



Revue 2018 Printemps 2018 - Tome 77

Daniels v. Canada: The Métis' Journey to the Supreme Court of Canada

Étienne CLOUTIER

L'encadrement des robots-conseillers en droit canadien

Julie BIRON et Nicolas VERMEYS

L'application dans le temps de mesures pénalisantes « destinées à protéger le public »

Anne-Marie BOISVERT et Pierre-André CÔTÉ

Un Sénat plus indépendant : la réforme Trudeau face au *Renvoi relatif à la réforme du Sénat*

Étienne MORIN-LÉVESQUE

La timide évolution de la prestation compensatoire

Laurence SAINT-PIERRE HARVEY

Droit et littérature : La magie des mots Le droit constitue-t-il une forme de littérature ?

Josiane RIOUX COLLIN

Le principe de l'acte clair existe-t-il toujours en droit civil des contrats ?

Martin F. SHEEHAN Ad. E, Nikolas BLANCHETTE et
Nicolas-Karl PERRAULT

Le rétributivisme et l'utilitarisme comme justification de la peine en droit canadien : débat vétuste ou assise fondamentale ?

Olivier BÉLIVEAU

Benisty c. Kloda : cinq enseignements de la Cour d'appel du Québec en droit des technologies de l'information

Patrick GINGRAS et François SENÉCAL

CHRONIQUE – Droit professionnel. Le secret professionnel de l'avocat et la protection des comptes d'honoraires: la présomption créée dans l'arrêt *Maranda* est-elle devenue théorique ?

Denis C. KRATCHANOV

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 Élise M. Charpentier (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, 2018

Bibliothèque et Archives Canada, 2018



Revue 2018
Printemps 2018 – Tome 77

Daniels v. Canada: The Métis' Journey to the Supreme Court of Canada

Étienne CLOUTIER 1

L'encadrement des robots-conseillers en droit canadien

Julie BIRON et Nicolas VERMEYS 41

L'application dans le temps de mesures pénalisantes
« destinées à protéger le public »

Anne-Marie BOISVERT et Pierre-André CÔTÉ 89

Un Sénat plus indépendant : la réