litige par le représentant¹¹⁶. Nous sommes d'avis que les tribunaux sont allés trop loin. La représentation par un membre adéquat, compétent et motivé à prendre la direction du recours, est au cœur même du droit d'action sur une base collective, servant à légitimer l'action collective et les nombreuses dérogations qu'elle impose au droit privé. Par ailleurs, nous peinons à expliquer pourquoi le critère de la représentation adéquate est invoqué dans près de 40 % des refus depuis 25 ans au Québec, alors qu'en Ontario, pour la même période, il ne l'est que très rarement.

112. *Infineon*, *supra*, par. 149.

113. *Ibid.*, par. 150.

114. *Sibiga*, *supra*, note 41, par. 97 ; Lafond, *Le recours collectif*, *supra*, note 40, p. 419.

115. *Ibid.*, par. 100-101.

116. *Lévesque c. Vidéotron s.e.n.c.*, 2015 QCCA 205, par. 27 ; *Jasmin c. Société des alcools du Québec*, 2015 QCCA 36 ; *Sibiga*, *ibid.* ; *Lambert c. Whirlpool Canada*, *l.p.*, *supra*, note 107, par. 20.

IV. PERTINENCE ET LÉGITIMITÉ DE L'ÉTAPE DE L'AUTORISATION DE L'ACTION COLLECTIVE

A. Délais causés par l'autorisation

Si l'action collective prend en moyenne deux ans et 185 jours pour atteindre le stade du jugement d'autorisation final (en prenant en considération les appels), l'étape d'autorisation doit-elle être considérée comme étant la cause des délais et des retards dans l'action collective ?

Le professeur Vince Morabito de l'Université Monash, en Australie, a complété un exercice similaire au nôtre en calculant les délais dans l'action collective. Même s'il n'existe pas de procédure d'autorisation en bonne et due forme en Australie¹¹⁷, une comparaison entre nos données et celles du professeur Morabito nous permet d'évaluer l'impact de cette procédure sur les délais.

Or, Morabito observe que, de 1992 à 2016, les actions collectives conclues par transaction sont résolues en 978 jours, soit deux ans et 248 jours¹¹⁸. Nous remarquons que ce délai australien (de résolution) est à peine plus long que celui requis pour obtenir en moyenne un jugement d'autorisation, sans même que la deuxième phase de l'action ait encore été intentée¹¹⁹ !

Il est utile de chercher à comprendre l'impact et l'effectivité de l'autorisation en fonction des délais globaux vécus dans l'action collective, selon les domaines de droit. Le Tableau XI compare les résultats du professeur Morabito à ceux du Laboratoire sur les

117. En fait, l'Australie a choisi un système qui permet une procédure subséquente de décertification : S. 33, part IVA, Federal Court of Australia Act 1976 (Cth) (part IVA). Voir aussi Damian Grave et Helen Mould (eds), *25 Years of Class Actions in Australia: 1992-2017* (Ross Parsons Centre of Commercial, Corporate and Taxation Law, 2017), 45.

118. Vince Morabito, « An Empirical Study of Australia's Class Action Regime », Fifth Report, *The First Twenty-Five Years of Class Actions in Australia*, July 2017 en ligne : <http://globalclassactions.stanford.edu/sites/default/files/documents/Morabito_Fifth_Report.pdf>, p. 31. Voir aussi David Barda, « Class actions: The flood that never came », (2018) 43(3) *Alternative Law Journal* 171-176.

119. De plus, le délai australien est de loin plus court que le délai total moyen requis de six ans et 327 jours requis pour conclure une transaction après le jugement d'autorisation, les membres québécois devant dans ces cas attendre quatre ans de plus que leurs pairs australiens pour voir leur action aboutir. Voir Piché, *L'action collective : ses succès et ses défis*, *supra*, note 10.

actions collectives¹²⁰ dans certains domaines de droit choisis¹²¹. Il compare les deux juridictions aux fins de l'aboutissement le plus fréquent de l'action collective, soit la transaction à l'amiable, laquelle doit être autorisée judiciairement pour être valide.

Cet exercice de comparaison nous permet d'apprécier l'impact de l'autorisation sur les délais, et de comprendre qu'ultimement, même lorsqu'aucune étape de filtrage et d'autorisation n'existe au sein du mécanisme d'action ou de recours collectif (comme en Australie), les délais relevés pour voir l'action aboutir sont similaires. Cela pourra suggérer que l'étape intermédiaire d'autorisation n'a pas lieu d'être. Nous y revenons ci-après. Nous comparons subséquemment les délais impliqués dans les deux juridictions lorsque la transaction est conclue après autorisation (au Québec).

Tableau XI – Comparaison entre le Québec et l'Australie quant aux délais requis pour approuver une transaction (avant autorisation, pour ce qui est du Québec)

Domaine de droit	Délai moyen jusqu'à l'homologation de la transaction conclue avant l'autorisation (Québec)	Délai moyen jusqu'à l'homologation de la transaction (Australie) ¹²²
Responsabilité du fabricant	4 ans et 6 jours	3 ans et 54 jours
Responsabilité extracontractuelle¹²³	2 ans et 351 jours	3 ans et 28 jours

120. Pour une explication complète des résultats obtenus au sein du Laboratoire, voir Piché, *ibid.*

121. Selon Morabito, les six domaines de droit les plus populaires en matière d'actions collectives en Australie sont la responsabilité du fabricant, les *mass torts*, les actions intentées par des investisseurs, les actions intentées par des actionnaires, la protection du consommateur ainsi que le domaine industriel. Bien que nous n'ayons pas d'équivalent pour tous ces domaines de droit, nous sommes en mesure de comparer nos données pour le droit de la consommation, le droit des valeurs mobilières, la responsabilité extracontractuelle et la responsabilité du fabricant.

122. Voir Morabito, *supra*, note 118. *Ibid.*, p. 30.

123. Nous incluons les agressions sexuelles dans cette catégorie pour les fins de l'exercice, qui correspondent à un *tort* dans les juridictions de common law.

Droit des valeurs mobilières	3 ans et 11 jours	2 ans et 232 jours
Droit de la consommation	2 ans et 90 jours	2 ans et 201 jours

L'exercice de comparaison des délais impliqués dans les transactions à l'amiable entre les deux juridictions montre que les délais requis pour arriver à une transaction sont presque équivalents de part et d'autre. Évidemment il faut prendre en considération le fait que les transactions conclues avant l'autorisation doivent inclure une autorisation liminaire et rapide, qui ne tient pas concrètement compte dans les détails de tous les critères d'autorisation. Il s'agit d'une « autorisation pour fins de transaction » au Québec.

Quoi qu'il en soit, il y a lieu de croire qu'en excluant l'étape de l'autorisation, le Québec et l'Australie sont des juridictions comparables quant au délai requis pour obtenir l'approbation d'une transaction.

Les résultats sont toutefois fort différents pour les dossiers qui passent par l'étape d'autorisation. Le Tableau XII présente le délai requis au Québec pour conclure une transaction après le jugement d'autorisation et le délai requis pour conclure une transaction en Australie.

Tableau XII – Comparaison entre le Québec et l'Australie quant au délai requis pour approuver une transaction (après autorisation, pour ce qui est du Québec)

Domaine de droit	Délai moyen jusqu'à l'homologation de la transaction conclue après l'autorisation (Québec)	Délai moyen jusqu'à l'homologation de la transaction (Australie)¹²⁴
Droit des valeurs mobilières	7 ans et 152 jours	2 ans et 232 jours
Droit de la consommation	6 ans et 94 jours	2 ans et 201 jours

124. Morabito, *supra*, note 118, p. 30.

Responsabilité du fabricant	4 ans et 240 jours	3 ans et 54 jours
Responsabilité extracontractuelle	4 ans et 51 jours	3 ans et 28 jours

Sans surprise, les dossiers québécois d'action collective qui passent par l'autorisation prennent beaucoup plus de temps à se régler par transaction que les dossiers australiens. Il est faux d'affirmer que les parties ont davantage tendance à conclure des ententes immédiatement après l'autorisation obtenue. Elles prennent autant, voire plus de temps, pour négocier une fois l'autorisation obtenue.

Nous concluons que l'autorisation de l'action collective québécoise cause effectivement des délais supplémentaires non négligeables dans le déroulement de l'instance québécoise. Une question importante se pose alors : les délais importants qu'entraîne l'étape d'autorisation en valent-ils la peine ? Autrement dit, cette étape d'autorisation est-elle absolument nécessaire pour mieux filtrer les demandes initiales, et pour remplir le rôle de cristallisation des droits collectifs des membres du groupe ? La prochaine sous-section cherchera à amorcer un début de réponse à cette question fondamentale.

B. Importance de l'exercice d'autorisation de l'action collective

Un premier constat clair peut être tiré de notre analyse : il est faux d'affirmer que l'autorisation n'est qu'une formalité au Québec. 36,78 % des dossiers ont été rejetés à l'autorisation en première instance en moyenne sur 25 ans, et ce pourcentage passe à 29,13 % lorsque l'on considère les appels¹²⁵. L'autorisation sert donc effectivement à filtrer les dossiers d'action collective, comme le requiert sa mission première. Mais il y a plus.

En analysant les raisons ayant poussé les tribunaux à rejeter des demandes en autorisation dans l'espace des 25 dernières

125. Il est utile de souligner toutefois que ce pourcentage est beaucoup moins élevé dans les dernières années.

années, nous avons conclu que la majorité des refus d'autoriser sont justifiés par une absence d'apparence de droit. Notons que ce critère n'est pas unique à l'action collective : la demande en irrecevabilité permet de rejeter les recours qui n'ont pas d'apparence de droit dans tout type d'action en justice. De même, nous avons pu remarquer que le critère de supériorité de l'action collective sur le mandat ou la jonction des demandeurs est peu utilisé pour refuser d'autoriser l'action collective. Alors que même les actions collectives comportant très peu de membres, tous connus, ont tendance à être autorisées, nous sommes d'avis que ce critère peut difficilement échouer et qu'il a été dilué par une interprétation jurisprudentielle graduellement plus flexible.

Nous considérons à la lumière de nos données que le cœur de la procédure d'autorisation au Québec réside dans les critères d'autorisation suivants, tous deux fondamentaux : les questions identiques, similaires ou connexes, et la représentation adéquate.

L'analyse des questions identiques, similaires ou connexes permet d'éviter que des actions collectives qui n'ont pas lieu d'être n'engorgent les tribunaux en exigeant un procès supplémentaire pour traiter de la réclamation de chaque membre. Le dossier *Caron c. Fraternité provinciale des ouvriers en électricité, section locale 1676*¹²⁶ est un bon exemple de la pertinence de ce critère. La demande visait à représenter les monteuses de lignes et de câbles de télécommunications œuvrant pour une entreprise de compétence fédérale mais ayant dû payer des cotisations à la Commission de la construction du Québec¹²⁷. Pour la juge Chantal Lamarche, les implications qu'avait une telle action collective sur le système de justice étaient grandes. Si la requête en autorisation était accueillie, le tribunal aurait à « tenir au minimum 58 procès [pour] déterminer si les employeurs pour qui ces 974 monteuses T ont travaillé relèvent de la compétence fédérale », et « un minimum de 974 procès [pour] déterminer si le consentement de ces salariés est vicié lorsqu'ils versent leurs Cotisations et plus particulièrement leurs contributions volontaires auprès de la CCQ »¹²⁸.

126. 2016 QCCS 25.

127. *Ibid.*, par. 1.

128. *Ibid.*, par. 47-48.

Parmi les autres raisons invoquées au soutien d'un refus d'autorisation fondé sur ce critère dans des jugements récents, on retrouve notamment :

- Une définition du groupe circulaire où les membres ne peuvent savoir s'ils sont membres du groupe qu'en fonction du jugement au mérite¹²⁹ ;
- Des questions à analyser désincarnées des faits allégués¹³⁰ ;
- Une définition du groupe beaucoup trop large, incluant toutes les personnes ayant consommé plusieurs médicaments du même fabricant¹³¹ ;
- Un groupe visé s'étendant sur dix provinces et deux territoires canadiens, ainsi que sur cinquante États et un district fédéral américains, le tout sans preuve de similarité des normes juridiques¹³².

Ainsi, dans plusieurs cas, le critère des questions identiques, similaires ou connexes a permis de rejeter des actions collectives qui présentaient des problèmes majeurs à leur face même. Le rejet de ces demandes n'est pas uniquement dans l'intérêt de la partie défenderesse : l'intérêt des membres entre également en jeu. Par exemple, une définition trop large du groupe peut entraîner la déchéance des droits de certains membres même s'ils ne retirent aucun bénéfice du recours.

Dans une action collective, le représentant agit au nom de tous les membres, dont le nombre est parfois incertain et dont plusieurs n'entendront vraisemblablement jamais parler de l'action. Ces membres sont dits « absents »¹³³. Bien que le critère des questions identiques ait été interprété largement, la nécessité d'une représentation adéquate permet notamment d'éviter que le repré-

129. *Caron c. Fraternité provinciale des ouvriers en électricité, section locale 1676*, 2016 QCCS 25, par. 74-83.

130. *Baratto c. Merck Canada inc.*, 2016 QCCS 6664, par. 116-119.

131. *Ibid.*, par. 126-138.

132. *Raleigh c. Maibec inc.*, 2016 QCCS 2533, par. 67-68.

133. Voir Catherine Piché, *Le règlement à l'amiable de l'action collective*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2014.

sentant ait un conflit d'intérêts avec les membres du groupe, tout en s'assurant que les intérêts des membres soient bien protégés. De même, c'est par le biais de la représentation adéquate et des avis aux membres que l'action collective est légitimée et que son caractère d'exception se justifie.

Quelques exemples récents illustrent l'importance du critère de représentation adéquate. Un conflit d'intérêts peut survenir en raison des intérêts divergents du représentant et des membres. Dans *Télévision communautaire et indépendante de Montréal (TVCIMTL) c. Vidéotron*¹³⁴, la requérante TVCI veut représenter les abonnés du service de télédistribution de Vidéotron dans le Grand-Montréal en réclamant des dommages pour le non-respect des exigences du CRTC par la chaîne MATv appartenant à Vidéotron¹³⁵. Or, TVCI a besoin que Vidéotron perde sa licence d'exploitation de MATv pour pouvoir exploiter à son tour un canal communautaire¹³⁶. La requérante est donc en conflit d'intérêts flagrant avec les membres. Un conflit d'intérêts peut également être présent entre le représentant et les procureurs du groupe. Dans *Benizri c. Canada Post Corporation*¹³⁷, le procureur du groupe est le neveu du requérant¹³⁸. Dans d'autres cas, l'autorisation est rejetée lorsque le représentant n'a visiblement pas participé de façon active aux procédures. Par exemple, le fait que le représentant n'ait jamais tenté de communiquer avec d'autres membres pour voir si d'autres personnes étaient dans la même situation que lui peut justifier le rejet de l'autorisation¹³⁹. D'autres exemples récents laissent toutefois à penser que ce critère de représentation adéquate a été dilué par les tribunaux, comme nous en avons fait état ci-haut avec notre discussion de l'arrêt *Sibiga*¹⁴⁰.

134. 2017 QCCS 473.

135. *Ibid.*, par. 1-3.

136. *Ibid.*, par. 162-166.

137. 2017 QCCS 908.

138. *Ibid.*, par. 58, 63-65.

139. Voir notamment *Caron c. Fraternité provinciale des ouvriers en électricité, section locale 1676*, 2016 QCCS 25, par. 105-119 ; *Hébert c. Kia Canada inc.*, 2014 QCCS 3968, par. 74.

140. On peut rappeler seulement que la Cour supérieure avait d'abord conclu que madame Sibiga n'était pas une représentante adéquate du groupe proposé puisque sa nomination était le résultat d'une réflexion après coup, et qu'elle ne s'était fondée que sur un courriel de sollicitation de la part de conseillers juridiques alors que la recherche entourant les frais d'itinérance internationale avait déjà été menée par ses avocats. Madame avait donc fait défaut de démontrer les compétences minimales requises pour aider ses avocats dans les procédures entourant le recours collectif et pour représenter tous les membres.

Depuis les arrêts *Sibiga* et *Boiron*¹⁴¹, il semble acquis qu'au stade de l'autorisation, pour déterminer si le critère de l'article 575(4) C.p.c. relatif à la capacité de représentation adéquate des membres est rempli, les tribunaux privilégient une approche souple et libérale, particulièrement en contexte de consommation, et conformément à la position de la Cour suprême du Canada. Ainsi, dans la mesure où le représentant envisagé comprend les allégations de la demande d'autorisation et que d'autres consommateurs ont pu également être lésés, le tribunal conclura que les exigences minimales de la loi ont été respectées.

Or, nous sommes d'avis qu'il est dans l'intérêt des membres que les tribunaux examinent de façon plus approfondie et rigoureuse l'identité, la motivation et surtout, les capacités du représentant envisagé. L'action collective se justifie principalement par ce caractère de représentation de membres qui n'ont pas consenti explicitement à l'action, qui en sont souvent imparfaitement informés, et dont le droit d'option d'exclusion et d'objection demeure en quelque sorte ténu. Face à un éventuel conflit d'intérêts, ou encore, dans le contexte d'une représentation sous-optimale ou inadéquate, il y a fort à parier que les avantages de l'action ne seront pas optimaux pour les membres et que la compensation éventuelle sera bien en deçà de ce qu'elle devrait être. De même, c'est par le biais du représentant que l'information des membres peut également s'effectuer, et ce, de manière parfois plus optimale que par les avis aux membres. En cela, la motivation et l'effort du représentant sont d'importance fondamentale.

CONCLUSION : PLAIDOYER POUR UN MAINTIEN RESTRUCTURÉ DE L'ÉTAPE DE L'AUTORISATION ET UNE APPROCHE PLUS RIGOUREUSE DES TRIBUNAUX

L'autorisation de l'action collective est une étape cruciale qui est nécessaire pour cristalliser les droits des membres et pour justifier les dérogations aux principes fondamentaux de droit judiciaire privé. Selon le professeur Lafond, « [d]ans un système où la

En Cour d'appel, le juge Kasirer infirme la décision de la Cour supérieure, en insistant sur le fait que l'entrepreneuriat des avocats d'action collective n'influe en rien sur le caractère adéquat du représentant, et est même nécessaire à des fins d'accès à la justice des consommateurs. Selon le juge, le représentant ne doit être ni marionnette, ni fer de lance. Néanmoins, même dans l'action collective de consommation, le représentant doit être « adéquat ». Voir *Sibiga*, *supra*, note 41.

141. *Boiron*, *supra*, note 1.

liberté d'exercer ses droits et l'autonomie d'action se veulent de rigueur, la requête pour autorisation revêt un caractère dérogatoire important »¹⁴². Lafond précise que « l'étape de l'autorisation se veut beaucoup plus qu'une simple formalité à remplir »¹⁴³. Selon la Cour d'appel dans l'arrêt *Sibiga*, il faut insister sur le caractère rigoureux de l'étape d'autorisation :

The Supreme Court has taken pains to say that however liberal the standard at authorization, a class action cannot rest on allegations that are vague or imprecise or be hostage to a plaintiff who is unqualified to represent members of the class. *A lack of rigour at authorization can indeed weigh down the courts with ill-conceived claims, creating the perverse outcome that the rules on class actions serve to defeat the very values of access to justice they were designed to champion.*¹⁴⁴ [Notre emphase]

Ainsi, même si les délais attribuables à l'autorisation sont préoccupants, et les coûts de l'instance et frais d'avocats importants, nous considérons que l'abandon de cette étape procédurale n'est pas la solution à privilégier.

Les données recueillies au Laboratoire sur les actions collectives ont permis de démontrer que l'autorisation a su jouer depuis 25 ans un rôle important dans le filtrage des dossiers d'action collective et dans la protection des membres du groupe. L'étape d'autorisation – ou de certification, ailleurs au Canada et en Amérique du Nord – existe de façon constante et uniforme dans les législations provinciales, fédérales ou étatiques. Point d'ancrage de l'action collective, l'autorisation ou certification permet à la procédure collective d'exister. Les tribunaux la reconnaissent comme nécessaire (sauf ceux qui remettent en cause sa légitimité – voir l'arrêt *Boiron*) et comme devant être gérée et adjugée rigoureusement.

Quoique l'abolition de l'étape d'autorisation soit à proscrire, compte tenu entre autres des objectifs d'uniformité et de stabilité du droit, et des raisons énoncées ci-haut, nous sommes d'avis que sa réforme ou restructuration est non seulement possible, mais nécessaire. Ainsi, on pourrait imaginer qu'à l'instar de la procé-

142. Lafond, *Le recours collectif*, *supra*, note 40, p. 349.

143. *Ibid.*

144. *Sibiga*, *supra*, note 41, par. 14.

ture de certification ontarienne, l'instance (en vue d'agir collectivement) pourrait être introduite devant la Cour supérieure du Québec au nom des membres d'un groupe de personnes par un ou plusieurs membres du groupe. Le ou les représentant(s) envisagé(s) pourrai(en)t subséquemment saisir le tribunal d'une requête pour faire autoriser ou faire identifier l'instance comme une action collective et nommant officiellement la personne représentant des demandeurs, et ce, dans un délai rapproché de quelques mois seulement. Les moyens préliminaires accompagneraient alors – si nécessaire et approprié – la requête en autorisation. Une fois l'audience d'autorisation conclue, l'étendue du groupe serait fixée, les questions communes identifiées, le(s) représentant(s) nommé(s), les moyens préliminaires épuisés et décidés. Ainsi, l'on pourrait envisager qu'à l'intérieur d'un délai restreint (au maximum un an pour la Cour supérieure, district de Montréal, compte tenu de la Directive), la preuve soutenant l'autorisation aura été produite et appréciée en une occasion, sans les dédoublements néfastes associés aux moyens préliminaires souvent décalés du processus d'autorisation.

Au final, nous ne pouvons que recommander d'abord et avant tout que la norme d'intervention des tribunaux soit renforcée et que l'espace discrétionnaire de ces derniers soit élargi, dans le respect de la règle de la proportionnalité et des contraintes de temps et d'espace significatives du système judiciaire québécois. À cet égard, nous saluons l'initiative de la section d'appel spécialisée en action collective de la Cour supérieure de Montréal, qui a su créer par projet-pilote une équipe restreinte en matière d'action collective au stade de l'autorisation, depuis septembre 2018¹⁴⁵. Cette nouvelle forme de gestion permettra assurément de réduire les délais (et coûts – nécessairement) dans l'action collective québécoise, en instaurant un système de gestion rapide et efficace qui assurera conséquemment une indemnisation plus complète et généreuse des membres du groupe¹⁴⁶. Elle permettra, du coup, de contrôler les abus possibles préalablement à et au stade de l'autorisation.

145. Voir les articles 226ss. des *Directives de la Cour supérieure du Québec pour le District de Montréal*, à jour au 1^{er} mai 2019, en ligne à <<http://www.tribunaux.qc.ca/c-superieure/avis/pdf/Directives%20du%20District%20de%20Montr%C3%A9al.pdf>>.

146. Il est à noter que l'article 231 des *Directives* dispose que « [s]auf si les circonstances le justifient, la demande d'autorisation d'exercer une action collective est entendue dans l'année suivant son dépôt ». Ce souci évident de restreindre l'écoulement du temps dans l'action collective est à saluer.

Le professionnel juridique au sein des organismes d'action communautaire québécois : portrait d'une pratique en émergence

Nicolas MICHAUD

Résumé

Les organismes d'action communautaire québécois jouent un rôle de premier plan en matière d'accès à la justice. Or, le nombre d'avocats pratiquant le droit au sein de ces organismes est marginal. Le présent texte dresse un portrait général de la pratique juridique au sein des organismes d'action communautaire québécois et fait état de certains enjeux y étant associés. Le nombre d'avocats, le ratio hommes-femmes, le nombre d'années d'expérience et la répartition régionale des avocats du milieu communautaire sont les principales données recueillies et analysées dans la présente étude.

Le professionnel juridique au sein des organismes d'action communautaire québécois : portrait d'une pratique en émergence

Nicolas MICHAUD*

1. INTRODUCTION	579
2. CONTEXTE	579
3. MÉTHODOLOGIE	584
4. RÉSULTATS	585
5. DISCUSSION	587
5.1 Le nombre d'avocats pratiquant en organisme d'action communautaire	587
5.2 Le ratio hommes-femmes	590
5.3 L'expérience	592
5.4 Répartition des avocats au sein des organismes d'action communautaire	593
6. CONCLUSION	597
7. BIBLIOGRAPHIE	598

* Avocat et doctorant en droit à l'Université Laval.

1. INTRODUCTION

Dans le contexte où la demande des citoyens pour des services juridiques accessibles ne cesse d'augmenter, l'apport des milieux communautaires en cette matière ne peut être ignoré. Depuis des décennies, le réseau communautaire québécois offre une panoplie de services juridiques à divers groupes de populations qui sont souvent parmi les plus touchés par les difficultés d'accès à la justice. Dans le cadre de leurs activités, certains organismes d'action communautaire comptent sur un ou plusieurs professionnels juridiques. Bien que la pratique du droit au sein des organismes d'action communautaire s'avère d'un grand intérêt dans le contexte de la réflexion qui a actuellement cours sur l'accès à la justice, le manque d'information sur ce domaine d'exercice est criant. En dressant un portrait général de cette pratique juridique communautaire, cet article vise à combler, en partie, cette lacune. Le portrait détaillé que nous tracerons ainsi que les analyses et réflexions y étant associées favoriseront la compréhension des enjeux liés à cette pratique tout en contribuant à la faire connaître des acteurs du milieu juridique. À un niveau plus académique, cette étude s'inscrit dans le cadre d'un projet de doctorat portant sur l'intégration des services juridiques avec des services de santé et sociaux afin de desservir les populations vulnérables, défavorisées et marginalisées. La recension que nous avons conduite et qui est présentée dans cet article constitue une première étape à la réalisation de cette thèse.

2. CONTEXTE

Alors que le problème d'accès à la justice au Québec est tout sauf récent, cet enjeu de société occupe une place grandissante dans l'espace public. Malgré les nombreux rapports et recommandations produits au cours des dernières décennies¹, les difficultés

1. BARREAU DU QUÉBEC, *L'aide juridique au Québec : une hausse des seuils d'admissibilité est toujours nécessaire*, Montréal, Qc, Barreau du Québec, 2010 ; AB CURRIE, *Enquête nationale sur les problèmes d'ordre juridique éprouvés par les Canadiens à faible revenu et à revenu modeste : fréquence et modèles*, Ottawa, Canada, ministère de la Justice du Canada, 2005 ; GROUPE DE TRAVAIL SUR L'ACCESSIBILITÉ À LA JUSTICE, *Jalons pour une plus grande accessibilité à la justice*, Québec, Qc, ministère de la Justice du Québec, 1991.

d'accès à la justice sont malheureusement toujours d'actualité². Confrontés à un problème de taille qui affecte le fondement même de nos démocraties³, les mesures adoptées par le gouvernement et les acteurs du milieu juridique sont insuffisantes. S'ensuit alors, au fil des années, une perte de confiance envers le système judiciaire et les professionnels juridiques. Selon un rapport produit pour le compte du ministère de la Justice, 41 % des Québécois disent ne pas avoir confiance dans leur système de justice et près de 69 % d'entre eux sont d'avis qu'ils n'auraient pas les moyens financiers de défendre et de faire valoir leurs droits devant les tribunaux⁴. En ce qui concerne les avocats, une majorité de Québécois disent ne pas leur faire confiance⁵. Pire encore pour la profession juridique, 87 % des Québécois affirmant ne pas avoir accès aux tribunaux sont d'avis que le principal obstacle s'avère être les honoraires des avocats⁶.

Face à cette perte de confiance et aux critiques de plus en plus virulentes, les acteurs du milieu juridique n'ont d'autres choix que de s'impliquer plus activement dans la recherche de solutions. En mettant de l'avant des mesures touchant, entre autres, à la procédure judiciaire, au financement des tribunaux, aux coûts des services professionnels, à l'assurance juridique ou encore à la multiplication des recours, bon nombre d'acteurs du milieu juridique visent surtout à favoriser l'accessibilité au système judiciaire québécois. Bien que plusieurs soulignent la pertinence de ces initiatives à juste titre, nous considérons toutefois que l'accès à la justice ne se limite pas à l'accessibilité aux institutions judiciaires. Par accès à la justice, nous nous référons plutôt à la définition élaborée par Jean-François Roberge :

L'accès à la justice est l'action de rendre accessible une forme de justice qui doit être perçue comme une forme de justice par celui

2. Pierre-Claude LAFOND, *L'accès à la justice civile au Québec : portrait général*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2012 ; Pierre NOREAU, *Accès à la justice et démocratie en panne : constats, analyses et projections, Révolutionner la justice*, Montréal, Qc, Thémis, 2010.

3. P. NOREAU, préc., note 2, p. 15.

4. INFRAS INC., *Enquête sur le sentiment d'accès et la perception de la justice au Québec*, ministère de la Justice du Québec, 2016, p. 7, en ligne : <https://www.justice.gouv.qc.ca/fileadmin/user_upload/contenu/documents/Fr_francais_/centredoc/rapports/ministere/RapportFinal_SondageJustice_MJQ_INFRAS_2016-ob.pdf>.

5. LÉGER, *Baromètre des professions*, 2016, p. 8, en ligne : <<http://www.economistesquebecois.com/files/documents/0b/97/barom-tre-des-professions-avril-16.pdf>>.

6. INFRAS INC., préc., note 4, p. 7.

ou celle à qui elle est destinée et qui répond à ses motivations et attentes de justice.⁷

Ainsi, toute initiative qui vise à permettre aux citoyens de régler leurs conflits est susceptible de contribuer à répondre au défi de l'accès à la justice⁸. Bien au-delà du cadre purement judiciaire, il existe donc différentes façons de rendre la justice plus accessible. Dans cette optique, d'autres institutions non judiciaires peuvent et doivent contribuer à favoriser l'accès à la justice. À cet égard, les organismes d'action communautaire québécois sont parmi les forums qui peuvent offrir une alternative qui respecte les aspirations et attentes de nombre de citoyens en matière de justice. Malheureusement, les rapports, études et travaux de recherche portant sur la problématique de l'accès à la justice abordent rarement le rôle joué par les organismes d'action communautaire en cette matière. Tel que le souligne Pierre-Claude Lafond : « On sous-estime énormément le travail accompli par ce réseau communautaire, fonctionnant avec très peu de ressources, et souvent à l'ombre des projecteurs »⁹.

Pour la majorité des juristes et pour plusieurs citoyens, ce réseau communautaire québécois demeure largement méconnu. Il convient donc de préciser ce que l'on entend par organisme d'action communautaire. Pour ce faire, nous nous référons à la politique gouvernementale *L'action communautaire : une contribution essentielle à l'exercice de la citoyenneté et au développement social du Québec*. Adoptée en 2001 à la suite d'une consultation avec les acteurs du milieu communautaire, cette politique reconnaît l'apport des organismes d'action communautaire québécois tout en établissant des balises visant à promouvoir, soutenir et consolider leurs activités. Le cadre de référence balisant l'application de cette politique définit l'action communautaire comme étant :

[...] une action collective fondée sur des valeurs de solidarité, de démocratie, d'équité et d'autonomie. Elle s'inscrit essentiellement dans une finalité de développement social et s'incarne dans des organismes qui visent l'amélioration du tissu social et des condi-

7. Jean-François ROBERGE, *La justice participative : changer le milieu juridique par une culture intégrative de règlement des différends*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2011, p. 23.

8. P.-C. LAFOND, préc., note 2, p. 18.

9. *Id.*, p. 81.

tions de vie ainsi que le développement des potentiels individuels et collectifs. Ces organismes apportent une réponse à des besoins exprimés par des citoyennes ou des citoyens qui vivent une situation problématique semblable ou qui partagent un objectif de mieux-être commun. L'action communautaire témoigne d'une capacité d'innovation par les diverses formes d'intervention qu'elle emprunte et se caractérise par un mode organisationnel qui favorise une vie associative axée sur la participation citoyenne et la délibération.¹⁰

Quatre critères doivent être respectés afin qu'un organisme puisse être qualifié d'organisme d'action communautaire :

- Être un organisme à but non lucratif (OBNL) ;
- Être enraciné dans la communauté ;
- Entretenir une vie associative et démocratique ;
- Être libre de déterminer sa mission, ses approches, ses pratiques et ses orientations¹¹.

Cette politique ne vise donc pas l'ensemble des OBNL du secteur à but non lucratif. Le *Cadre de référence en matière d'action communautaire* vient d'ailleurs exclure expressément de son cadre d'application les ordres professionnels, les organisations politiques, les organisations syndicales, les associations à caractère religieux et les fondations dont la mission consiste essentiellement à recueillir et à redistribuer des fonds¹². Encore plus, pour être reconnu comme organisme d'action communautaire, un organisme doit se situer dans la pratique de l'action communautaire. À titre d'exemple, les OBNL constitués pour servir les seuls intérêts particuliers (personnels ou « corporatistes ») de leurs membres ou

10. MINISTÈRE DU TRAVAIL, DE L'EMPLOI ET DE LA SOLIDARITÉ SOCIALE, *Cadre de référence en matière d'action communautaire*, 2004, p. 6, en ligne : <<https://www.mess.gouv.qc.ca/sacais/action-communautaire/cadre-reference.asp>> (consulté le 9 octobre 2018).

11. MINISTÈRE DU TRAVAIL, DE L'EMPLOI ET DE LA SOLIDARITÉ SOCIALE, *L'action communautaire : une contribution essentielle à l'exercice de la citoyenneté et au développement social du Québec*, 2001, p. 21, en ligne : <<https://www.mess.gouv.qc.ca/sacais/action-communautaire/politique-reconnaissance-soutien.asp>> (consulté le 9 octobre 2018).

12. MINISTÈRE DU TRAVAIL, DE L'EMPLOI ET DE LA SOLIDARITÉ SOCIALE, préc., note 10, p. 7.

encore ceux créés par une instance publique ne constituent pas des organismes d'action communautaire¹³.

En retenant cette définition qui fait l'objet d'un large consensus dans les milieux communautaires québécois, nous sommes en mesure de mieux cerner ce réseau communautaire auquel fait référence Lafond. Concrètement, ce réseau est composé de plus de 8 000 organismes répartis sur l'ensemble du territoire québécois¹⁴. Deux grandes catégories sont identifiées : les organismes de base qui interviennent directement auprès de la population et les regroupements qui sont composés d'organismes d'action communautaire et qui offrent plutôt des activités de formation, de représentation, de défense collective des droits, de sensibilisation, de recherche, d'information ou encore d'évaluation à leurs membres¹⁵. Dans le cadre de leurs activités, bon nombre d'organismes d'action communautaire proposent des services qui contribuent à favoriser l'accès à la justice. À titre d'exemple, on note que des organismes offrant des services de défense de droits proposent la tenue d'activités d'information et d'éducation juridique¹⁶. Certains organismes comme Juripop offrent même un service de représentation juridique par des professionnels. D'autres organismes offrant des services en matière de santé, d'itinérance, de logement, de famille ou d'immigration offrent des services de nature juridique en lien avec les problématiques vécues par leurs usagers. Certains organismes d'action communautaire se sont même donné comme mission de favoriser la participation des citoyens au règlement de leurs conflits ou litiges. À cet effet, on peut penser aux organismes de justice alternative présents dans la majorité des régions du Québec. En

13. *Id.*

14. MINISTÈRE DU TRAVAIL, DE L'EMPLOI ET DE LA SOLIDARITÉ SOCIALE, préc., note 11, p. 15.

15. MINISTÈRE DU TRAVAIL, DE L'EMPLOI ET DE LA SOLIDARITÉ SOCIALE, préc., note 10, p. 10.

16. CLINIQUE DROIT DE CITÉ, « Services offerts », *Clinique Droit de cité* (2018), en ligne : <<http://www.cliniquedroitdecite.org/services-offerts/>> (consulté le 9 octobre 2018) ; CLINIQUE JURIDIQUE ITINÉRANTE, *Mission* (2018), en ligne : <<https://www.cji-mlc.org>> (consulté le 9 octobre 2018) ; FONDATION DU DR. JULIEN, *Mettre en place un comité des droits des enfants dans un centre de pédiatrie sociale en communauté : démarches et conseils*, 2016, en ligne : <<https://pediatricsociale.fondationdrjulien.org/wp-content/uploads/2016/09/Mettre-en-place-un-comit%C3%A9-des-droits-des-enfants-Fondation-Dr-Julien.pdf>> (consulté le 9 octobre 2018) ; SERVICES JURIDIQUES COMMUNAUTAIRES DE POINTE-ST-CHARLES ET PETITE-BOURGOGNE, *Rapport d'activités 2017-2018*, Montréal, Qc, 2018, p. 5.

mettant en place des projets de médiation citoyenne ou en s'impliquant dans la gestion des infractions pénales commises par des mineurs, ces organismes d'action communautaire mettent sur pied des initiatives qui contribuent directement à répondre au défi posé par la problématique de l'accès à la justice¹⁷.

Étant donné le rôle joué par ce réseau communautaire pour favoriser l'accès à la justice, il n'est pas surprenant de constater que de nombreux professionnels juridiques s'impliquent bénévolement au sein d'un ou plusieurs organismes d'action communautaire. Plus encore, certains avocats et notaires choisissent même d'y exercer leur profession à plein temps. De par leur implication quotidienne et soutenue ainsi que leur connaissance du milieu et des usagers, ces derniers s'avèrent être des ressources qui peuvent grandement contribuer à maximiser le potentiel du réseau communautaire en matière d'accès à la justice. Malheureusement, le dernier rapport détaillé du Barreau du Québec ne fournit aucune donnée sur ce domaine d'exercice¹⁸. Pour pallier cette carence, notre étude vise à tracer un portrait général de la pratique juridique au sein des organismes d'action communautaire québécois. Pour ce faire, nous recueillerons des informations visant à caractériser différents aspects de cette pratique juridique communautaire. En plus d'offrir une vision d'ensemble de ce domaine d'exercice, quelques enjeux associés aux données que nous avons compilées seront traités.

3. MÉTHODOLOGIE

Dans le cadre de notre recherche, nous avons identifié les avocats dont la pratique principale a lieu au Québec, au sein d'un organisme d'action communautaire offrant la majorité de ses services sur le territoire québécois. C'est à partir des informations mises à la disposition du public dans le Bottin des avocats que nous sommes parvenu à compiler les données essentielles à la production de notre portrait de la pratique en organisme d'action communautaire. Alors que le Bottin des avocats mis en ligne par le

17. ÉQUIJUSTICE, « Services » (2018), en ligne : <<http://equijustice.ca/fr/services>> (consulté le 9 octobre 2018).

18. BARREAU DU QUÉBEC, *Barreau-mètre 2015 : la profession en chiffres*, Montréal, Qc, Barreau du Québec, 2015, en ligne : <<https://www.barreau.qc.ca/media/1163/barreau-metre-2015.pdf>>.

Barreau du Québec permet une recension exhaustive des membres de cet ordre professionnel, une telle recension s'avère malheureusement impossible en fonction des outils mis à notre disposition par la Chambre des notaires. Ainsi, cette étude se limite aux avocats en raison de considérations pratiques. Réalisée en juin 2018, notre étude permet de jeter un regard sur la situation qui prévalait pour l'année d'inscription 2018-2019. Il est néanmoins important de noter que certains membres peuvent ne pas apparaître sur le bottin des avocats s'ils en font la demande. De plus, dépendamment des régions, entre 5 % et 25 % des membres du Barreau du Québec ne sont associés à aucune organisation. Parmi ces avocats, on retrouve notamment plusieurs étudiants et retraités. Il ne peut toutefois être exclu que certains professionnels œuvrant au sein d'organismes d'action communautaire fassent partie de ce nombre. En plus des informations recueillies dans le Bottin des avocats du Barreau du Québec, la consultation des sites Web des organismes d'action communautaire qui emploient au moins un avocat nous a permis de valider et de compléter certaines informations.

Notre intérêt portant spécifiquement sur la pratique au Québec, nous avons exclu volontairement les avocats exerçant au sein d'organismes situés dans d'autres provinces canadiennes ou à l'international. De plus, les avocats pratiquant au sein d'organismes non gouvernementaux dont la majorité des services sont offerts hors Québec n'ont pas été retenus aux fins de cette recherche (à titre d'exemple, les avocats œuvrant au sein d'Avocats sans frontière). En ciblant spécifiquement les avocats dont la pratique principale est située en organisme d'action communautaire, nous avons identifié les professionnels qui y œuvrent quotidiennement, sans égard aux tâches qu'ils y accomplissent, tout en excluant les avocats bénévoles ou offrant un support occasionnel. Quant à elle, notre définition d'organisme d'action communautaire est basée sur celle contenue dans la politique gouvernementale de 2001 et le cadre de référence y étant associé.

4. RÉSULTATS

La recension que nous avons conduite nous a permis de recueillir plusieurs renseignements relatifs à ce domaine de pratique et aux avocats qui y travaillent. D'abord, l'identification des avocats qui exercent en organisme d'action communautaire qué-

bécois nous permet d'évaluer l'importance de cette pratique au sein de la profession et de tracer un portrait général des membres du Barreau du Québec qui y œuvrent. Les données recueillies démontrent que 61 avocats pratiquent principalement au sein d'un organisme d'action communautaire québécois. Parmi ces 61 professionnels, 21 sont de sexe masculin alors que 40 sont de sexe féminin. Traduit en pourcentage, c'est donc dire que plus de 65 % des avocats œuvrant dans ces organismes sont des femmes. De plus, en se basant sur l'année d'admission au Barreau du Québec, on note que plus de 62,3 % des avocats recensés cumulent moins de 10 années d'expérience professionnelle et que près de la moitié ont été admis à l'ordre au cours des cinq dernières années. En moyenne, les avocats pratiquant en organisme d'action communautaire comptent 11 années d'expérience professionnelle.

Notre étude permet également de mettre en évidence la répartition des avocats dans les organismes d'action communautaire québécois. Les 61 avocats que nous avons recensés sont répartis dans 25 organismes d'action communautaire. Parmi les 25 organismes qui emploient un avocat, 52 % comptent un seul avocat au sein de leur équipe et 88 % embauchent moins de trois avocats. En moyenne, on retrouve 2,44 avocats parmi les organismes d'action communautaire comptant au moins un avocat dans leur équipe. Ce résultat est grandement influencé par trois organismes (Éducaloi, Juripop et Option consommateurs) qui embauchent, à eux seuls, 27 avocats. Comptant 12 membres du Barreau du Québec au sein de son personnel, Éducaloi est l'organisme d'action communautaire qui embauche le plus d'avocats. Bien que la majorité des organismes d'action communautaire n'emploient qu'un seul avocat, on note tout de même que 78,7 % des membres du Barreau qui pratiquent au sein de ce type d'organisme exercent au sein d'une équipe composée d'au minimum deux avocats. Les membres du Barreau du Québec pratiquent le droit dans des organismes d'action communautaire ayant des missions très variées qui touchent, notamment, aux domaines de l'environnement, de la santé, de l'enfance, de la famille, du logement, de la consommation ou encore de l'immigration. Néanmoins, les organismes dont la mission vise expressément à favoriser l'accès à la justice sont ceux qui emploient le plus d'avocats. À cet égard, les données que nous avons recueillies montrent que près de 41 % des avocats recensés travaillent pour un tel organisme.

Finalement, nous avons compilé des informations sur la répartition régionale des avocats qui pratiquent au sein d'un organisme d'action communautaire. Nos données montrent que 82 % des avocats recensés exercent dans la région de Montréal. On note également que plus de 80 % des organismes d'action communautaire qui embauchent un ou plusieurs avocats sont situés dans cette même région. Pour sa part, avec 13 % des avocats recensés, la Montérégie est la deuxième région en importance. Fait important à noter, ce résultat est surtout attribuable à la présence de la clinique Juripop qui, à elle seule, compte sept avocats dans ses bureaux de St-Constant. Pour terminer, on note que seuls trois organismes d'action communautaire situés à l'extérieur de la grande région de Montréal embauchent un avocat. Ces trois organismes sont situés dans les régions de la Capitale-Nationale, du Saguenay-Lac-Saint-Jean et de la Mauricie.

5. DISCUSSION

Après avoir présenté les données que nous avons recueillies, nous les analyserons dans l'objectif d'en préciser certains aspects et d'aborder différents enjeux y étant associés. Nos résultats ont été regroupés en quatre sections dans l'objectif de traiter séparément les questions propres à chacune des données que nous avons compilées.

5.1 Le nombre d'avocats pratiquant en organisme d'action communautaire

La première constatation majeure qui s'impose concerne le nombre d'avocats pratiquant dans ce domaine. Représentant seulement 0,23 % des membres du Barreau du Québec, cette pratique est très marginale. En guise de comparaison, selon les dernières statistiques recueillies par le Barreau en 2015¹⁹, on comptait 2,3 % des membres qui travaillaient comme chercheur ou professeur à l'université. Ainsi, bien qu'une minorité d'avocat occupe des postes de professeur ou de chercheur universitaire, ces derniers sont tout de même 10 fois plus nombreux que les avocats qui travaillent au sein d'un organisme d'action communautaire.

19. BARREAU DU QUÉBEC, préc., note 18, p. 22.

Afin d'expliquer le faible nombre d'avocats pratiquant au sein de ces organismes, on ne peut passer sous silence l'aspect financier. Alors que les salaires au sein des organismes d'action communautaire sont reconnus comme étant peu élevés et que les incertitudes quant à la pérennité des emplois sont fréquentes²⁰, les considérations financières sont susceptibles de décourager plusieurs avocats de faire carrière dans le milieu communautaire. Néanmoins, expliquer la faible présence des avocats dans les organismes d'action communautaire en se basant uniquement sur l'aspect financier semble réducteur. Pour étayer notre position, nous dresserons un portrait des conditions salariales qui prévalent dans le milieu communautaire ainsi que celles propres à certains avocats.

D'abord, un rapport publié en 2005 par le Centre de formation populaire met en évidence les conditions de travail propres au milieu communautaire québécois. Selon les données recueillies, le salaire horaire moyen des travailleurs œuvrant en organisme d'action communautaire québécois était de 15 \$ l'heure²¹. Ainsi, calculé sur 52 semaines à raison de 40 heures par semaine, le salaire annuel moyen se situait, en 2005, à environ 31 200 \$. Quant à lui, le rapport *Rémunération des employés à temps plein des petits organismes de bienfaisance au Canada* dresse un portrait détaillé des conditions salariales qui prévalent dans les petits organismes communautaires canadiens embauchant entre 1 et 10 personnes. Les données spécifiques à la province du Québec démontrent que 82 % des salariés à temps plein gagnent moins de 40 000 \$²². En tenant compte des avantages sociaux, le salaire moyen est de 33 207 \$ pour le Québec²³. En analysant les données contenues dans ces études, il est important de prendre en compte que ces dernières incluent autant les employés ayant des forma-

20. Jean-Pierre DESLAURIERS, *Travailler dans le communautaire*, 9, Québec, Qc, PUQ, 2003, p. 47.

21. François AUBRY, Josée BELLEAU, Nicole CARON, Stéphanie DIDIER, René DORÉ, Bertrand DUCHESNE, Danièle FOURNIER, Lise GERVAIS et Jean PROULX, *Enquête sur les avantages sociaux dans les organismes communautaires*, Montréal, Qc, Centre de formation populaire, 2005, p. 41, en ligne : <http://www.relais-femmes.qc.ca/files/avantages_sociaux.pdf> (consulté le 11 octobre 2018).

22. CONSEIL RH POUR LE SECTEUR COMMUNAUTAIRE, *Rémunération des employés à temps plein des petits organismes de bienfaisance au Canada*, Ottawa, Ontario, Conseil RH pour le secteur communautaire, 2013, p. 14, en ligne : <http://www.hrcouncil.ca/documents/IMT_petitsorganismes_2010.pdf> (consulté le 11 octobre 2018).

23. *Id.*, p. 15.

tions secondaires, collégiales ou universitaires. Dans ce contexte et compte tenu de la date de réalisation de ces rapports, il y a lieu de croire que la rémunération moyenne des professionnels juridiques travaillant en organisme d'action communautaire est, aujourd'hui, supérieure à celles rapportées par ces études.

De leur côté, pour l'année 2014, la moyenne salariale des avocats se situait entre 110 000 \$ et 130 000 \$ et celles des avocates entre 90 000 \$ et 110 000 \$²⁴. Toutefois, une analyse plus détaillée démontre que certains groupes d'avocats ne bénéficient pas des mêmes avantages salariaux. À ce sujet, on peut noter que plus de 50 % des avocats qui œuvrent à titre de travailleurs autonomes ont déclaré gagner moins de 50 000 \$ en 2013-2014²⁵. Le rapport *Situation de l'emploi chez les jeunes avocats du Québec* publié par le Jeune Barreau de Montréal et réalisé auprès de 1 346 avocats ayant moins de 10 ans de pratique donne un portrait de la situation de l'emploi chez les jeunes membres de l'ordre professionnel. Au niveau des conditions salariales, on note que près de 31,4 % des avocats qui ont obtenu leur permis de pratique entre 2009 et 2012 ont gagné moins de 50 000 \$ pour l'année 2013²⁶. Au-delà des considérations salariales, le rapport du Jeune Barreau de Montréal aborde également les perspectives d'emploi chez les jeunes avocats. Parmi les avocats étant devenus membre du Barreau entre 2013 et 2015, 32,6 % n'ont pas reçu d'offre d'emploi après leur stage et 18,2 % ont soutenu ne pas avoir eu d'emploi au moment de leur assermentation, et ce, même s'ils ne poursuivent pas leurs études²⁷. Le marché de l'emploi pour les jeunes avocats s'est dégradé au cours des dernières années. En effet, 26,2 % des jeunes avocats s'étant inscrits à l'ordre entre 2009 et 2012 ont déclaré qu'ils n'avaient pas reçu d'offre d'emploi après leur stage et 12,5 % ont soutenu ne pas avoir eu d'emploi lors de leur assermentation²⁸.

Ces chiffres montrent que les conditions salariales qui prévalent dans les organismes d'action communautaire ne sont pas

24. BARREAU DU QUÉBEC, préc., note 18, p. 32.

25. *Id.*

26. JEUNE BARREAU DE MONTRÉAL, *Situation de l'emploi chez les jeunes avocats du Québec*, Montréal, Qc, JBM, 2016, p. 14, en ligne : <<http://ajbm.qc.ca/wp-content/uploads/2016/05/rapport-sur-la-situation-de-l-emploi-chez-les-jeunes-avocats-du-quebec-web.pdf>>.

27. *Id.*, p. 12.

28. *Id.*

si éloignées que celles dont bénéficient certains groupes d'avocats dont, plus particulièrement, ceux qui sont le moins expérimentés. Pour ces derniers, la pratique en organisme d'action communautaire s'avère également être une avenue à considérer compte tenu des perspectives d'emplois qui sont plus limitées qu'auparavant. Nos résultats montrent d'ailleurs que ce sont principalement de jeunes avocats qui œuvrent en milieu communautaire. Malgré l'intérêt que pourrait susciter cette pratique dans le contexte actuel, somme toute, peu de jeunes avocats exercent en organisme d'action communautaire. Alors qu'en 2016-2017 environ 33 % des membres avaient moins de 10 ans d'expérience²⁹ et que plus de 1 091 jeunes avocats s'étaient inscrits au tableau de l'ordre³⁰, seulement 38 avocats comptant moins de 10 années de pratique travaillent au sein d'un organisme d'action communautaire. Notre exposé démontre donc qu'il est nécessaire de voir au-delà des considérations financières pour comprendre ce phénomène. Bien que cette question déborde du cadre de notre étude exploratoire, la perception des avocats vis-à-vis du travail en milieu communautaire et la perception qu'ont les organismes d'action communautaire de la profession d'avocat s'avèrent être des pistes d'intérêt. D'un côté, le marché des services juridiques ainsi que la vision de la pratique du droit demeurent, encore aujourd'hui, assez traditionnels³¹. À cet effet, on notera qu'aucun des guides carrières préparés par des universités québécoises ne fait mention de la possibilité de travailler dans le milieu communautaire. D'un autre côté, plusieurs organismes communautaires dont la mission principale vise à favoriser l'accès à la justice n'embauchent aucun avocat bien qu'ils comptent une équipe comprenant plusieurs salariés.

5.2 Le ratio hommes-femmes

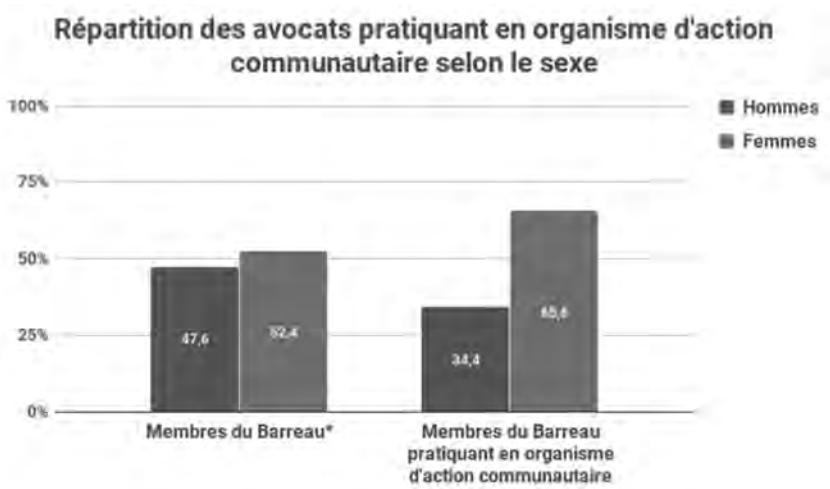
Alors qu'au sein des membres du Barreau, le ratio est d'environ un avocat pour une avocate, nous avons relevé l'existence d'un ratio de deux avocates pour un avocat au sein des organismes d'ac-

29. BARREAU DU QUÉBEC, *Rapport annuel 2016-2017*, Montréal, Qc, Barreau du Québec, 2017, p. 13, en ligne : <<https://www.barreau.qc.ca/media/1154/2016-2017-rapport-annuel.pdf>>.

30. *Id.*, p. 14.

31. Pierre BOUCHER, *L'implosion du marché des services juridiques : conséquences et implications pour les avocats de pratique privée*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2011 ; Julie MACFARLANE, *The new lawyer: How settlement is transforming the practice of law*, Vancouver, BC, UBC Press, 2008.

tion communautaire québécois. Le tableau comparatif ci-dessous permet d'illustrer l'écart existant entre ce domaine de pratique et la moyenne générale :



*Données tirées du rapport annuel 2016-2017³²

La pratique juridique communautaire étant déjà peu populaire parmi les membres du Barreau du Québec, ces chiffres démontrent qu'elle l'est encore moins parmi les avocats de sexe masculin qui représentent près de la moitié des membres de l'ordre professionnel. Dans ce contexte, cette donnée permet de nous renseigner davantage sur le profil des membres qui sont le plus susceptibles d'adopter une telle pratique. Bien que de prime abord cet écart puisse étonner, une analyse plus poussée permet, en partie, d'expliquer ce ratio. D'une part, notre enquête a démontré que 62,3 % des membres du Barreau qui pratiquent au sein d'un organisme d'action communautaire comptent moins de 10 ans de pratique. Or, les plus récentes données disponibles fournies par le Barreau du Québec montrent que plus de 62 % des membres du Barreau ayant moins de 10 ans de pratique sont des femmes³³. D'autre part, il semble que les avocates de sexe féminin soient moins intéressées à la pratique traditionnelle en cabinet privé et qu'elles occupent des emplois qui impliquent moins d'heures

32. BARREAU DU QUÉBEC, préc., note 29, p. 13.

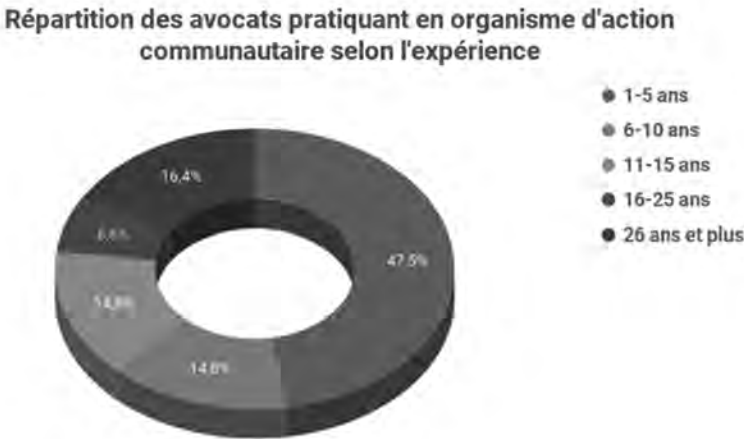
33. *Id.*

de travail que leurs collègues masculins³⁴. Ainsi, les avocates semblent plus susceptibles de se tourner vers des domaines de pratique alternatifs pouvant leur permettre d’avoir des horaires moins chargés qu’en pratique privée. Il est également important de noter que cet écart n’est pas propre au domaine juridique. En effet, selon une étude datant de 2005, 80 % des personnes travaillant dans le milieu communautaire étaient des femmes³⁵.

En terminant, on ne peut non plus passer sous silence la question de l’écart salarial entre les avocats et les avocates. Les renseignements fournis par le Barreau du Québec montrent que les avocates occupent des emplois moins rémunérés que leurs confrères³⁶. Dans un contexte où les salaires en milieu communautaire sont peu élevés, la pratique du droit en milieu communautaire contribue à accentuer l’écart salarial existant au sein de la profession.

5.3 L’expérience

Nos résultats démontrent que ce sont majoritairement de jeunes avocats et avocates qui exercent au sein des organismes d’action communautaire. Le graphique ci-dessous trace un portrait plus précis de cette répartition en fonction de l’expérience :



34. BARREAU DU QUÉBEC, préc., note 18, p. 32.

35. F. AUBRY et al., préc., note 21, p. 41.

36. BARREAU DU QUÉBEC, préc., note 18, p. 32.

Alors que plus de 62,3 % des avocats travaillant au sein d'un organisme d'action communautaire comptent moins de 10 ans d'expérience, les dernières données disponibles montrent que seulement 33,5 % des membres du Barreau ont entre 0 et 10 ans d'expérience³⁷. Les jeunes avocats sont donc surreprésentés dans ce domaine de pratique. À cet effet, on notera d'ailleurs que les membres du Barreau comptent, en moyenne, 18 années de pratique³⁸. Nos résultats révèlent qu'il existe un écart de sept années d'expérience entre les avocats faisant l'objet de notre étude et l'ensemble de la profession.

Tel qu'abordé précédemment, la rémunération peut expliquer, en partie, la surreprésentation des jeunes avocats au sein des organismes d'action communautaire. On note également que la pratique des jeunes avocats tend à changer. En page 21 de son rapport, le Jeune Barreau de Montréal souligne, à juste titre, l'importance pour les jeunes membres de trouver des alternatives innovantes face à la diminution de la demande juridique classique. Considérant la forte demande des citoyens pour des services qui facilitent l'accès à la justice³⁹ ainsi que l'insatisfaction des jeunes avocats par rapport aux perspectives d'emploi qui s'offrent à eux⁴⁰, il n'est pas surprenant de voir plus de jeunes avocats se tourner vers les organismes d'action communautaire afin d'explorer un type de pratique juridique qui répond aux besoins de nombre de citoyens en matière d'accès à la justice.

5.4 Répartition des avocats au sein des organismes d'action communautaire

Les données du ministère du Travail, de l'Emploi et de la Solidarité sociale indiquent qu'il existe plus de 8 000 organismes d'action communautaire au Québec⁴¹. Nos résultats ayant démontré que seulement 25 de ces organismes embauchent au moins un avocat parmi leur personnel, ce n'est donc qu'une infime minorité d'entre eux qui se tourne vers cette avenue. Ainsi, alors que peu d'avocats pratiquent en milieu communautaire, très peu d'orga-

37. BARREAU DU QUÉBEC, préc., note 29, p. 13.

38. *Id.*

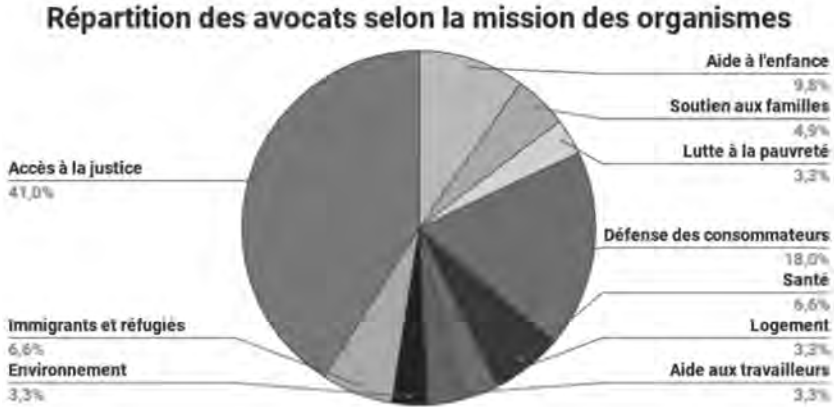
39. JEUNE BARREAU DE MONTRÉAL, préc., note 26, p. 20.

40. *Id.*, p. 13.

41. MINISTÈRE DU TRAVAIL, DE L'EMPLOI ET DE LA SOLIDARITÉ SOCIALE, préc., note 11, p. 15.

nismes d'action communautaire embauchent des avocats. Sauf exception, nos résultats ont également démontré que la grande majorité des organismes d'action communautaire n'embauchent pas plus de trois avocats et que plus de la moitié n'en embauchent qu'un seul. Malgré tout, la pratique du droit en milieu communautaire n'est pas une pratique en solo. En effet, l'ensemble des organismes communautaires qui embauchent un avocat compte sur une équipe composée de plusieurs intervenants. Encore plus, nos données démontrent qu'environ 78 % des avocats pratiquant au sein d'un organisme d'action communautaire travaillent avec au moins un confrère ou une consœur membre du Barreau du Québec.

Dans le cadre de notre étude, nous avons également regroupé les organismes d'action communautaires en fonction de leur mission. Ce classement est basé sur les renseignements publics partagés par chaque organisme sur son site internet. Cet exercice permet de répartir les avocats en fonction de cette donnée :



Ce graphique montre la diversité des missions qui sont poursuivies par les organismes d'action communautaire qui emploient des avocats. Alors que les organismes ayant pour mission de favoriser l'accès à la justice et la défense des consommateurs embauchent plus de 59 % des avocats, il n'en demeure pas moins que des organismes d'action communautaire œuvrant dans une panoplie de secteurs voient une plus-value dans le recrutement d'un avocat. Nos données montrent également que certaines missions sont plus propices à l'embauche d'avocats. Alors que les quatre organismes

d'accès à la justice emploient plus de 41 % des avocats exerçant dans le communautaire et que les trois organismes de défense des consommateurs embauchent 18 % de ces professionnels, les quatre organismes d'aide à l'enfance n'emploient que 9,8 % des avocats. À ce même effet, on note que les trois organismes de santé ne comptent que 6,6 % des avocats œuvrant dans un organisme d'action communautaire.

Au-delà de ces constatations, ce graphique donne également une idée des domaines du droit dans lequel œuvrent les avocats dans les milieux communautaires. À ce stade, il est primordial de noter que les avocats pratiquant pour des organismes dont la mission est de favoriser l'accès à la justice exercent dans des domaines variés du droit, allant de la famille au droit criminel en passant par le droit administratif et le droit civil. Ainsi, il s'avère difficile d'identifier le domaine dans lequel exercent les 25 avocats œuvrant au sein de ces organismes. Par contre, on peut considérer que les avocats qui travaillent pour les organismes d'action communautaire dont la mission principale n'est pas de favoriser l'accès à la justice exercent dans le domaine du droit propre à la mission des organismes qui les emploient. Dans cette optique, nos résultats offrent une vision sommaire des domaines de pratique dans lesquels une carrière dans le milieu communautaire est le plus envisageable.

Finalement, la répartition régionale des avocats est une donnée d'importance afin de tracer un portrait global de cette pratique juridique communautaire. Rassemblant 82 % des avocats travaillant en organisme d'action communautaire ainsi que 80 % des organismes d'action communautaire qui embauchent au moins un avocat, la région de Montréal se démarque nettement des autres régions du Québec. Ce phénomène ne peut s'expliquer, à lui seul, par le fait que plus d'avocats exercent dans cette région et que plus d'organismes d'action communautaire y sont présents. En effet, les données du Barreau montrent que 49,7 % des membres de l'ordre professionnel exercent dans la région de Montréal⁴². D'autre part, seulement 24,3 % des organismes d'action communautaire subventionnés par le MTESS sont situés dans la région de Montréal⁴³.

42. BARREAU DU QUÉBEC, préc., note 29, p. 14.

43. MINISTÈRE DU TRAVAIL, DE L'EMPLOI ET DE LA SOLIDARITÉ SOCIALE, *Répartition régionale du soutien financier gouvernemental en action communau-*

Nos calculs démontrent également que les organismes d'action communautaire de Montréal ne reçoivent pas plus de subventions que ceux qui sont situés dans d'autres régions québécoises comparables. Selon les données du rapport *Répartition régionale du soutien financier gouvernemental en action communautaire*, les 1 217 organismes d'action communautaire situés dans la région de Montréal ont reçu un total de 271 499 435 \$ en 2014-2015⁴⁴. En moyenne, chaque organisme de la région métropolitaine a donc reçu 223 089,10 \$ en subventions. Selon le même calcul, les 431 organismes d'action communautaire de la région de Québec ont reçu en moyenne 212 237,88 \$ et les 120 organismes situés à Laval ont reçu en moyenne 277 457,52 \$⁴⁵. Nos calculs pour l'ensemble des régions démontrent qu'il n'existe pas de corrélation entre le niveau de financement moyen des organismes d'action communautaire et le nombre d'avocats employés dans ces organismes. Ainsi, on ne peut expliquer la forte concentration d'avocats dans la région montréalaise en soutenant que les organismes d'action communautaire de Montréal disposent de plus de ressources financières que ceux situés dans d'autres régions. Au final, une conclusion s'impose : la région de Montréal est surreprésentée en ce qui a trait au nombre d'avocats pratiquant en organisme d'action communautaire. Plusieurs hypothèses sont susceptibles d'expliquer cette particularité ; parmi celles-ci, il est possible que les organismes d'action communautaire situés à Montréal soient plus ouverts à l'embauche d'avocats ou encore que les avocats exerçant dans la région de Montréal soient plus enclins à œuvrer dans le milieu communautaire.

La situation qui prévaut dans la région de Québec est à l'opposé de celle constatée à Montréal. Alors que 3 575 avocats pratiquent dans la région de la Capitale-Nationale (13,5 %) et que plus de 431 organismes d'action communautaire financés par le MTESS sont situés dans cette même région (8,62 %)⁴⁶, l'intégration d'un avocat parmi le personnel des organismes d'action communautaire est quasi inexistante. Dans les faits, on compte un seul membre du Barreau du Québec qui exerce dans un tel

taire 2014-2015, Québec, Qc, Gouvernement du Québec, 2015, p. 16, en ligne : <https://www.mtess.gouv.qc.ca/publications/pdf/SACAIIS_repartition_regionale_2000-2015.pdf> (consulté le 11 octobre 2018).

44. *Id.*

45. *Id.*

46. *Id.*

organisme. Proportionnellement parlant, cette pratique est donc beaucoup moins développée que dans la région de Montréal. En terminant, on notera que la situation qui prévaut en Montérégie est plus représentative. Alors que 8 % des avocats qui exercent en organisme d'action communautaire travaillent dans cette région, on note que 8,6 % des avocats québécois y pratiquent et que 12,8 % des organismes financés par le MTESS y sont situés. Néanmoins, il est important de noter que cette situation est largement attribuable à la présence de Juripop, qui, à lui seul, embauche 87,5 % des avocats qui travaillent en organisme d'action communautaire en Montérégie.

6. CONCLUSION

Le rôle joué par les organismes d'action communautaire en matière d'accès à la justice n'est plus à démontrer. Pourtant, les acteurs du milieu juridique québécois semblent peu portés à s'intéresser à la contribution de ces organismes. L'implication de ces acteurs est pourtant essentielle afin de maximiser le potentiel de ce réseau communautaire en matière d'accès à la justice. En première ligne, travaillant au quotidien avec les personnes desservies par les organismes d'action communautaire, les avocats pratiquant dans ce milieu sont des acteurs d'importance. Notre étude donne une vision générale de la pratique de ces avocats et aborde certains enjeux y étant associés dans l'objectif de fournir des renseignements utiles au développement de la pratique juridique communautaire. Les données relatives au nombre, au sexe, à l'expérience, aux domaines du droit ou encore à la répartition des avocats exerçant dans le milieu communautaire sont mises de l'avant et analysées. Malheureusement, nous n'avons pu que tracer les grandes lignes de la pratique en milieu communautaire. Beaucoup reste encore à faire afin de dresser un portrait complet et détaillé de cette pratique cruciale pour l'accès à la justice de nombre de citoyens. Dans l'objectif de mieux documenter cette pratique, il serait pertinent de recueillir plus de données sur les tâches accomplies par les avocats, la clientèle qu'ils desservent, la diversité culturelle qui caractérise cette branche de la profession, le niveau de collaboration avec les autres professionnels du milieu communautaire, leurs salaires ou encore leurs avantages sociaux et leurs horaires de travail.

Ayant comme objectif premier de fournir un état de situation de la pratique du droit en organisme d'action communautaire, notre étude vise également à attirer l'attention de la communauté juridique sur une pratique marginale et trop souvent ignorée. Alors que le modèle traditionnel apparaît moins adapté à la nouvelle réalité du marché des services juridiques et que les perspectives d'emplois pour les jeunes avocats sont de plus en plus restreintes⁴⁷, l'ordre professionnel semble avoir tout intérêt à ouvrir la voie à de nouveaux débouchés pour les futurs membres de la profession. Au-delà de l'intérêt de cette pratique pour les citoyens les plus touchés par la problématique de l'accès à la justice, on ne peut ainsi passer sous silence l'apport potentiel de ce domaine d'exercice pour le développement de la profession.

7. BIBLIOGRAPHIE

Monographies

BOUCHER, P., *L'implosion du marché des services juridiques : conséquences et implications pour les avocats de pratique privée*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2011.

DESLAURIERS, J.-P., *Travailler dans le communautaire*, 9, Québec, Qc, PUQ, 2003.

LAFOND, P.-C., *L'accès à la justice civile au Québec : portrait général*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2012.

MACFARLANE, J., *The new lawyer: How settlement is transforming the practice of law*, Vancouver, BC, UBC Press, 2008.

ROBERGE, J.-F., *La justice participative : changer le milieu juridique par une culture intégrative de règlement des différends*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2011.

47. P. BOUCHER, préc., note 31 ; JEUNE BARREAU DE MONTRÉAL, préc., note 26 ; P.-C. LAFOND, préc., note 2, p. 222.

Autres

AUBRY, F., J. BELLEAU, N. CARON, S. DIDIER, R. DORÉ, B. DUCHESNE, D. FOURNIER, L. GERVAIS et J. PROULX, *Enquête sur les avantages sociaux dans les organismes communautaires*, Montréal, Qc, Centre de formation populaire, 2005, en ligne : <http://www.relais-femmes.qc.ca/files/avantages_sociaux.pdf> (consulté le 11 octobre 2018).

BARREAU DU QUÉBEC, *L'aide juridique au Québec : une hausse des seuils d'admissibilité est toujours nécessaire*, Montréal, Qc, Barreau du Québec, 2010.

———, *Les avocats de pratique privée en 2021*, Montréal, Qc, Barreau du Québec, 2011, en ligne : <<https://www.barreau.qc.ca/pdf/publications/rapport-pratique-privée-2021.pdf>>.

———, *Barreau-mètre 2015 : la profession en chiffres*, Montréal, Qc, Barreau du Québec, 2015, en ligne : <<https://www.barreau.qc.ca/media/1163/barreau-metre-2015.pdf>>.

———, *Rapport annuel 2016-2017*, Montréal, Qc, Barreau du Québec, 2017, en ligne : <<https://www.barreau.qc.ca/media/1154/2016-2017-rapport-annuel.pdf>>.

CLINIQUE DROIT DE CITÉ, « Services offerts », *Clinique Droit de cité* (2018), en ligne : <<http://www.cliniquedroitdecite.org/services-offerts/>> (consulté le 9 octobre 2018).

CLINIQUE JURIDIQUE ITINÉRANTE, *Mission* (2018), en ligne : <<https://www.cji-mlc.org>> (consulté le 9 octobre 2018).

CONSEIL RH POUR LE SECTEUR COMMUNAUTAIRE, *Rémunération des employés à temps plein des petits organismes de bienfaisance au Canada*, Ottawa, Ontario, Conseil RH pour le secteur communautaire, 2013, en ligne : <http://www.hrcouncil.ca/documents/IMT_petitsorganismes_2010.pdf> (consulté le 11 octobre 2018).

CURRIE, A., *Enquête nationale sur les problèmes d'ordre juridique éprouvés par les Canadiens à faible revenu et à revenu modeste : fréquence et modèles*, Ottawa, Canada, ministère de la Justice du Canada, 2005.

ÉQUIJUSTICE, « Services » (2018), en ligne : <<http://equijustice.ca/fr/services>> (consulté le 9 octobre 2018).

FONDATION DU DR. JULIEN, *Mettre en place un comité des droits des enfants dans un centre de pédiatrie sociale en communauté : démarches et conseils*, 2016.

GROUPE DE TRAVAIL SUR L'ACCESSIBILITÉ À LA JUSTICE, *Jalons pour une plus grande accessibilité à la justice*, Québec, Qc, ministère de la Justice du Québec, 1991.

INFRAS INC., *Enquête sur le sentiment d'accès et la perception de la justice au Québec*, ministère de la Justice du Québec, 2016, en ligne : <https://www.justice.gouv.qc.ca/fileadmin/user_upload/contenu/documents/Fr_francais_/centredoc/rapports/ministere/RapportFinal_SondageJustice_MJQ_INFRAS_2016-ob.pdf>.

JEUNE BARREAU DE MONTRÉAL, *Situation de l'emploi chez les jeunes avocats du Québec*, Montréal, Qc, JBM, 2016, en ligne : <<http://ajbm.qc.ca/wp-content/uploads/2016/05/rapport-sur-la-situation-de-l-emploi-chez-les-jeunes-avocats-du-quebec-web.pdf>>.

LÉGER, *Baromètre des professions*, 2016, en ligne : <<http://www.economistesquebecois.com/files/documents/0b/97/barom-tre-des-professions-avril-16.pdf>>.

MINISTÈRE DU TRAVAIL, DE L'EMPLOI ET DE LA SOLIDARITÉ SOCIALE, *L'action communautaire : une contribution essentielle à l'exercice de la citoyenneté et au développement social du Québec*, 2001.

MINISTÈRE DU TRAVAIL, DE L'EMPLOI ET DE LA SOLIDARITÉ SOCIALE, *Cadre de référence en matière d'action communautaire*, 2004.

MINISTÈRE DU TRAVAIL, DE L'EMPLOI ET DE LA SOLIDARITÉ SOCIALE, *Répartition régionale du soutien financier gouvernemental en action communautaire 2014-2015*, Québec, Qc, Gouvernement du Québec, 2015, en ligne : <https://www.mtess.gouv.qc.ca/publications/pdf/SACAIIS_repartition_regionale_2000-2015.pdf> (consulté le 11 octobre 2018).

NOREAU, P., « Accès à la justice et démocratie en panne : constats, analyses et projections », dans *Révolutionner la justice*, Montréal, Qc, Thémis, 2010.

SERVICES JURIDIQUES COMMUNAUTAIRES DE POINTE-ST-CHARLES ET PETITE-BOURGOGNE, *Rapport d'activités 2017-2018*, Montréal, Qc, 2018.

L'application de la *Loi sur la protection du consommateur* aux contrats de crédit

Michel DESCHAMPS

Résumé

La première partie de cet article traite du champ d'application de la *Loi sur la protection du consommateur* (« LPC ») du Québec en matière de contrat de crédit. Elle fait notamment voir que les dispositions pertinentes (application obligatoire de la LPC et notion de consommateur) ne sont pas harmonisées avec le *Code civil du Québec* et que la notion de contrat de crédit continue à soulever des interrogations.

La deuxième partie montre que certains crédits peuvent être exemptés de la plupart des dispositions de la LPC sur les contrats de crédit : il s'agit des prêts à demande ainsi que des crédits garantis par une hypothèque immobilière ; dans le deuxième cas, des conditions doivent être remplies pour que l'exemption s'applique et ces conditions sont aussi examinées.

La troisième partie porte sur les règles de formation des contrats de crédit (contrats en personne ou à distance) et discute des conséquences du non-respect de ces règles ; elle explique aussi que la validité d'une clause externe dans un contrat de crédit devant être constaté par écrit est une question devant relever du Code civil, et non de la LPC.

Plusieurs modifications à la LPC sont entrées en vigueur les 1^{er} août 2018, 1^{er} février 2019 et 1^{er} août 2019 ; les principales exemptions de l'application de la LPC à des crédits garantis par une hypothèque immobilière ont également été modifiées, avec effet à compter du 1^{er} août 2019. La dernière partie de cet article analyse les règles de droit transitoires applicables à certaines de ces modifications.

L'application de la *Loi sur la protection du consommateur* aux contrats de crédit

Michel DESCHAMPS*

1.	CHAMP D'APPLICATION DE LA LPC	608
1.1	Champ général d'application	608
1.2	Notion de consommateur.	611
1.3	Notion de contrat de crédit	613
2.	EXEMPTIONS DE L'APPLICATION DE LA LPC AUX CONTRATS DE CRÉDIT	617
2.1	Les prêts à demande	617
2.2	Les crédits garantis par une hypothèque immobilière	619
2.2.1	Le paragraphe a) de l'article 21 du RLPC ..	622
2.2.2	Le paragraphe b) de l'article 21 du RLPC ..	623
2.2.3	Le paragraphe c) de l'article 21 du RLPC ..	623
2.2.4	Prolongement de l'exemption	624
3.	RÈGLES DE FORMATION DES CONTRATS	625
3.1	Contrats en personne	625

* Avocat, président du Comité de la Revue du Barreau et président du Comité aviseur du Barreau du Québec en droit des Sûretés.

3.2	Contrats à distance	627
3.3	Clauses externes	628
3.3.1	Contrat en personne	629
3.3.2	Contrat à distance.....	631
4.	DROIT TRANSITOIRE	631
4.1	Entrée en vigueur	631
4.2	Règles de droit transitoire concernant la LPC.....	632
4.3	Exemptions relatives aux crédits garantis par un immeuble	634
4.3.1	Contrat et hypothèque antérieurs au 1 ^{er} août 2019.....	635
4.3.2	Contrat antérieur au 1 ^{er} août 2019 et hypothèque postérieure.....	635
4.3.3	Contrat conclu à compter du 1 ^{er} août 2019 et hypothèque antérieure	635
4.3.4	Contrat et hypothèque conclus à compter du 1 ^{er} août 2019.....	636

De nombreuses modifications ont été apportées en 2017 à la *Loi sur la protection du consommateur* (« LPC ») et elles ont été suivies en 2018 de modifications au *Règlement d'application de la Loi sur la protection du consommateur* (« RLPC »)¹. Certaines de ces modifications sont déjà entrées en vigueur alors que plusieurs autres entreront en vigueur le 1^{er} août 2019. Les modifications portent beaucoup sur le contenu obligatoire des contrats de crédit (dont le calcul et la divulgation du taux et des frais de crédit) ainsi que sur les droits et obligations des parties. La LPC est toutefois restée inchangée (ou a été peu modifiée) sur bon nombre de questions générales ou conceptuelles tout aussi importantes en matière de contrat de crédit. Cet article a pour but d'examiner certaines questions qui demeurent toujours d'actualité ainsi que les principales règles de droit transitoire portant sur les contrats de crédit en cours le 1^{er} août 2019.

La première partie traite du champ d'application de la LPC en matière de contrat de crédit (champ général d'application, notion de consommateur et notion de contrat de crédit). Elle fait voir qu'il ne faut pas prendre à la lettre l'article 2 de la LPC énonçant que cette « loi s'applique à tout contrat conclu entre un commerçant et un consommateur » ainsi que l'article 19 de la LPC interdisant une « clause d'un contrat assujettissant celui-ci [...] à une loi autre qu'une loi du Parlement du Québec ou du Canada ». Cette première partie montre aussi que la notion de consommateur n'a pas été harmonisée avec le *Code civil du Québec* (« C.c.Q. ») et que la notion de contrat de crédit soulève toujours certaines interrogations.

La deuxième partie fait état de divers types de crédit exemptés partiellement ou totalement de l'application de la LPC (prêts à demande et crédits garantis par une hypothèque immobilière). Ces exemptions sont notamment utilisées par les institutions financières ; leurs contrats ne sont pas alors soumis à la plupart des règles de la LPC en matière de calcul et de divulgation du taux et

1. Les modifications à la LPC sont contenues dans la loi se trouvant au chapitre 24 des *Lois du Québec* de 2017 et les modifications au RLPC résultent du règlement adopté par le gouvernement du Québec par le Décret 994-2018 du 3 juillet 2018.

des frais de crédit². Les conditions des exemptions relatives aux crédits garantis par un immeuble font l'objet d'une attention particulière, car elles ont été modifiées considérablement, ce qui demandera d'ailleurs des changements dans les contrats des institutions financières souhaitant continuer à bénéficier de ces exemptions.

La troisième partie porte sur les règles spécifiques de la LPC applicables à la formation des contrats de crédit conclus en personne et sur la conséquence du non-respect de ces règles. Elle fait ensuite voir que les contrats conclus à distance font l'objet d'un encadrement différent. L'efficacité des clauses externes dans un contrat soumis à la LPC est examinée en dernier lieu.

Finalement, la quatrième partie expose les règles de droit transitoire les plus importantes en matière de contrat de crédit. Une interprétation correcte de ces règles est essentielle à la détermination des contrats existants qui resteront ou non régis par le droit antérieur.

1. CHAMP D'APPLICATION DE LA LPC

1.1 Champ général d'application

L'article 2 de la LPC énonce son champ général d'application :

« La présente loi s'applique à tout contrat conclu entre un consommateur et un commerçant dans le cours des activités de son commerce et ayant pour objet un bien ou un service. »

Cet article 2 est complété par l'article 19 qui interdit une « clause d'un contrat assujettissant celui-ci, en tout ou en partie, à une loi autre qu'une loi du Parlement du Québec ». L'article 261 de la LPC ajoute que l'« on ne peut déroger à la présente loi par une convention particulière ».

2. Les règles de la LPC à ce sujet sont souvent jugées trop rigides par les institutions financières et ces règles ne sont d'ailleurs pas toujours compatibles avec celles prescrites par le droit fédéral et applicables aux banques. Ces dernières sont principalement contenues dans le *Règlement sur le coût d'emprunt (banques)*, DORS/2001-101. Des débats constitutionnels ont eu lieu (et ont encore lieu) au sujet de l'application de la LPC aux banques. L'affaire *Banque de Montréal c. Marcotte* (2014 CSC 55) en est une illustration. Le présent article n'aborde pas les questions d'ordre constitutionnel.

Quelle est la portée de ces articles lors de l'un ou l'autre des scénarios suivants :

- Un résident de Gatineau au Québec se rend en Ontario et y achète une automobile à crédit auprès d'un concessionnaire dont l'établissement est à Ottawa. Comme on peut s'en douter, ce premier scénario est relativement fréquent lorsqu'un consommateur québécois habite près de l'Ontario. Selon ce scénario, le contrat stipule qu'il est régi par le droit ontarien. Le résident québécois fait plus tard défaut de payer le solde dû au vendeur et ce dernier poursuit l'acheteur au Québec pour obtenir un jugement condamnant l'acheteur à payer le solde du prix de vente. Le tribunal québécois devra-t-il écarter le choix du droit ontarien et appliquer le droit québécois (y compris la LPC) ?
- Un résident européen (par exemple du Luxembourg) contracte au Québec un emprunt destiné à financer un placement au Québec. Au cours des dernières années, la fréquence de ce second scénario s'est accrue, notamment en raison du faible rendement des titres à revenu fixe dans certains pays européens. Selon ce scénario, le contrat stipule qu'il est régi par le droit du Luxembourg. Le résident luxembourgeois fait plus tard défaut de rembourser l'emprunt et le prêteur poursuit l'emprunteur au Québec, dans le but d'obtenir un jugement permettant de saisir le placement ; l'emprunteur a dans le contrat reconnu la compétence d'un tribunal québécois advenant un litige, comme le permet l'article 3148 du C.c.Q., même pour un consommateur étranger. Le tribunal québécois devra-t-il écarter le choix du droit du Luxembourg et appliquer le droit québécois (y compris la LPC) ?

Dans l'un et l'autre cas, le tribunal devra appliquer le droit choisi par les parties, et non la LPC. L'analyse porte ici uniquement sur le droit contractuel applicable³.

Pour que les articles 2 et 19 de la LPC reçoivent application, encore faut-il que le contrat concerné soit soumis au droit

3. Dans le premier scénario, le contrat de vente pourrait aussi contenir une réserve de propriété, et si le vendeur cherchait plutôt à s'en prévaloir au Québec, il faudrait déterminer si la loi applicable à son efficacité est celle du Québec ou de l'Ontario. Cette question relève au Québec en bonne partie des règles de conflit de lois relatives au statut réel (articles 3097 et ss. du C.c.Q.).

du Québec en vertu des dispositions du C.c.Q. sur les conflits de lois. Ainsi, l'article 2 de la LPC, lorsqu'il énonce que : « La présente loi s'applique à tout contrat conclu entre un commerçant et un consommateur... », doit se lire comme référant à un contrat régi par le droit du Québec. Il en va de même pour l'article 19 de la LPC. À cet égard, le C.c.Q. contient à l'article 3111 un principe général permettant aux parties à un contrat de désigner la loi applicable à ce contrat. Dans le cas d'un contrat de consommation, ce principe général est considérablement atténué par l'article 3117 du C.c.Q. Cet article laisse toutefois une certaine place au choix d'un droit autre que le droit du Québec. Il est utile de citer au long l'article 3117 du C.c.Q., car sa lecture répond aux deux questions ci-dessus et fait voir dans quelles circonstances un contrat de consommation pourrait ne pas être soumis à la LPC :

« Le choix par les parties de la loi applicable au contrat de consommation ne peut avoir pour résultat de priver le consommateur de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi de l'État où il a sa résidence si la conclusion du contrat a été précédée, dans ce lieu, d'une offre spéciale ou d'une publicité et que les actes nécessaires à sa conclusion y ont été accomplis par le consommateur, ou encore, si la commande de ce dernier y a été reçue.

Il en est de même lorsque le consommateur a été incité par son cocontractant à se rendre dans un État étranger afin d'y conclure le contrat.

En l'absence de désignation par les parties, la loi de la résidence du consommateur est, dans les mêmes circonstances, applicable au contrat de consommation. »

Au préalable, rappelons que selon l'article 3077 du C.c.Q. le terme « État » en droit international privé québécois comprend aussi une autre province canadienne lorsque celle-ci est l'autorité législative compétente.

La lecture de cet article 3117 montre qu'il est permis dans un contrat de consommation avec un résident du Québec de convenir que le contrat sera régi par une loi autre que la loi du Québec lorsqu'aucun des facteurs obligatoires de rattachement au Québec n'est présent ; dans le premier scénario, nous supposons que tel est factuellement le cas, même si la LPC était jugée plus favo-

nable au consommateur que la loi ontarienne⁴. Le second scénario porte sur un contrat conclu avec un résident du Luxembourg. Dans cette hypothèse, les restrictions de l'article 3117 du C.c.Q. relatives à la validité du choix d'une loi étrangère sont évidemment inapplicables : ces restrictions portent sur un contrat conclu avec un résident québécois, alors que le consommateur réside au Luxembourg.

Deux observations additionnelles confirment cette analyse. En premier lieu, le C.c.Q. est entré en vigueur le 1^{er} janvier 1994, soit après l'adoption de la LPC dans sa version initiale (les articles 2 et 19 de la LPC se trouvant déjà dans la version initiale). Il s'ensuit que le législateur entendait que les articles 3111 et 3117 du C.c.Q. soient applicables à un contrat de consommation et déterminent dans quel cas le contrat serait obligatoirement soumis à la LPC⁵. Autrement, ces articles du C.c.Q. seraient privés d'effet. En second lieu, il serait étrange qu'un consommateur résidant dans un pays étranger ne puisse conclure un contrat de consommation soumis au droit du pays de sa résidence ; dans ce cas, le droit de la protection du consommateur du pays de sa résidence pourrait toutefois recevoir application.

1.2 Notion de consommateur

L'article 1(e) de la LPC définit le consommateur comme étant « une personne physique, sauf un commerçant qui se procure un bien ou un service pour les fins de son commerce ». En revanche, selon l'article 1384 du C.c.Q., un consommateur est une personne physique qui « acquiert, loue, emprunte ou se procure de toute autre

4. De nombreux auteurs expriment l'avis que c'est l'article 3117 du C.c.Q. qui détermine le champ d'application au Québec de la LPC. Voir P.C. Lafond, *Droit de la Protection du Consommateur : Théorie et Pratique*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2015, page 83 ; N. L'Heureux et M. Lacoursière, *Droit de la consommation*, 6^e édition, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2011, au no. 16 ; G. Goldstein, *Droit international privé*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2011, volume II, page 547 ; G. Goldstein, Commentaire sur l'article 3117 C.c.Q., EYB2011DCQ2012 ; C. Emanuelli, *Droit international privé québécois*, 3^e édition, Wilson & Lafleur, 2011, au no. 548 ; L. Rouillard-Labbé, *Contrat de consommation et contrat de travail*, *JurisClasseur Québec-Droit international privé*, Fasc. 28.
5. G. Goldstein, dans son ouvrage cité à la note 4, estime (au no. 547) que l'article 19 de la LPC aurait dû être abrogé concurremment à l'entrée en vigueur du C.c.Q. en 1994 ; L. Rouillard-Labbé, dans le *JurisClasseur* cité à la note 4, écrit aussi, au no. 28.4, qu'il y a « consensus sur le fait que l'article 3117 C.c.Q. prime sur l'article 19 L.p.c. ».

manière, à des fins personnelles, familiales ou domestiques, des biens ou des services auprès de l'autre partie, laquelle offre de tels biens ou services dans le cadre d'une entreprise qu'elle exploite ». Le C.c.Q. a aussi remplacé en 1994 la notion de commercialité par la notion d'entreprise. En vertu du troisième alinéa de l'article 1525 du C.c.Q., « Constitue l'exploitation d'une entreprise l'exercice, par une ou plusieurs personnes, d'une activité économique organisée, qu'elle soit ou non à caractère commercial, consistant dans la production ou la réalisation de biens, leur administration ou leur aliénation, ou dans la prestation de services ». La LPC n'a toutefois pas été harmonisée avec ces changements, de sorte que la notion de commercialité continue à être pertinente sous la LPC⁶.

Les conséquences de cette absence d'harmonisation sont doubles. Tout d'abord, une personne exploitant une entreprise (au sens du C.c.Q.) pourra malgré tout être un consommateur (au sens de la LPC), si cette personne ne se procure pas le bien ou service concerné pour les fins d'un commerce. L'article 88 de la LPC le confirme, en reconnaissant qu'une personne est un consommateur si le contrat porte « sur un bien nécessaire à l'exercice du métier, de l'art ou de la profession de cette personne ». Par exemple, une dentiste contractant un emprunt pour financer l'achat de matériel d'équipement pour sa clinique ne sera pas considérée comme une commerçante. La jurisprudence fournit bon nombre d'exemples similaires⁷.

En second lieu, en inversant l'exemple venant d'être donné, un contrat de soins dentaires entre la dentiste et un consommateur ne sera pas régi par la LPC, car il ne porte pas sur des services rendus par « un commerçant dans le cours des activités de son commerce » (voir à nouveau l'article 2 de la LPC sur son champ d'application). Par contre, malgré cet article 2, ce contrat est un contrat de consommation en vertu de l'article 1384 du C.c.Q. (parce que la dentiste exploite une entreprise selon la notion d'entreprise contenue à l'article 1525 du C.c.Q.).

6. Voir la critique formulée à ce sujet par P.C. Lafond, dans son ouvrage cité à la note 4, notamment à la page 84. Voir dans le même sens N. L'Heureux et M. Lacoursière, dans leur ouvrage cité à la même note, aux nos 46 et 47.

7. Voir notamment : *Cie de financement AGCO c. Beauchemin*, 2006 QCCS 5944 ; *Bérubé c. Tracto*, [1998], R.J.Q. 93 (C.A.) ; *Cadorette c. Location Pierre Lafleur*, [2002] R.J.Q. 1615 (C.A.) ; *Pacific National Leasing c. Rose*, [2001] R.J.Q. 78 (C.A.) ; *Matapédienne coopérative agricole c. Assels*, EYB 2005-92861 (C.S.) ; *Camion Freightliner c. Gauthier*, 2013 QCCQ 492 ; *Côté c. Pelletier-Harpin*, 1997 AZ-50188229 (C.Q.).

1.3 Notion de contrat de crédit

La LPC s'applique en principe à tout contrat de crédit entre un commerçant et un consommateur régi par le droit du Québec. Un contrat de crédit pourra être soumis aux règles générales de la LPC applicables à tout contrat régi par cette loi et aussi aux dispositions particulières de la Section III du Chapitre III, section qui est entièrement consacrée aux contrats de crédit. Il faut par conséquent déterminer ce que l'on entend par un contrat de crédit. La LPC ne définit pas expressément cette notion, mais son article 66 énonce les catégories de contrat de crédit soumises à ces dispositions particulières (qui portent notamment sur le contenu des contrats de crédit, y compris le calcul et la divulgation du taux et des frais de crédit) :

« La présente section vise tous les contrats de crédit, notamment :

- a) le contrat de prêt d'argent ;
- b) le contrat de crédit variable ;
- c) le contrat assorti d'un crédit.»

Le mot « notamment » dans cet article 66 sous-entend qu'il peut exister sous la LPC un contrat de crédit autre que ceux spécifiquement énumérés dans l'article. La LPC ne contient toutefois pas d'indication permettant d'identifier quels peuvent être ces autres contrats de crédit, d'autant plus que l'article 150 de la LPC portant sur le « contrat assorti d'un crédit » autre que la vente à tempérament ne définit pas ce type de contrat. Il pourrait s'agir de tout contrat de crédit autre qu'un contrat de prêt d'argent, un contrat de crédit variable ou une vente à tempérament, avec comme conséquence que le mot « notamment » au début de l'article 66 serait sans objet⁸. Cela étant dit, la question semble être de peu d'importance en pratique, car il n'y a pas eu de débat rapporté à ce sujet.

Il faut par ailleurs souligner que la catégorie « contrat assorti d'un crédit » ne comprend pas les contrats de louage à long terme

8. Un exemple d'un contrat assorti d'un crédit autre que l'un ou l'autre de ces types de contrats serait un contrat prévoyant une vente à crédit, mais ne comprenant pas de réserve de propriété.

même si ces contrats sont souvent considérés comme comportant l'octroi d'un crédit. En effet, la LPC dans ses articles 150.1 à 150.32 traite de ces contrats dans une section distincte de celle régissant les contrats de crédit et ainsi ne considère pas ces contrats de louage comme des contrats de crédit.

Les contours de la notion de « crédit » à l'article 1(f) de la LPC doivent cependant être cernés davantage. Cette notion permet en effet de déterminer si tous les contrats spécifiquement identifiés sous la rubrique « Contrats de crédit » à l'article 66 (prêt d'argent, crédit variable et contrat assorti d'un crédit) sont nécessairement des contrats de crédit au sens de la LPC. L'on constate que ce n'est pas le cas. Cet article 1(f) définit le terme « crédit » comme étant « le droit consenti par un commerçant à un consommateur d'exécuter à terme une obligation, moyennant des frais ». Le mot « frais » doit s'entendre comme englobant ici tout ce qui doit être considéré par la LPC comme étant des frais de crédit ; cette notion comprend bien sûr les intérêts (comme le précise l'article 70 de la LPC).

Il en découle donc qu'un contrat n'est pas un contrat de crédit si aucuns frais ne sont exigés en contrepartie du droit du consommateur d'exécuter son obligation à terme. Il en serait ainsi dans le cas d'un prêt d'argent pour lequel aucun intérêt ou autre coût de crédit ne serait payable en raison du prêt.

Le cas du prêt d'argent soulève une autre question. Le droit et la pratique font souvent une distinction entre une obligation payable à demande (c'est-à-dire lorsque le créancier en demandera paiement) et une obligation payable à terme (c'est-à-dire, à une date future déterminée ou déterminable par le contrat). L'article 1508 du C.c.Q. contient la notion d'obligation à terme et les articles 16, 22, 23, 41 et 176 de la *Loi sur les lettres de change*⁹ établissent une nette distinction entre les lettres de change ou billets payables à demande ou à terme. Faut-il en conclure qu'un prêt à demande n'est pas un contrat de crédit en vertu de la LPC ? La réponse est négative, car la LPC, lorsqu'elle traite des contrats de crédit, contient des dispositions relatives à un prêt à demande, montrant par là qu'un tel prêt peut être un contrat de crédit ; on peut notamment mentionner les articles 80 et 89 de la LPC. On constate donc que

9. L.R.C. (1985), ch. B-4.

la référence à un terme dans la définition de crédit à l'article 1(f) de la LPC ne correspond pas à la notion classique de terme ; le terme selon cet article 1(f) doit plutôt s'entendre d'une période de temps pendant laquelle le consommateur n'est pas tenu d'exécuter son obligation (c'est-à-dire pour un prêt à demande, la période précédant la demande de paiement).

Trois questions plus subtiles sont soulevées par la notion de contrat de crédit et l'exigence que des frais de crédit doivent être payables en vertu du contrat pour que le contrat soit un contrat de crédit. La première porte sur les critères permettant de savoir quels sont les frais qui constituent des frais de crédit au sens de la LPC. La seconde est liée aux découverts occasionnels dans un compte maintenu auprès d'une banque ou autre institution financière. La troisième concerne les cartes de crédit.

Quant à la première question, il est évident que des frais spécifiquement qualifiés de frais de crédit par l'article 70 de la LPC constituent de tels frais lorsqu'ils se rapportent au crédit (dont bien sûr l'intérêt). Dans le cas de frais autres, on peut s'en rapporter aux énoncés de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Banque de Montréal c. Marcotte*¹⁰ : des frais de crédit sont des frais payables pour avoir accès au crédit ou en raison de son utilisation. Tous les frais payables à l'occasion d'un crédit ne sont donc pas des frais de crédit. Pensons à des frais payables par un consommateur qui achète un bien d'un marchand qui lui accorde un délai de paiement sans exiger d'intérêt ou tout autre montant pour l'octroi du terme, mais qui demande des frais additionnels pour la livraison du bien si l'acheteur n'apporte pas le bien avec lui. Ces frais de livraison ne sont pas des frais de crédit ; le contrat de vente n'est donc pas ici un contrat de crédit réglementé par la LPC.

Offrir à un consommateur d'acheter un bien en le payant plus tard sans intérêt est une pratique fréquente ; cette pratique est utilisée par plusieurs commerçants pour stimuler leurs ventes. Le commerçant se trouve alors à absorber le coût du financement, quoique souvent le prix du bien sera déterminé en tenant compte de ce coût. Cela ne transforme toutefois pas la vente en un contrat de crédit, car la LPC ne réglemente pas la façon dont

10. 2014 CSC 55. La décision de la Cour d'appel du Québec dans cette affaire (2012 QCCA 1396) élabore davantage sur la notion de frais de crédit.

un commerçant établit ses coûts et sa marge bénéficiaire (et donc le prix du bien). Si, toutefois, le commerçant ajoutait un montant (autre que de l'intérêt) dans le contrat pour que le consommateur bénéficie du délai, ce montant constituerait des frais de crédit et le contrat serait alors un contrat de crédit. L'article 70 de la LPC présume également que l'escompte accordé à un consommateur qui paye comptant constitue des frais de crédit pour l'acheteur qui ne paye pas comptant. Pour que cette présomption s'applique, il faut toutefois que le commerçant offre deux prix : un pour un acheteur qui paye comptant et un autre pour un acheteur qui se prévaut du terme offert¹¹.

La seconde question porte sur les découverts occasionnels dans un compte de chèque maintenu par un consommateur auprès d'une institution financière. Dans la mesure où il n'est pas visé par une exclusion de l'application de la LPC¹², le découvert constitue-t-il un contrat de crédit régi par la LPC ? Un découvert de compte est considéré comme un prêt accordé par l'institution financière au client. La réponse est donc affirmative si le découvert n'est remboursable que sur demande de l'institution¹³. Si cependant le contrat entre l'institution et le client stipule que le découvert est remboursable immédiatement, la réponse appropriée est moins évidente, car l'avance résultant du découvert n'est techniquement ni un prêt à terme ni un prêt à demande. Aucun délai de paiement n'est alors accordé au consommateur, même si des intérêts lui sont imposés s'il ne rembourse pas l'avance immédiatement. Aucun « crédit », c'est-à-dire aucun délai de paiement n'est alors accordé au consommateur (voir à nouveau la définition de crédit à l'article 1(f) de la LPC).

La troisième question se soulève à l'égard de certaines cartes de crédit régies par un contrat exigeant que le titulaire de la carte

11. *Brault & Martineau c. Riendeau*, 2010 QCCA 366.

12. Un contrat de dépôt bancaire (ou avec une institution comme une caisse Desjardins) est selon nous exclu de l'application de la LPC en vertu de son article 6, car il s'agit d'une opération visée par la *Loi sur les valeurs mobilières*. Nous ne discutons pas ici de la question de savoir si l'exclusion s'étend aussi à un découvert de compte occasionnel ; nous entendons par là un découvert résultant d'un chèque ou autre ordre de paiement émis par le client alors qu'il n'a pas les fonds suffisants à son compte, mais que l'institution décide d'honorer (même si elle n'y était pas tenue).

13. Comme on le verra à la section 2.1, une exemption est cependant applicable pour un prêt à demande.

acquitte la totalité de son solde mensuel au plus tard à la date fixée dans son relevé ; aucun intérêt n'est alors payable. À première vue, l'on pourrait penser que les contrats relatifs à de telles cartes ne sont pas véritablement des contrats de crédit au sens de la LPC (parce que le titulaire n'est pas en droit de payer plus tard qu'à la date fixée et qu'il n'a pas alors d'intérêt à payer). Si toutefois le contrat régissant la carte stipule que des intérêts seront payables par le titulaire s'il n'acquitte pas son solde à la date fixée (comme c'est généralement le cas pour une telle carte), le contrat se transforme en un contrat de crédit. Les articles 92 et 119 de la LPC énoncent en effet que des frais de retard ou imposés en cas de non-paiement à l'échéance constituent des frais de crédit.

2. EXEMPTIONS DE L'APPLICATION DE LA LPC AUX CONTRATS DE CRÉDIT

La LPC et le RLPC comportent plusieurs exemptions de leur application aux contrats de crédit. Deux exemptions importantes sont ici examinées : celles portant sur les prêts à demande et les crédits garantis par une hypothèque immobilière.

2.1 Les prêts à demande

L'article 80 de la LPC énonce qu'« un contrat de crédit, à l'exception d'un contrat de prêt d'argent payable à demande, doit être constaté par écrit ». Par ailleurs, selon l'article 23 de la LPC, les règles de formation de certains contrats (généralement applicables aux contrats de crédit) régissent uniquement un contrat qui « doit être constaté par écrit ». Un prêt d'argent remboursable à la demande du créancier n'est donc pas soumis à ces règles de formation (examinées ci-dessous à la section 3). Également, les articles 66 à 150 réglementant spécifiquement les contrats de crédit comportent plusieurs dispositions sur le contenu obligatoire d'un contrat de crédit. Ces dispositions sous-entendent que le contrat doit être constaté par écrit et elles ne peuvent donc être applicables à un contrat de prêt d'argent payable à demande.

Qu'en est-il toutefois si les parties consignent par écrit un prêt à demande ? Tel sera généralement le cas, car on voudra éviter un litige quant à ce qui constitue l'accord des parties relativement aux autres modalités du contrat, dont en particulier le

taux d'intérêt. Faut-il en conclure que l'accord des parties, étant constaté par écrit, devient alors soumis aux dispositions régissant un contrat de crédit devant être constaté par écrit (règles générales de formation et règles particulières portant sur son contenu). Une réponse négative s'impose.

Le fait qu'un contrat n'a pas à être conclu par écrit n'empêche pas les parties de mettre par écrit leurs droits et obligations, mais l'existence de cet écrit ne rend pas applicables les exigences relatives à un contrat devant être constaté par écrit. À titre d'exemple, dans le C.c.Q., la constitution d'une hypothèque avec dépossession (aussi appelée gage) n'exige pas d'écrit¹⁴. En pratique, les parties à un gage consigneront néanmoins par écrit leurs droits et obligations. Il est toutefois reconnu qu'un tel écrit n'est pas alors soumis aux exigences applicables à une hypothèque devant être constituée par écrit, dont notamment les exigences des articles 2689 et 2697 du C.c.Q. voulant que le montant maximum de l'hypothèque soit indiqué dans « l'acte constitutif » de l'hypothèque¹⁵ et que cet acte doive décrire le bien hypothéqué.

On remarquera toutefois que l'article 89 de la LPC exempte diverses formes de prêts d'argent de l'application des articles 84, 85 et 87 et on mentionne le prêt à demande parmi les prêts exemptés. Cette mention est surprenante, car ces trois articles prescrivent des normes lorsqu'un contrat prévoit plusieurs paiements différés, ce qui ne devrait pas être le cas d'un prêt remboursable sur demande. La mention d'un prêt payable à demande à l'article 89 entraîne de plus une incongruité, car les exemptions visées sont soumises au respect des conditions prévues par l'article 13 du RLPC ; or, ces conditions peuvent difficilement être respectées sans un écrit. Cette incongruité n'affecte toutefois pas notre conclusion : bien que la LPC semble reconnaître qu'un prêt à demande peut malgré tout comporter des versements jusqu'à ce que la demande de paiement soit effectuée, il n'en demeure pas moins que le créancier du prêt ne serait pas tenu de se prévaloir de l'exemption et, dans ce cas, de faire en sorte que le prêt soit constaté par écrit. De toute façon, les articles 84, 85 et 87 de la LPC ne s'appliqueraient pas à un

14. L'hypothèque n'est pas alors constituée par un « acte », mais plutôt par la dépossession : voir les articles 2702, 2713.1 et 2714.1 du C.c.Q.

15. L. Payette, *Les sûretés réelles dans le Code civil du Québec*, 5^e édition, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2015, no. 852. À notre connaissance, les praticiens en droit des sûretés sont du même avis que L. Payette.

prêt à demande ne prévoyant aucun versement de capital avant la demande de paiement¹⁶.

2.2 Les crédits garantis par une hypothèque immobilière

Les articles 20, 21 et 22 du RLPC comportent chacun une exemption pour des crédits garantis par une hypothèque immobilière. L'article 20 actuel n'a pas été modifié alors que les articles 21 et 22 ont été remplacés par de nouveaux articles 21 et 22. Soulignons aussi que l'article 20 prévoit une exemption totale de l'application de la LPC, alors que les articles 21 et 22 ne prévoient qu'une exemption partielle.

L'article 20 se lit comme suit :

« **20.** Est exempté de l'application de la Loi, le contrat où un crédit consenti à un consommateur est garanti par une hypothèque grevant un immeuble :

a) comportant plus de 4 logements ;

b) utilisé principalement à une fin commerciale, industrielle ou professionnelle. »

Cet article n'appelle que de brefs commentaires, tout en notant que la version anglaise ajoute « or » à la fin du paragraphe a). En premier lieu, l'exemption du paragraphe a) peut s'appliquer même si le consommateur réside dans un logement d'un immeuble comportant plus de quatre logements. En second lieu, l'exemption du paragraphe b) est disponible tant dans le cas où le consommateur utilise lui-même l'immeuble principalement pour une fin professionnelle (par exemple une dentiste) que dans le cas où l'immeuble est utilisé par des tiers à « une fin commerciale, industrielle ou professionnelle ». Dans ce dernier scénario, on peut penser à un immeuble dont le consommateur est propriétaire à une fin d'investissement (par exemple, il le loue à des tiers).

16. Le rédacteur de l'article 89 de la LPC avait probablement en effet à l'esprit un prêt « à demande » prévoyant que l'emprunteur doit faire des versements à certaines dates déterminées jusqu'à ce que la demande de paiement soit effectuée.

Les articles 21 et 22 envisagent une situation différente de celles visées à l'article 20 : il s'agit généralement d'un crédit garanti par une hypothèque sur un immeuble de quatre logements ou moins utilisé comme résidence par le consommateur (résidence principale ou résidence secondaire). L'article 21 actuel et nouveau traite d'une hypothèque immobilière de premier rang alors que l'article 22 actuel et nouveau traite d'une hypothèque immobilière n'étant pas de premier rang. Dans les deux cas, la LPC n'est pas exemptée dans son entièreté (contrairement à ce que prévoit l'article 20). Nous nous limiterons à examiner ici l'article 21, car l'article 22 le reprend en bonne partie, mais avec des conditions additionnelles à respecter pour que l'exemption s'applique (celle-ci étant donc en pratique moins utilisée que celle de l'article 21).

Selon l'article 21 actuel du RLPC, tous les contrats de crédit garantis par une hypothèque de premier rang sur un immeuble servant à la résidence du consommateur sont généralement exemptés de l'application des règles générales et particulières de la LPC régissant les contrats de crédit. Ainsi, une hypothèque immobilière de premier rang garantissant tous les contrats de crédit intervenus entre un prêteur et un consommateur permet au prêteur de bénéficier de l'exemption à l'égard de tous ces contrats de crédit. Les formulaires d'acte d'hypothèque immobilière de nombreuses institutions financières sont à cet effet, puisqu'ils stipulent que l'hypothèque garantira toutes les obligations présentes et futures, directes ou indirectes, du consommateur envers l'institution. Une hypothèque comportant une stipulation de cette nature est parfois appelée « hypothèque parapluie ». Par commodité, nous utiliserons donc l'expression « hypothèque parapluie » pour décrire une hypothèque garantissant toutes ces obligations présentes et futures. D'ailleurs, très souvent, les actes prévoyant une hypothèque parapluie n'identifient pas les divers contrats garantis par l'hypothèque, ce qui serait d'ailleurs impossible dans le cas de contrats futurs.

Cet article 21 du RLPC a été remplacé et le nouvel article 21 entrera en vigueur le 1^{er} août 2019.

L'analyse qui suit porte sur le nouvel article 21 du RLPC, dont le texte est relativement complexe et demande un examen attentif. Il est nécessaire de le citer ici en entier :

« 21. Est exempté de l'application des articles 12, 14 et 15, du chapitre II du titre I, des sections I.1, II et III du chapitre III du titre I, à l'exception des articles 103.2 à 103.5 et 115.2, et du titre II de la Loi, à l'exception de l'article 245.2, le contrat où un crédit consenti à un consommateur est ou doit être garanti par une hypothèque immobilière de premier rang aux conditions suivantes :

- a) le contrat de crédit est celui à l'occasion de la conclusion duquel le consommateur a accepté de consentir une hypothèque ;
- b) l'acte constitutif d'hypothèque identifie le contrat garanti par l'hypothèque ;
- c) si l'hypothèque permet de garantir un contrat de crédit autre que celui visé au paragraphe a), l'acte constitutif d'hypothèque prévoit que le consommateur doit consentir, dans cet autre contrat, à ce qu'il soit garanti par l'hypothèque.

L'exemption s'applique également au contrat de crédit qui a pour objet de modifier, renouveler ou remplacer le contrat de crédit visé au paragraphe a du premier alinéa.

L'exemption ne s'applique pas au contrat de crédit variable conclu pour l'utilisation d'une carte de crédit. »

On constate tout d'abord que l'exemption, contrairement à celle de l'ancien article 21, ne s'applique pas à tous les contrats de crédit garantis par une hypothèque immobilière de premier rang. Elle ne vise que des contrats de crédit à l'égard desquels les conditions de cet article 21 ont été respectées. De plus, le dernier alinéa de l'article énonce qu'un contrat de crédit variable relatif à une carte de crédit ne peut bénéficier de l'exemption ; un autre type de contrat de crédit variable peut toutefois être exempté, par exemple un contrat pour l'utilisation de ce qui est couramment appelé une marge ou une ligne de crédit personnelle.

Les conditions d'application de l'exemption sont énoncées aux paragraphes a), b) et c) cités ci-dessus et elles appellent des explications. L'avant-dernier alinéa de l'article 21 sera ensuite examiné, car il précise la portée de l'exemption lorsqu'un contrat exempté est renouvelé, modifié ou remplacé.

2.2.1 Le paragraphe a) de l'article 21 du RLPC

La première condition est que le contrat de crédit doit être « celui à l'occasion duquel le consommateur a accepté de consentir » l'hypothèque immobilière garantissant ce contrat. Il en résulte que l'hypothèque ne peut avoir été accordée avant la conclusion du contrat de crédit, à moins que les parties n'aient anticipé la conclusion du contrat lors de l'octroi d'une hypothèque le garantissant ; pour bénéficier de l'exemption, le prêteur devra alors établir que tel était le cas et les exigences des paragraphes b) et c) de l'article 21 du RLPC devront aussi être respectées. Sauf cette hypothèse, une hypothèque parapluie antérieure au contrat de crédit ne se qualifie pas aux fins du respect de la condition du paragraphe a) de l'article 21 du RLPC.

Comme l'article 21 réfère à un contrat de crédit (au singulier), on peut se demander si deux contrats de crédit conclus concurremment pourraient bénéficier de l'exemption. Il faut selon nous répondre à cette question par l'affirmative (sauf que si l'un de ces contrats est relatif à une carte de crédit, l'exemption ne sera pas disponible à l'égard de ce dernier).

Cette réponse est fondée non seulement sur la règle d'interprétation usuelle voulant que le singulier comprenne le pluriel, mais aussi sur l'esprit de l'article 21 du RLPC : l'on veut que l'hypothèque résulte d'un consentement à cet effet du consommateur lors de l'octroi du crédit ; cet objectif est également atteint lorsque ce consentement a été accordé à l'occasion de deux crédits consentis concurremment. Il ne serait pas logique dans notre hypothèse de restreindre l'exemption à seulement un des deux contrats de crédit puisqu'il serait possible de contourner la restriction au moyen d'un seul contrat de crédit prévoyant deux types de crédit, par exemple un prêt pour l'achat de l'immeuble à être hypothéqué et une marge de crédit.

Il faut ajouter que le respect de la condition du paragraphe a) est une question factuelle. La preuve peut donc en être faite non seulement par une clause à cet effet dans le contrat de crédit concerné ou dans l'acte d'hypothèque, mais aussi de toute façon.

2.2.2 Le paragraphe b) de l'article 21 du RLPC

Le paragraphe b) de l'article 21 du RLPC exige que l'acte d'hypothèque « identifie le contrat garanti par l'hypothèque ». Cette condition ne serait pas remplie par une hypothèque parapluie dont l'acte énoncerait simplement que l'hypothèque garantit toutes les obligations présentes et futures du constituant envers le créancier (cette rédaction étant à l'heure actuelle fréquemment utilisée, comme on l'a vu). Si l'acte prévoit une hypothèque parapluie, il devra alors préciser que les obligations garanties comprennent notamment le contrat destiné à être exempté. Il ne semble toutefois pas requis de spécifier dans l'acte que ce contrat « est celui à l'occasion duquel le consommateur a accepté de consentir » l'hypothèque. Comme nous venons de le dire, il s'agit d'une question factuelle et la preuve du respect de cette condition pourra bien sûr être faite par une déclaration dans l'acte d'hypothèque, mais aussi d'une autre manière.

2.2.3 Le paragraphe c) de l'article 21 du RLPC

Lorsque l'hypothèque énonce qu'elle garantit aussi tout contrat de crédit autre que celui admissible à l'exemption (par exemple, une hypothèque parapluie), l'acte d'hypothèque doit prévoir que le consommateur consente dans cet autre contrat à ce que celui-ci soit garanti par l'hypothèque. L'objectif de cette exigence est de s'assurer que le consommateur est pleinement conscient que le crédit qu'il contracte subséquent est également garanti par l'immeuble (souvent sa résidence).

Il faut remarquer que la condition du paragraphe c) de l'article 21 du RLPC porte uniquement sur l'applicabilité de l'exemption. Si l'acte ne contient pas la mention requise, l'exemption ne sera pas disponible, mais l'hypothèque restera néanmoins valide et garantira toutes les obligations décrites par l'acte comme étant garanties (celles-ci pouvant encore une fois être toutes les obligations présentes et futures du constituant envers le créancier). Le gouvernement n'entendait sûrement pas (et ne pouvait pas) modifier le C.c.Q. par un règlement. Il a plutôt imposé une exigence pour qu'une hypothèque parapluie puisse se qualifier aux fins de l'exemption.

Cette remarque vaut également pour le non-respect des conditions des paragraphes a) et b). L'hypothèque parapluie restera efficace, mais l'exemption de l'article 21 du RLPC ne sera pas applicable.

2.2.4 Prolongement de l'exemption

L'avant-dernier alinéa de l'article 21 du RLPC prévoit que l'« exemption s'applique également au contrat de crédit qui a pour objet de modifier, renouveler ou remplacer le contrat de crédit » initialement exempté.

À première vue, on peut s'interroger sur la nécessité de traiter d'une modification ou d'un renouvellement : ou bien il n'y a pas alors novation et le contrat initial subsiste et reste exempté, ou bien l'opération entraîne novation et alors il s'agit d'un contrat remplaçant le contrat initial et un remplacement est également exempté. Peut-être a-t-on simplement voulu dissiper tout doute sur l'effet d'une modification ou d'un renouvellement, puisque l'article 98 de la LPC exige la conclusion d'un « nouveau contrat » lors de la modification d'un contrat de crédit entraînant une augmentation du taux ou des frais de crédit. Mais encore là, si tant est qu'un tel nouveau contrat devrait être un nouveau contrat de crédit (plutôt qu'un contrat d'amendement), il constituerait un remplacement et serait aussi exempté¹⁷.

Une question plus importante est de savoir si le prolongement de l'exemption peut viser un nombre illimité de modifications, de renouvellements ou de remplacements. Pour une modification ou un renouvellement n'opérant pas novation, la réponse est clairement oui, car le contrat initial demeure en vigueur. De toute évidence, un premier remplacement est également visé par le prolongement de l'exemption.

Quant à un remplacement subséquent, l'esprit de l'article 21 du RLPC porte à croire qu'il bénéficie aussi de l'exemption : selon cet article, un seul contrat de crédit peut être exempté (ou plusieurs conclus concurremment) et on voit mal pourquoi le contrat

17. L'article 98 LPC soulève à cet égard des difficultés d'interprétation qui ne sont pas abordées ici.

de crédit initial ne pourrait pas être remplacé plusieurs fois. Une interprétation technique à l'effet contraire ne serait pas justifiée par l'objectif de l'article 21 et entraînerait des coûts inutiles pour le consommateur : le prêteur voulant continuer à bénéficier de l'exemption exigerait alors chaque fois l'octroi d'une nouvelle hypothèque, car il faudrait remplir à nouveau les conditions de l'article 21 du RLPC lors de chaque remplacement subséquent.

3. RÈGLES DE FORMATION DES CONTRATS

La présente section traite des contrats en personne, des contrats à distance et du cas particulier des clauses externes dans ces contrats.

3.1 Contrats en personne

Les articles 25 à 28 de la LPC énoncent des règles de formation d'un contrat de crédit devant être conclu par écrit. Tout contrat de crédit doit être par écrit, sauf un prêt à demande comme on l'a vu à la section 2.1. Plusieurs contrats sont cependant exemptés de l'application de ces articles ; pensons à l'exemption des articles 20, 21 et 22 du RLPC relative aux crédits garantis par une hypothèque immobilière ou encore à l'exemption de l'article 6.3 du RLPC pour le contrat de crédit conclu à distance.

Les exigences spécifiques des articles 25 à 28 de la LPC relatives à la formation d'un contrat (y compris un contrat de crédit) ne s'appliquent donc qu'à un contrat en personne, c'est-à-dire un contrat conclu alors que le consommateur et le commerçant sont « en présence l'un de l'autre » (voir l'article 54.1 de la LPC). Ces exigences sont les suivantes :

- Le contrat doit être rédigé en double, et sauf s'il est conclu à distance, sur support papier (article 25) ;
- Le contrat doit être rédigé en français, sauf qu'il peut être rédigé dans une autre langue si telle est la volonté expresse des parties (article 26) ;
- Le contrat doit être signé en premier lieu par le commerçant (et après avoir été rempli) et en second lieu par le consommateur

(et après que ce dernier ait eu l'occasion d'en prendre connaissance) (article 27) ;

- La signature des parties doit être apposée « à la suite de toutes les stipulations » du contrat et sur chacun des doubles de celui-ci » (article 28).

L'article 30 ajoute que le contrat est formé lorsque les parties l'ont signé et l'article 32 prévoit qu'un des doubles du contrat doit être remis au consommateur après sa signature. Dans le cas toutefois d'un contrat pour l'utilisation d'une carte de crédit, « l'émission de la carte tient lieu de signature du commerçant et l'utilisation de la carte par le consommateur tient lieu de signature du consommateur » (article 29).

Deux remarques s'imposent à la suite de ce résumé.

Tout d'abord, les règles de formation d'un contrat prévues par la LPC s'ajoutent et ne remplacent pas celles du C.c.Q. De toute évidence, les conditions de validité d'un contrat prévues aux articles 1385 à 1415 du C.c.Q. doivent aussi avoir été remplies.

De plus, malgré le titre coiffant les règles résumées ci-dessus (« Règles de formation de certains contrats »), il serait inexact de dire que le contrat n'a pas été formé et n'existe pas lorsqu'une de ces règles n'a pas été respectée. Un tel non-respect est sanctionné par l'article 271 de la LPC dont les premier et troisième alinéas se lisent comme suit :

« Si l'une des règles de formation prévues par les articles 25 à 28 n'a pas été respectée, ou si un contrat ne respecte pas une exigence de forme prescrite par la présente loi ou un règlement, le consommateur peut demander la nullité du contrat.

[...]

Le tribunal accueille la demande du consommateur sauf si le commerçant démontre que le consommateur n'a subi aucun préjudice du fait qu'une des règles ou des exigences susmentionnées n'a pas été respectée. »

Si le consommateur peut « demander la nullité du contrat » et si l'absence de préjudice subi par le consommateur peut être invoquée en défense par le commerçant, il en résulte que le contrat n'est pas nul *ab initio*. Les formalités des articles 25 à 28 de la LPC doivent ainsi être vues comme des mesures visant seulement à protéger le consommateur (et non pas comme des conditions de l'existence du contrat), ce qui explique qu'en l'absence de préjudice, le tribunal n'invalidera pas le contrat¹⁸. La LPC adopte d'ailleurs ici une approche semblable à celle du C.c.Q. en matière de nullité relative : selon l'article 1420 du C.c.Q., « La nullité relative d'un contrat ne peut être invoquée que par la personne en faveur de qui elle est établie ou par son cocontractant s'il est de bonne foi et en subit un préjudice sérieux ». La LPC et le C.c.Q. diffèrent toutefois quant au fardeau de preuve : selon la LPC, le fardeau de prouver l'absence de préjudice incombe au commerçant, alors que selon le C.c.Q., la personne invoquant la nullité relative doit normalement établir qu'elle a subi un préjudice.

3.2 Contrats à distance

Comme on l'a mentionné, l'article 6.3 du RLPC exempte le contrat de crédit à distance des règles de formation examinées précédemment. Un contrat à distance est un contrat conclu par des parties qui ne sont pas alors en présence l'une de l'autre (article 54.1 de la LPC). Un tel contrat doit néanmoins respecter la règle de l'article 80 de la LPC voulant qu'un contrat de crédit autre qu'un prêt à demande doive être constaté par écrit (cet écrit n'ayant toutefois pas à être signé en raison de la dispense de l'article 6.3 du RLPC).

Par ailleurs, et paradoxalement, un contrat de crédit à distance pourrait être soumis à davantage d'exigences qu'un contrat en personne. Le contrat devra tout d'abord être conforme aux exigences de la LPC applicables à tous les contrats de crédit devant être par écrit (contenu, y compris calcul et divulgation du taux et des frais de crédit ainsi que mentions obligatoires). De plus, les articles 54.2 à 54.7 de la LPC sur les contrats à distance recevront

18. La possibilité de repousser la demande de nullité du contrat en cas d'absence de préjudice montre aussi que les conditions des articles 25 à 28 de la LPC ne sont pas des formalités dont l'accomplissement selon l'article 1385 du C.c.Q. est nécessaire à la formation du contrat.

application ; notamment, le commerçant devra avant la conclusion du contrat fournir au consommateur les renseignements énumérés à l'article 54.4. Cet article n'a pas été rédigé en ayant à l'esprit un contrat de crédit, car la plupart des renseignements requis se rapportent à un contrat de vente d'un bien ou de fourniture d'un service (prix du bien ou service, description de ses caractéristiques, existence ou non de droits de douane, mode de livraison, etc.). Dans le cas d'un contrat de crédit, l'article 54.4 doit donc être lu avec les adaptations nécessaires (par exemple, l'obligation de divulgation du prix du bien s'accomplira par la divulgation du coût de crédit requise en vertu des dispositions de la LPC sur les contrats de crédit). Par ailleurs, les éléments de cet article 54.4 qui sont clairement inapplicables devraient être ignorés.

3.3 Clauses externes

L'efficacité d'une clause externe dans un contrat de crédit mérite une analyse séparée et les considérations pertinentes sont différentes selon que le contrat est conclu en personne ou à distance. Avant d'examiner les deux possibilités sous l'angle de la LPC, il convient de rappeler la disposition pertinente du C.c.Q., à savoir l'article 1435 C.c.Q.

« La clause externe à laquelle renvoie le contrat lie les parties.

Toutefois, dans un contrat de consommation ou d'adhésion, cette clause est nulle si, au moment de la formation du contrat, elle n'a pas été expressément portée à la connaissance du consommateur ou de la partie qui y adhère, à moins que l'autre partie ne prouve que le consommateur ou l'adhérent en avait par ailleurs connaissance. »

Dans l'affaire *Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs*¹⁹, la Cour suprême du Canada a défini la clause externe comme suit :

« Faute de définition législative, la doctrine s'est chargée de définir la notion de clause externe. Il s'agit d'une stipulation contractuelle figurant dans un document distinct de la convention ou de l'instrumentum mais qui, selon une clause de cette convention, est réputée

19. 2007 CSC 34, par. 93. On remarquera que le contrat dont la Cour suprême était saisie était un contrat à distance.

en faire partie intégrante » : Baudouin et Jodoin : Les obligations (6^e éd. 2005), p. 267. La clause est externe si elle est physiquement séparée du contrat. Lluellas et Moore, p. 748. Une clause se trouvant à l'endos du contrat ou dans une annexe à la fin de celui-ci n'est pas externe, parce qu'elle fait partie intégrante du contrat. Elle n'est pas visée par l'art. 1435 C.c.Q. »

Ainsi, sans égard à la LPC, une clause externe liera le consommateur lorsque l'une ou l'autre des conditions de l'article 1435 C.c.Q. sera remplie. Si aucune de ces conditions n'est remplie, le consommateur ne sera pas lié par la clause externe et cette clause sera ignorée. Lorsque la LPC s'applique, l'analyse doit être plus poussée.

3.3.1 Contrat en personne

Dans le cas d'un contrat en personne, nous avons vu que selon l'article 28 de la LPC « la signature des parties doit être apposée sur la dernière page... du contrat, à la suite de toutes les stipulations ». S'inspirant de cet article, on a déjà écrit qu'une clause externe serait généralement interdite par la LPC (parce qu'elle ne précède pas les signatures des parties)²⁰. Selon cette approche, la clause externe serait sans effet dans un contrat de crédit devant être par écrit et signé par les parties (à tout le moins, lorsqu'elle se trouve dans un document distinct du contrat, si elle n'a pas aussi été signée par les parties). Cette approche aurait aussi pour effet que sous la LPC la notion de clause externe s'étendrait à une clause se trouvant au verso du document établissant le contrat, alors que selon la définition donnée par la Cour suprême, une clause se trouvant au verso du contrat n'est pas une clause externe.

Une seconde approche veut que la LPC n'ajoute pas aux exigences du C.c.Q. en matière de clauses externes. L'article 28 de la LPC ne traiterait pas de cette question, même s'il soulève un doute quant à l'efficacité d'une stipulation ne précédant pas la signature des parties. La réponse à cette interrogation devrait se trouver à l'article 271 de la LPC et la stipulation serait efficace si le consommateur n'a pas subi de préjudice du fait que la stipulation ne précédait pas les signatures. L'existence ou l'absence d'un préjudice pourrait toutefois se déterminer de la même manière

20. N. L'Heureux et M. Lacoursière, dans leur ouvrage cité à la note 4, au no. 70.

que ce qui est prévu à l'article 1435 du C.c.Q. quant à la validité d'une clause externe : celle-ci a-t-elle été portée à la connaissance du consommateur ou en avait-il par ailleurs connaissance ?

L'article 1435 du C.c.Q. paraît soutenir la seconde approche puisqu'il sous-entend qu'un consommateur est lié par une clause externe lorsque les conditions de cet article ont été remplies. Cet article 1435 est entré en vigueur en 1994 (soit après l'adoption de la version originale de la LPC) et le législateur n'entendait sûrement pas en limiter la portée à un contrat de consommation non régi par la LPC.

Ainsi, selon cette seconde approche, l'article 28 de la LPC ne devrait pas être interprété comme interdisant une clause externe et la validité (ou l'invalidité) d'une clause externe dans un contrat régi par la LPC relèverait du C.c.Q., et non de la LPC. On peut penser que telle est la position du gouvernement. L'article 25.9 du RLPC prévoit en effet ce qui suit :

« Est interdite la stipulation qui prévoit que le consommateur est lié par une clause externe malgré le fait qu'elle lui soit inopposable en vertu de l'article 1435 du Code civil. »

Cet article implique *a contrario* que l'opposabilité ou l'inopposabilité à un consommateur d'une clause externe relève de l'article 1435 C.c.Q. et non de la LPC²¹. L'article 25.9 du RLPC serait en effet inutile si une clause externe était déjà interdite par l'article 28 de la LPC.

On peut aussi noter que la Cour suprême du Canada, dans *Marcotte c. Desjardins*²² a discuté de l'efficacité d'une clause externe dans un contrat avec un consommateur en se référant seulement au C.c.Q.

21. P.C. Lafond, dans son ouvrage cité à la note 4, semble aussi d'avis (au no. 390) que l'efficacité d'une clause externe dans un contrat de consommation se détermine en fonction de l'article 1435 C.c.Q.

22. 2014 CSC 57. La décision n'est toutefois pas déterminante, car elle portait sur un contrat de carte de crédit et l'article 28 de la LPC n'est pas applicable à un tel contrat.

3.3.2 Contrat à distance

Dans le cas d'un contrat à distance (contrat conclu alors que le commerçant et le consommateur ne sont pas en présence l'un de l'autre), la question de l'impact de l'article 28 de la LPC sur les clauses externes ne se soulève pas. En effet, comme on l'a vu, cet article ne s'applique pas à un contrat à distance. Il est donc alors clair que l'efficacité d'une clause externe à laquelle renvoie un contrat à distance se déterminera exclusivement selon le C.c.Q.²³.

Cette constatation confirme indirectement le bien-fondé de l'approche voulant que l'efficacité d'une clause externe dans un contrat de crédit relève du C.c.Q., et non de la LPC. On voit mal pourquoi des standards différents seraient applicables selon que le contrat aurait été conclu en personne (interdiction de la clause) ou à distance (permissibilité de la clause).

Finalement, il convient de mentionner que l'analyse applicable à un contrat à distance vaut aussi pour tout autre contrat exempté de l'application de l'article 28 de la LPC, par exemple un contrat bénéficiant d'une des exemptions relatives aux crédits garantis par un immeuble.

4. DROIT TRANSITOIRE

La loi 24 ayant modifié la LPC en 2017 (« Loi modificatrice ») et le règlement ayant modifié le RLPC en 2018 contiennent des dispositions portant sur leur entrée en vigueur et, dans le cas de la LPC, des dispositions de droit transitoire. Les dispositions de droit transitoire de la Loi modificatrice relatives aux contrats de crédit seront ici examinées. On exposera ensuite l'effet des règles de droit transitoire sur les exemptions de la LPC en matière de crédits garantis par un immeuble.

4.1 Entrée en vigueur

Le décret 987-2018 du 3 juillet 2018 fixe à certaines dates (1^{er} août 2018, 1^{er} février 2019 et 1^{er} août 2019) l'entrée en vigueur de divers nouveaux articles de la LPC. Tous ces nouveaux articles

23. L'arrêt *Dell Computer* cité à la note 19 illustre cet énoncé.

auront déjà été ou seront en vigueur le 1^{er} août 2019. Il en sera donc ainsi concernant les nouveaux articles de la LPC sur le contenu des contrats de crédit.

Quant aux modifications au RLPC, elles entrent en vigueur le 1^{er} août 2019, sauf quant à certains articles déjà entrés en vigueur le 1^{er} août 2018, le 1^{er} janvier 2019 ou le 1^{er} février 2019. Les nouveaux articles 21 et 22 du RLPC (exemptions relatives aux crédits garantis par une hypothèque immobilière) figurent parmi les articles entrant en vigueur le 1^{er} août 2019.

4.2 Règles de droit transitoire concernant la LPC

L'article 81 de la Loi modificatrice édicte une règle générale voulant que les nouveaux articles de la LPC « ne s'appliquent pas aux contrats en cours lors de leur entrée en vigueur », sauf certaines exceptions. Nous traitons ci-dessous de la portée de cette règle générale sur le contenu des contrats de crédit et sur l'une des exceptions à cette règle. L'entrée en vigueur de la plupart des nouveaux articles de la LPC sur le contenu des contrats de crédit est fixée au 1^{er} août 2019.

La règle générale fait en sorte que les contrats de crédit répondant aux normes en vigueur avant le 1^{er} août 2019 resteront conformes à la LPC, et ce, même s'ils ne respectent pas les nouvelles normes (dont l'encadré informatif prescrit par les nouveaux articles du RLPC en vertu des nouveaux articles de la LPC). Le contraire aurait été étonnant, car on ne pourrait exiger qu'un contrat conclu avant le 1^{er} août 2019 respecte des normes de contenu non alors en vigueur. Par ailleurs, il faut noter que les modifications à l'article 70 de la LPC à l'égard des composantes des frais de crédit servant à calculer ces frais comportent une liste de frais qui sont réputés ne pas faire partie de ces composantes. Dans la mesure où certains de ces frais étaient déjà auparavant des frais de crédit (ce qui n'était pas toujours le cas), l'assouplissement apporté à cet article 70 ne s'appliquera pas aux contrats en cours avant le 1^{er} août 2019.

La première et deuxième des trois exceptions à la règle générale de droit transitoire (non-application des nouveaux articles aux contrats en cours) portent sur certains des droits et obliga-

tions des parties à un contrat de crédit ; en les lisant, on comprend aisément le but de ces exceptions et il n'en est pas question ici, car elles n'affectent pas le contenu des contrats de crédit en cours.

La troisième exception soulève cependant une difficulté d'interprétation quant à sa portée sur les contrats de crédit en cours. Elle prévoit que les dispositions de la Loi modificatrice ne s'appliquent pas aux contrats en cours, « sauf [...] aux contrats de crédit... qui sont modifiés postérieurement » (notre soulignement) à l'entrée en vigueur de la Loi modificatrice, soit généralement le 1^{er} août quant au contenu des contrats de crédit. Que faut-il entendre par une modification ? Quelle est la portée de cette application immédiate des nouveaux articles de la LPC sur les contrats en cours ?

La difficulté d'interprétation porte sur la question de savoir si un simple renouvellement du contrat (prolongation de sa durée) sans aucun autre changement dans les modalités du contrat constitue une modification. À première vue, on pourrait le croire. Toutefois, certains articles de la LPC pourraient amener à une conclusion contraire ; il s'agit notamment des articles 72 et 115.2 qui utilisent le terme « renouvellement » sans impliquer que ce terme implique une modification. L'article 98 traite aussi des modifications à un contrat de crédit sans sous-entendre qu'une simple prolongation de son terme constitue une modification du contrat.

Quelle que soit l'interprétation à donner à la troisième exception, il est évident qu'elle n'affecte pas le contenu des contrats en cours si la modification n'opère pas novation ; dans le cas d'une novation, il ne s'agirait plus d'un contrat en cours et l'on se trouverait en présence d'un nouveau contrat. Une prolongation du terme d'un contrat n'est pas une novation. Il en est ainsi de plusieurs autres modifications à un contrat comme un changement dans le taux d'intérêt ou le montant des versements.

Ainsi, les contrats en cours resteront soumis aux normes de contenu de la LPC en vigueur au moment où ces contrats ont été conclus si ces contrats n'ont pas été remplacés (ce qui est l'effet d'une novation). De toute évidence, ces normes ne peuvent avoir été changées rétroactivement de façon à possiblement affecter la validité de contrats antérieurs au 1^{er} août 2019. Un contrat conclu

avant cette date et respectant alors les exigences antérieures de la LPC quant à son contenu n'est donc pas affecté à cet égard par la Loi modificatrice.

4.3 Exemptions relatives aux crédits garantis par un immeuble

Les nouveaux articles 21 et 22 du RLPC relatifs à ces exemptions entrent en vigueur le 1^{er} août 2019. Les conditions de l'exemption applicable à des contrats de crédit garantis par une hypothèque immobilière de premier rang ont été exposées à la section 2.2 ci-dessus. Tel que mentionné en introduction, cette exemption sera souvent utilisée par un prêteur hypothécaire. Rappelons qu'elle dispense alors le prêteur de la nécessité de se conformer aux règles de la LPC sur la formation d'un contrat de crédit et à celles régissant son contenu (y compris les exigences particulières de divulgation et de calcul des frais de crédit).

La présente section 4.3 examine l'effet du remplacement de l'ancien article 21 du RLPC par le nouvel article 21. Le RLPC ne contient pas de règle de droit transitoire à ce sujet, mais ce remplacement soulève néanmoins des questions qui relèvent indirectement du droit transitoire. Les questions ici abordées sont les suivantes :

- un contrat en cours le 1^{er} août 2019 est-il affecté par le nouvel article 21 du RLPC si l'hypothèque a été accordée avant le 1^{er} août 2019 ?
- un contrat en cours le 1^{er} août 2019 peut-il bénéficier de l'exemption de l'ancien article 21 du RLPC si l'hypothèque est accordée après le 1^{er} août 2019 ?
- un contrat conclu à compter du 1^{er} août 2019 peut-il bénéficier de l'exemption de l'ancien article 21 du RLPC si une hypothèque le garantissant (en pratique, une hypothèque parapluie) a été accordée avant le 1^{er} août 2019 ?
- un contrat et une hypothèque consentis à compter du 1^{er} août 2019 sont-ils admissibles à l'exemption du nouvel article 21 du RLPC ?

4.3.1 Contrat et hypothèque antérieurs au 1^{er} août 2019

Dans cette hypothèse, le contrat de crédit pourra bénéficier de l'exemption de l'ancien article 21 du RLPC. Les conditions du nouvel article 21 du RLPC n'ont pas alors à être respectées. Cette conclusion n'est pas altérée du fait que les dispositions de la Loi modificatrice s'appliquent aux contrats en cours subséquentement modifiés. Ces dispositions n'ont rien changé à l'exemption en vigueur lorsque le contrat de crédit a été conclu et le contraire aurait été étonnant. De toute façon, les dispositions de la Loi modificatrice ne peuvent affecter le contenu d'un contrat existant, même s'il a été par la suite modifié.

Si toutefois une modification d'un contrat existant opère novation, il s'agira bien sûr d'un nouveau contrat et l'ancienne exemption sera alors inapplicable.

4.3.2 Contrat antérieur au 1^{er} août 2019 et hypothèque postérieure

Dans cette hypothèse, l'exemption de l'ancien article 21 du RLPC restera applicable même si l'acte d'hypothèque ne respecte pas les conditions d'application du nouvel article 21 quant au contenu de l'acte d'hypothèque : l'ancien article 21 du RLPC était toujours en vigueur lors de la conclusion du contrat et il n'imposait aucune condition autre que l'octroi d'une hypothèque immobilière de premier rang. Notamment, l'acte d'hypothèque n'aurait pas à identifier le contrat de crédit antérieur.

4.3.3 Contrat conclu à compter du 1^{er} août 2019 et hypothèque antérieure

Ici, l'ancienne exemption est inapplicable, car le nouvel article 21 du RLPC est alors en vigueur. L'acte d'hypothèque ne peut alors en pratique respecter les exigences du nouvel article 21 du RLPC ; cet article est en vigueur dans cette hypothèse lors de la conclusion du contrat. Par exception, le rare cas de l'hypothèque évoquée au premier paragraphe de la section 2.2.1 pourrait amener une solution contraire, si l'acte d'hypothèque antérieur contient déjà une clause permettant d'identifier le contrat postérieur. Sauf ce

cas, une hypothèque parapluie antérieure ne rendrait pas applicable la nouvelle exemption.

4.3.4 Contrat et hypothèque conclus à compter du 1^{er} août 2019

Il va de soi qu'ici le nouvel article 21 du RLPC reçoit application. Ce nouvel article est alors en vigueur et l'ancienne exemption a cessé d'être en vigueur.

LISTE DES MÉMOIRES DE MAÎTRISE ET THÈSES DE DOCTORAT DÉPOSÉS EN 2017-2018

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Les essais

HOSATTE-DUCASSY, Caroline, Quand la pilule fait mal. La crise des opioïdes : regard sur l'encadrement normatif des drogues potentiellement dangereuses et des pratiques professionnelles.

KARALIS, Aspasia, La disponibilité de tests génétiques dans le réseau privé au Québec : enjeux déontologiques, éthiques et sociaux illustrés par l'étude du cas du dépistage prénatal de la trisomie 21 par l'ADN fœtal dans le sang maternel.

TRÉPANIER, Gabrielle, L'obligation de suivre : le défi du médecin d'urgence.

UNIVERSITÉ DE MONTRÉAL

Mémoires de maîtrise

ALLAM, Pacinte, Les incitations à l'investissement ont-elles un impact sur l'attractivité de l'investissement direct étranger en Égypte ?

AZZI, Nancy, L'avocat comme méthode de blanchiment d'argent.

BEAUDET, Florence, Le processus de conclusion de l'Accord économique et commercial global entre le Canada et l'Union européenne (AECG) en regard des principes du fédéralisme et de la démocratie.

BOND ROUSSEL, Geneviève, L'égalité et la protection contre la discrimination basée sur les convictions politiques sous la *Charte des droits et libertés de la personne du Québec*.

BOUOBDA, Jackson, L'encadrement du droit à l'information des actionnaires en contexte d'offres publiques d'achat hostiles.

- CHENETTE, Mathieu, La constitutionnalité du par. 515(6) du Code criminel et d'autres sujets touchant la libération provisoire au Canada.
- DOLEZALEK, Katharina, Equal yet different: why should beneficiaries of subsidiary protection have the same rights as refugees?: a comparative study between Canada, Germany, Hungary, and the EU.
- DOSSO, Aïssatou, La problématique du genre dans les mécanismes de la justice transitionnelle en Côte d'Ivoire.
- DURANLEAU, Joëlle, La médiation obligatoire en droit civil comme outil pour favoriser l'accès à la justice.
- ELLYSON, Laura, Fouilles, saisies et perquisitions de données informatiques : attente raisonnable de vie privée et infonuagique.
- FORGET, Hubert, La théorie du choix rationnel et l'influence des droits constitutionnels reconnus aux peuples autochtones canadiens sur le comportement des acteurs impliqués dans la réalisation de projets d'exploitation des ressources naturelles.
- FOURNIER-GENDRON, Hugo, Sécurité informationnelle des systèmes cyberphysiques et risques à la santé et sécurité : quelle responsabilité pour le fabricant ?
- JAMIN, Ariane, Le travail précaire, les femmes et le droit.
- JETTÉ, Virginie, Traque-moi si je le veux : à la recherche d'un cadre juridique entourant la publicité comportementale.
- KHAMIS, Mostafa, La Cour africaine des droits de l'homme : quelles restrictions à l'accès à la justice ?
- LAKE, Cynthia, La prise en compte du genre dans les initiatives des entreprises transnationales : le cas de l'industrie du cacao au Ghana et en Côte-d'Ivoire.
- LAMBERT, Louise, Les droits moraux des artistes interprètes de l'audiovisuel, perspectives internationales.
- LAPLANCHE, Pablo, La libéralisation des marchés publics entre le Canada et l'Union européenne à l'aune de l'A.E.C.G.
- LÉ, Vanessa, Évaluation des facteurs reliés à la violence familiale dans le cadre de la jurisprudence portant sur la garde d'enfants.

- LYONNAIS-BOURQUE, Maude, Encadrement de la grève et restrictions à la négociation collective : impact de la Trilogie de 2015 de la Cour suprême du Canada.
- MALAVAUD, Marie, Le droit international au soutien de l'intégration des femmes dans les instances décisionnelles des entreprises canadiennes et québécoises.
- NORMAND-COUTURE, Érika, L'impact du chapitre 11 de l'ALÉNA sur la démocratie canadienne.
- OLIVIER, Raphaëlle, Les mailles de la fiducie en contexte de dissolution de l'union matrimoniale : de l'application des mécanismes du C.C.Q. au soulèvement du voile fiduciaire en droit québécois.
- OUIMET, Marie-France, Réflexion critique sur la relativisation du droit à la protection de l'enfant : les distinctions de traitement du signalement des situations de compromission dans la *Loi sur la protection de la jeunesse* et dans la législation encadrant la profession d'avocat.
- RICHARD, Geneviève, Les travailleurs migrants occupant un emploi peu ou pas spécialisé au Qatar : évolution de la situation juridique entre 2012 et 2018.
- RIOUX, William Gabriel, Analyse des récentes décisions relatives à l'action collective à la lumière des objectifs des recours de la Loi sur les valeurs mobilières : analyse et critique.
- SILVA, Ana Catarina, Les contrats collectifs en droit québécois.
- SZABOLCS, Nathalie, Analyse comparative des conflits de lois et de juridictions relatifs au contrat d'assurance.
- TAYROUZ, Rita, Le rôle de la banque dans la lutte contre le blanchiment d'argent : étude comparative entre le droit libanais et le droit canadien.
- VATHI, Lissia, L'obligation de résidence chez l'employeur imposée aux travailleurs agricoles et domestiques migrants au Canada : une atteinte à leur droit constitutionnel à la liberté.
- VINCENT-WRIGHT, Sarah-Michèle, Le jeu des stéréotypes féminins et masculins en droit international : influences et conséquences pour les victimes de viol en période de conflits armés.

WANDA KOUMGA, Francine Josiane, L'exploitation des ressources halieutiques dans les eaux internationales : équité et protection de l'environnement.

WILLIAMS, Véronique, La lutte contre la traite des personnes à des fins d'exploitation sexuelle au Canada: une étude à la lumière du droit international.

YANA, Chris, La problématique de la responsabilité pénale des enfants impliqués dans les actes terroristes de Boko Haram au Cameroun.

Thèses de doctorat

BARRY, Sarah, Les pourparlers précontractuels en droit québécois : de l'opportunité d'une modification du *Code civil du Québec* à la lumière des récentes réformes française et allemande.

CARDILLO, Chloé, Le contrôle de constitutionnalité des lois pénales *a posteriori* : essai comparé sur la protection des droits des justiciables en France et au Canada.

CHARBONNEAU, Olivier, Émergence de normes dans les systèmes économiques et sociaux d'œuvres numériques protégées par droit d'auteur.

CONGO, Ibrahim P., Convergence des technologies de l'information : plaidoyer pour une nouvelle normativité des communications dans l'espace UEMOA.

DIBRA, Migen, Le droit de participation des salariés canadiens lors des restructurations d'entreprises : le cadre législatif britannique comme source d'inspiration pour le Canada. Une étude de droit comparé : Québec, cadre juridique fédéral canadien, Union européenne, Royaume-Uni.

DONGMO KAHOU, Paulette Flore, Contribution à l'éradication des problèmes liés à la polygamie au Canada, au Cameroun et en Côte-d'Ivoire : essai féministe de théorie interdisciplinaire critique des différentes politiques de gouvernance.

FIMPA TUWIZANA, Twison, Perspectives juridiques quant à l'implantation du programme REDD+ dans les pays en développement : développement durable et participation locale.

FRAZER, Linda, Juridical gyroscopic orientation of transnational business negotiations.

GUILMAIN, Antoine, Le principe de proportionnalité procédurale à l'aune des technologies de l'information : pour une modernisation en modération de la procédure civile.

HE, An, À la recherche d'une diversité dans l'unité : le passé, le présent et l'avenir de la Chine multiethnique.

UNIVERSITÉ DU QUÉBEC À MONTRÉAL

Doctorats en droit

BOUKHARI, Dallal, Étude de la compatibilité de la laïcité française au Québec à partir de la « Charte des valeurs québécoises ».

LOVETSKIY, Stanislav, Consumer Safety Law on Global and Regional Markets (La protection juridique de la sécurité du consommateur au sein de marchés globalisés et régionalisés).

PICARD, Michaël Hennessy, Le constitutionnalisme d'occupation en Iraq.

Maîtrises en droit

BIDARIYN, Anissa, Mise en œuvre et respect des droits humains à l'ère du numérique : la nécessité d'une évolution du cadre juridique international applicable aux technologies de l'information et de la communication (TIC).

BLAIS, Joëlle, Les droits des travailleurs migrants dans l'économie informelle en Argentine : étendue de la protection juridique issue des instruments internationaux et de la législation nationale.

BLAIS-BERGERON, Samuel, Le rapport Brahimi, 17 ans plus tard : que reste-t-il à faire ?

CÔTÉ-LEBRUN, Laurence, L'impact des revendications féministes dans les réformes du *Code du travail*.

GRÉGOIRE-VALENTINI, Mathilde, L'obligation d'accommodement raisonnable pour concilier travail et responsabilités familiales : un vecteur d'égalité à géométrie variable.

HAMEL-GUILBERT, Julien, L'interprétation juridique de la norme de traitement juste et équitable (TJE) au regard des prérogatives souveraines de l'État.

HÉLIN, Lucie, Le Programme Vacances-Travail canadien : trajectoire expérientielle et usage du droit du travail.

HORTH, Kevin, La reconnaissance au Québec de la rechute, récidive ou aggravation psychologique découlant d'une lésion professionnelle de nature physique.

MALDONADO, Carl Miguel, Les sociétés militaires privées et le droit international contemporain : enjeux et perspectives en matière de responsabilité.

MORIN, Ann Dominique, Le règlement P-6 de la Ville de Montréal et son application par les policier-ère-s du SPVM : une atteinte au droit à la liberté et à la sécurité des manifestant-e-s non conforme aux principes de justice fondamentale.

ROLLAND, Anne-Julie, Vers un régime de rapports collectifs de travail adapté aux travailleuses domestiques au Québec : leçons internationales et inspirations nord-américaines.

SULEMAN, Dania, Les réconciliations possibles entre la liberté de religion et l'égalité des sexes.

UNIVERSITÉ MCGILL

Doctor of Civil Law

AKENROYE, Ayodele, The pursuit of international criminal justice and the construction of victimhood.

BLACK, Lee, Ethics and law, and ethics as law: legal pluralism and the normative relationship between the state and the medical profession.

LORD, Francis, The legal interpretation of technology.

VANHONNAEKER, Lukas, Shareholders' claims for reflective loss in international investment arbitration – the rule and its demystification.

Master of Laws

ALLAMEH, Sara, The notion of utility as a criterion for patentability.

- BROWN, Ross, Ctrl+Alt+V for victory: why and how to fix the deficiencies that impact how states may respond to national security satellite interference below armed attack.
- FARRINGTON, Francesca, Augmenting the rule of law: the changing conception of “Rule of Law” in the law and development paradigm.
- GOSWAMI, Bayar, Theorizing cosmic environmental law.
- GUTZMAN, James, State responsibility for non-state actors in times of war: Article VI of the Outer Space Treaty and the law of neutrality.
- KERKONIAN, Aram, The legal aspects of permanent human settlement on celestial bodies.
- RENCELJ, Matija, Permanent presence of armed drones and the elusive concept of psychological harm.
- SAINT-PIERRE HARVEY, Laurence, Prestation compensatoire et union de fait en droit québécois : étude critique d’un discours judiciaire binaire.
- STEFANESCU, Oana Maria, Sources of legitimacy in investment treaty arbitration: Neutrality, consistency and public perception.
- TOURÉ, Aboubacar, Le Régime juridique des investissements étrangers face aux risques politiques : Cas inspiré du Traité d’investissement entre le Mali et le Canada.
- TURCINA, Branislav, International law obligations of states authorising persons and entities to mine in outer space.
- WHITELAW, Scott, Advancing the right to education for First Nations children: Lessons in administrative dialogue from the South African constitutional experience.
- YAN, Chen, Regulation and case analysis of the ridesharing economy.
- ZOUEIN, Natasha, The lack of correlation between legality and safe abortion: the effect of abortion stigma, culture and religion on women’s decision-making.

UNIVERSITÉ D'OTTAWA

Thèses de doctorat

ALARIFE, Majed, A New Institutional Economic Analysis of Migration Law: Can Reform of the Kafala System Increase Foreign Direct Investment in Saudi Arabia?

ARCHIBALD, Thomas, Improving Patient Safety Through Nurse Collective Bargaining.

BIABANIMILANI, Omid, Gallows Erected in the Bedroom: A critical Analysis of Violence in the Case of Capital Punishment.

DELEBAYO AKINKUGBE, Olabisi, Revisiting the Economic Community of West African States: A Socio-Legal Analysis.

GENEST, Alexandre, Performance Requirement Prohibitions in International Investment Law.

GOMEZ WICHTENDAHL, Carla Cecilia, Biodiversity Offsets in a Public Lands Context: A Romantic Concept or a Practical Tool to Balance Economic Development and Biodiversity Conservation Goals?

MADINIER, Anne-Lise, L'État-nation face à la revendication autochtone : essai sur les institutions juridiques kanakes en Nouvelle-Calédonie.

PORRAS SANTANILLA, Laura Cecilia, "Viviendo del Rebusque:" A Study of How Law Affects Street Rebuscadores in Bogotá.

Thèses de maîtrise

AHO, Aliso, Criminal Justice in Northern and Remote Communities: Redressing the Substantive Inadequacies in Achieving Long-Term Justice for Indigenous Youth.

LINCOLN, Clifford, Sustainable Indigenous Land Managements in Canada: A Model Inspired by Lessons from Barriere Lake and Haida Gwaii.

NADEAU, Rachel, Les pouvoirs des municipalités au regard de l'interprétation du partage des compétences : un obstacle à la gouvernance environnementale ?

SARAMB, Lalloux Aurelle, Les mécanismes de lutte contre le terrorisme en Afrique de l'ouest : Quel impact ?

WALKE, Kimberley, Clearing the Brownfields: Offsetting the Risks to Sustainable Development of Contaminated Land.

Mémoires de maîtrise

AKINTOLA, Folashade, Refocusing the concept of corporate social responsibility in the Nigerian oil industry through environmental constitutionalism: Lessons from India.

ALBATATI, Rasha, Corporate Social Responsibility in Islamic Context.

ATONA, Stanley, Unconstitutionality of Uganda's Anti-sodomy Laws: The impact of continuous criminalization on the plight of sexual minorities in Uganda.

AULAKH, Tanveer Singh, The Relationship between Photography and Human Rights.

AUNEAU, Léna, Approche comparative des Systèmes de Préférences Généralisées européen et canadien.

BAPNA, Niharika, Plain Language Drafting: A Study of the Laws of India (2009-2017).

BERCIER, Marie-Eve, La reconnaissance légale des projets parentaux ayant recours à la gestation pour autrui dans l'intérêt de l'enfant et de la dignité des femmes au Québec.

BISAN, Sunitha, Asserting Ecological rights through gender mainstreaming.

CARRETERO-CANNELLA, Manuel, The sun could be yours: International investment promotion in renewable energy after the overcast of the Spanish investment arbitral cases.

CHANG, Fu-Wei, The Possibility of Legalizing Transnational Commercialized Marriage under International Human Rights Law—with Special Reference to the Non-State Actor, Taiwan.

CHODECKA, Aleksandra, Zoning Regulations and Power Relations: The Case of Exclusionary Zoning.

CHRISTIAN, Isabella, Expropriation and Police Power Doctrine-Protection of Public Health and the Environment in the Context of International Investment Law.

- DESCHÊNES, Camille, Analyse historique, sociologique et comparée de l'étendue et des limites à la liberté testamentaire en droit successoral québécois depuis la colonisation jusqu'à aujourd'hui.
- EGESBORG, Charlotte, La responsabilité civile du notaire à l'égard de la gestion des fonds.
- FERDOUS, Syed Robayet, Minimum Wage Policy for Garment Manufacturing Workers in Bangladesh.
- FOGO, Heather, Use of Force to Defend Space Systems and the Role of Norms in Promoting Space Stability.
- FREEMAN, Sam, Facilitating Child Participation in Transitional Justice Processes to Maximise Accountability in the Aftermath of Conflict.
- GALLANT, Danielle, Crossing the climate litigation bridge when we get to it: Making a case for a section 7 charter claim against climate inaction in Canada.
- GALLDIN, Karin, Using the Master's Tools: An Inquiry into the Process of Feminist Lawyering Process of Feminist Lawyering.
- GORA, Michael, Transparency in Automated Decision-Making and Profiling Justifications, Limits, and New Directions for Canadian Privacy Policy.
- GRANT, Jessica, Le statut juridique des compagnies militaires privées lors de leur rôle de protection d'ONG humanitaires en droit international humanitaire.
- GUILLEMETTE, Audrey, Le gouvernement québécois : Changement climatique.
- KORAIEM, Amr, Incorporating the trips agreement in the definition of the fair and equitable treatment.
- KRYZHANIVSKA, Marie, Shaping the right to Mental Privacy in terms of Brain-Machine Interfaces.
- LAVIGNE, Amélie B., What's in a name – Defining the inherent or core jurisdiction of "section 96 courts" and their role regarding access to justice.

- LÉONARD-DUFOUR, Emmanuelle, La nécessité constitutionnelle de la représentation par avocats payés par l'État dans les procédures de confinement carcéral.
- LESPERANCE, Andrea, Implementing the Nagoya Protocol in a Manner that Promotes Indigenous Peoples' Rights: Lessons from Ethiopia to Canada.
- MAGINZI, Guy, Désignation de bénéficiaires aux régimes complémentaires de retraite : Cadre de validité et renseignements dus au participant.
- MAHAMUNI, Sharmila, Critical Survey of Institutional Frameworks for Future Generations through the Lens of Intergenerational Justice.
- MELCHIN, Gregory, Visions of Techno Utopia. Blockchain and the Thought of Marshall McLuhan.
- MORISSETTE, Véronique, La coordination étatique du pluralisme juridique comme outil de la décolonisation.
- MUJINYA, Bahati, Réflexion sur la réparation au profit des victimes des actes commis par les enfants-soldats en droit international.
- MUSAMBAYI, Natalie, The pursuit of land ownership rights accessibility and the challenge of stability in coastal Kenya.
- OYE-ADENIRAN, B Adekemi, Are Data Localization rules in Canada and the EU in compliance with fundamental WTO obligations?
- PAM, Davou Kim, Towards a Dispute Settlement Mechanism for the Continental Free Trade Area Agreement: Lessons from Africa's Regional Economic Communities.
- PARENT, Guillaume, Les obligations salariales et déontologiques des juristes salariés sont-elles conciliables ?
- POIENARU, Ana, Valuation Standards for Breach of the Fair Equitable Treatment, Under the NAFTA and the Energy Charter Treaty.
- ROUSSEAU, Camille, La gouvernance d'entreprise des organismes à but non lucratif.

SICOTTE, Roxane, Le système anglais de la détermination de la peine : un modèle à suivre pour contrer la disparité des peines et réduire les inégalités ?

SILUÉ, Kazan Abdel Aziz, Comparaison des systèmes de règlementation de la profession juridique au Canada et en Angleterre.

TOMCZAK, Tomasz, Problem of accessory security rights in the case of syndicated lending – a comparative study of Polish, Dutch and Ontario laws.

TUCZYNSKI, Nicole Jacqueline, The Future of Plea Bargaining at the International Criminal Court: Characteristics to Consider over Efficiency.

WEIKINNIS, Annika, Peace Through International Criminal Justice: Legal and Political Challenges of the International Criminal Court Exercising Jurisdiction over the Crime of Aggression.

ZHANG, Jingwen, Analysis of Regulation on Smart Homes in Canadian Context.

ZHANG, Kaiyin, The Risk of Using Fluid Trademarks in Canada.

ZHENG, Haohui, A Feminist Analysis of the Work-Motherhood Struggle and Early Childrearing in Urban China.

UNIVERSITÉ LAVAL

Thèses

BENSA, Clémence, Famille fonctionnelle et famille structurelle. Réflexion sur le travail prétorien d'adaptation de la notion juridique de famille aux réalités sociales à travers la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour suprême du Canada.

BOUCHARD, Kevin, Aux origines conceptuelles du constitutionnalisme de common law contemporain : l'influence de la conception classique de la common law sur la théorie juridique de Wilfrid Waluchow.

CHERROUK, Raihan, L'œuvre interprétative du Tribunal international du droit de la mer.

HEMLE DJOB SOTONG, Simon Pierre, L'indépendance judiciaire à l'épreuve de la grande corruption : illustration à travers la réception des instruments internationaux de lutte contre la corruption dans les systèmes judiciaires de Common Law et de Droit civil et selon les contextes sociaux Nord/Sud (Canada, France, Cameroun).

MICALEF, Romain, L'internationalisation du droit des contrats publics en France et au Canada.

MODOU, Kader Leonide, Fondements biologiques de l'obligation alimentaire de l'État en droit international.

OTASEVIC, Ivana, L'émergence d'une norme non écrite en matière de protection de la diversité culturelle en droit international.

Mémoires de maîtrise

ACHDJIAN, Christophe, Les citoyens multiples face à la déchéance de citoyenneté : une plus haute vulnérabilité que les citoyens uniques.

BRENAC, Marin, La souveraineté numérique sur les données personnelles – Étude du règlement européen n° 2016/679 sur la protection des données personnelles à l'aune du concept émergent de souveraineté numérique.

CANTWELL, Philip, L'action municipale en matière de développement économique – Droit québécois et comparé.

CARON, Sandy, Le régime juridique canadien applicable aux créations générées par intelligence artificielle.

CHAHKAR MIAN POSHTEH, Benjamin, L'étude du secret commercial et industriel : approche comparatiste en droit civil par l'exemple de sa relation avec la propriété intellectuelle (France et Québec).

DAUVERCHAIN, Mathieu, Le consentement dans le contexte du traitement de données personnelles sur les sites de réseautage social.

DESCHÊNES, Ariane, La réglementation des plateformes de diffusion numériques par le droit canadien : vers une meilleure protection de la diversité des expressions culturelles.

IZQUIERDO, Florian, Le droit d'auteur à l'épreuve de la liberté d'expression.

JOSEPH, Eloi, L'appréhension du territoire pénal par le Canada et la France.

LE THIEC, Solène, Le principe d'exclusivité en droit d'auteur ou la recherche d'un équilibre entre les intérêts de l'auteur et ceux de la société.

NOUZIÈRE, Romane, La conciliation entre la lutte contre le terrorisme et le respect des droits fondamentaux.

PEDENAUD, Florian, La bible, le synopsis et le format à la frontière entre idée et œuvre.

POISSANT, Noémi, L'intégration de l'adaptation aux changements climatiques au droit québécois : le cas des inondations.

SASSI, Kenza, Les personnes non-représentées par avocat devant les tribunaux judiciaires civils.

TOURNÉ, Adèle, La confiscation en droit pénal français et canadien.

WAGNER-LAPIERRE, Claudie-Émilie, Justice endormie ? La prescription des actions en indemnisation pour agression sexuelle.

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.

BÉLIVEAU, Olivier, Le rétributivisme et l'utilitarisme comme justification de la peine en droit canadien : débat vétuste ou assise fondamentale ?, **241-268**

BENSIMON, Philippe, La récidive : talon d'Achille en matière criminelle, **339-425**

BIRON, Julie et Nicolas VERMEYS, L'encadrement des robots-conseillers en droit canadien, **41-87**

BOISVERT, Anne-Marie et Pierre-André CÔTÉ, L'application dans le temps de mesures pénalisantes « destinées à protéger le public », **89-115**

CLOUTIER, Étienne, *Daniels v. Canada*: The Métis' Journey to the Supreme Court of Canada, **2-39**

DESCHAMPS, Michel, L'application de la *Loi sur la protection du consommateur* aux contrats de crédit, **603-636**

GINGRAS, Patrick et François SENÉCAL, *Benisty c. Kloda* : cinq enseignements de la Cour d'appel du Québec en droit des technologies de l'information, **273-294**

HELLY, Denise, Ahmed-Mahdi BENMOUSSA et Samuel BACHAND, À la recherche d'une définition pragmatique de la haine, **427-466**

KRATCHANOV, Denis C., Le secret professionnel de l'avocat et la protection des comptes d'honoraires : la présomption créée dans l'arrêt *Maranda* est-elle devenue théorique, **295-306**

MICHAUD, Nicolas, Le professionnel juridique au sein des organismes d'action communautaire québécois : portrait d'une pratique en émergence, **575-601**

MORIN-LÉVESQUE, Étienne, Un Sénat plus indépendant : la réforme Trudeau face au *Renvoi relatif à la réforme du Sénat*, **117-136**

PICHÉ, Catherine, Tout ce qu'on ne vous a jamais dit sur l'étape d'autorisation dans l'action collective, **525-573**

PYZIK, Sebastian L. et Charbel G. ABI-SAAD, L'arrêt *Lac d'Amiante* dix-sept ans plus tard : le traitement judiciaire de l'obligation implicite de confidentialité, **467-523**

RIOUX COLLIN, Josiane, Droit et littérature : la magie des mots. Le droit constitue-t-il une forme de littérature ?, **167-189**

SAINT-PIERRE HARVEY, Laurence, La timide évolution de la prestation compensatoire, **137-166**

SHEEHAN, Martin F., Nikolas BLANCHETTE et Nicolas-Karl PERRAULT, Le principe de l'acte clair existe-t-il toujours en droit civil des contrats ?, **195-240**

TCHOTOURIAN, Ivan, Féminisation des conseils d'administration au Canada : le temps de l'audace ?, **309-338**

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.

ACTION COLLECTIVE

Tout ce qu'on ne vous a jamais dit sur l'étape d'autorisation dans l'action collective, **525-573**

AVOCAT – STATISTIQUES

Le professionnel juridique au sein des organismes d'action communautaire québécois : portrait d'une pratique en émergence, **575-601**

AUTOCHTONE

Daniels v. Canada: The Métis' Journey to the Supreme Court of Canada, **1-39**

BANQUE

L'encadrement des robots-conseillers en droit canadien, **41-87**

CONFIDENTIALITÉ

L'arrêt *Lac d'Amiante* dix-sept ans plus tard : le traitement judiciaire de l'obligation implicite de confidentialité, **467-523**

CONSEIL D'ADMINISTRATION

Féminisation des conseils d'administration au Canada : le temps de l'audace ?, **309-338**

CONSOMMATEUR

L'application de la *Loi sur la protection du consommateur* aux contrats de crédit, **603-636**

CONTRAT DE CRÉDIT

L'application de la *Loi sur la protection du consommateur* aux contrats de crédit, **603-636**

COURTIER EN VALEURS MOBILIÈRES

L'encadrement des robots-conseillers en droit canadien, **41-87**

DISCOURS NARRATIF

Daniels v. Canada: The Métis' Journey to the Supreme Court of Canada, **1-39**

DOCUMENT TECHNOLOGIQUE

Benisty c. Kloda : cinq enseignements de la Cour d'appel du Québec en droit des technologies de l'information, **273-294**

DROIT ET LITTÉRATURE

Droit et littérature : la magie des mots. Le droit constitue-t-il une forme de littérature ?, **167-189**

DROIT PÉNAL

La récidive : talon d'Achille en matière criminelle, **339-425**

FÉMINISATION

Féminisation des conseils d'administration au Canada : le temps de l'audace ?, **309-338**

HAINE

À la recherche d'une définition pragmatique de la haine, **427-466**

HONORAIRES PROFESSIONNELS – AVOCAT

Le secret professionnel de l'avocat et la protection des comptes d'honoraires : la présomption créée dans l'arrêt *Maranda* est-elle devenue théorique, **295-306**

INSTITUTION FINANCIÈRE

L'encadrement des robots-conseillers en droit canadien, **41-87**

INTERPRÉTATION – CONTRAT

Le principe de l'acte clair existe-t-il toujours en droit civil des contrats ?, **195-240**

INTERPRÉTATION DES LOIS

L'application dans le temps de mesures pénalisantes « destinées à protéger le public », **89-115**

INTERPRÉTATION DES LOIS – CADRE JURIDIQUE DES TECHNOLOGIES DE L'INFORMATION

Benisty c. Kloda : cinq enseignements de la Cour d'appel du Québec en droit des technologies de l'information, **273-294**

INTERROGATOIRE PRÉALABLE

L'arrêt *Lac d'Amiante* dix-sept ans plus tard : le traitement judiciaire de l'obligation implicite de confidentialité, **467-523**

LÉGISLATION – RÉTROACTIVITÉ

L'application dans le temps de mesures pénalisantes « destinées à protéger le public », **89-115**

LITTÉRATURE

Droit et littérature : la magie des mots. Le droit constitue-t-il une forme de littérature ?, **167-189**

ORGANISME COMMUNAUTAIRE

Le professionnel juridique au sein des organismes d'action communautaire québécois : portrait d'une pratique en émergence, **575-601**

PEINE

La récidive : talon d'Achille en matière criminelle, **339-425**

Le rétributivisme et l'utilitarisme comme justification de la peine en droit canadien : débat vétuste ou assise fondamentale ?, **241-268**

PRESTATION COMPENSATOIRE

La timide évolution de la prestation compensatoire, **137-166**

PREUVE

L'arrêt *Lac d'Amiante* dix-sept ans plus tard : le traitement judiciaire de l'obligation implicite de confidentialité, **467-523**

PROFESSIONNEL – SANCTION

L'application dans le temps de mesures pénalisantes « destinées à protéger le public », **89-115**

PROPAGANDE HAINEUSE

À la recherche d'une définition pragmatique de la haine, **427-466**

PROTECTION DU PUBLIC

L'application dans le temps de mesures pénalisantes « destinées à protéger le public », **89-115**

RÉCIDIVE

La récidive : talon d'Achille en matière criminelle, **339-425**

RÉDACTION JURIDIQUE

Daniels v. Canada: The Métis' Journey to the Supreme Court of Canada, **1-39**

REVENU – AVOCAT

Le professionnel juridique au sein des organismes d'action communautaire québécois : portrait d'une pratique en émergence, **575-601**

SECRET PROFESSIONNEL – AVOCAT

Le secret professionnel de l'avocat et la protection des comptes d'honoraires : la présomption créée dans l'arrêt *Maranda* est-elle devenue théorique, **295-306**

SÉMANTIQUE (DROIT)

Daniels v. Canada: The Métis' Journey to the Supreme Court of Canada, **1-39**

SÉNAT – REFORME

Un Sénat plus indépendant : la réforme Trudeau face au Renvoi relatif à la réforme du Sénat, **117-136**

SENTENCE

La récidive : talon d'Achille en matière criminelle, **339-425**

STATISTIQUE JURIDIQUE

La récidive : talon d'Achille en matière criminelle, **339-425**

Tout ce qu'on ne vous a jamais dit sur l'étape d'autorisation dans l'action collective, **525-573**

TECHNOLOGIE DE L'INFORMATION

Benisty c. Kloda : cinq enseignements de la Cour d'appel du Québec en droit des technologies de l'information, **273-294**

TRANSACTION ÉLECTRONIQUE

L'encadrement des robots-conseillers en droit canadien, **41-87**

UNION DE FAIT

La timide évolution de la prestation compensatoire, **137-166**

VALEURS MOBILIÈRES

L'encadrement des robots-conseillers en droit canadien, **41-87**

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*.

2858-0702 Québec inc., Lac d'Amiante du Québec ltée c., 2001 CSC 51, [2001] 2 R.C.S. 743, **467-523**

Alberta Securities Commission, Brosseau c., 1989 CSC 121, [1989] 1 R.C.S. 301, **89-115**

Andrews, R. c., [1990] 3 R.C.S. 870, **427-466**

Brosseau c. Alberta Securities Commission, 1989 CSC 121, [1989] 1 R.C.S. 301, **89-115**

Canada (Affaires indiennes et du Nord canadien), Daniels c., 2016 CSC 12, [2016] 1 RCS 99, **1-39**

Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor, [1990] 3 R.C.S. 892, **427-466**

Canada (Procureur général), Manitoba Metis Federation Inc. c., 2013 CSC 14, [2013] 1 R.C.S. 623, **1-39**

Canada (Sécurité publique et Protection civile), Tran c., 2017 CSC 50, [2017] 2 R.C.S. 289, **89-115**

Commission scolaire des Patriotes, Kalogerakis c., 2017 QCCA 1253, **295-306**

Daniels c. Canada (Affaires indiennes et du Nord canadien), 2016 CSC 12, [2016] 1 RCS 99, **1-39**

Doucette, Juman c., 2008 CSC 8, [2008] 1 R.C.S. 157, **467-523**

Juman c. Doucette, 2008 CSC 8, [2008] 1 R.C.S. 157, **467-523**

Kalogerakis c. Commission scolaire des Patriotes, 2017 QCCA 1253, **295-306**

Keegstra, R. c., [1990] 3 R.C.S. 697, **427-466**

Lac d'Amiante du Québec ltée c. 2858-0702 Québec inc., 2001 CSC 51, [2001] 2 R.C.S. 743, **467-523**

Manitoba Metis Federation Inc. c. Canada (Procureur général), 2013 CSC 14, [2013] 1 R.C.S. 623, **1-39**

Maranda c. Richer, 2003 CSC 67, [2003] 3 R.C.S. 193, **295-306**

Powley, R. c., 2003 CSC 43, [2003] 2 R.C.S. 207, **1-39**

R. c. Andrews, [1990] 3 R.C.S. 870, **427-466**

R. c. Keegstra, [1990] 3 R.C.S. 697, **427-466**

R. c. Powley, 2003 CSC 43, [2003] 2 R.C.S. 207, **1-39**

R. c. Zundel, [1992] 2 R.C.S. 731, **427-466**

Renvoi relatif à la réforme du Sénat, 2014 CSC 32, [2014] 1 R.C.S. 704, **117-136**

Richer, Maranda c., 2003 CSC 67, [2003] 3 R.C.S. 193, **295-306**

Taylor, Canada (Commission des droits de la personne) c. [1990] 3 R.C.S. 892, **427-466**

Tran c. Canada (Sécurité publique et Protection civile), 2017 CSC 50, [2017] 2 R.C.S. 289, **89-115**

Zundel, R. c., [1992] 2 R.C.S. 731, **427-466**

Barreau
du Québec



445, boulevard St-Laurent
Montréal (Québec) H2Y 3T8

514 954-3400 1 800 361-8495

www.barreau.qc.ca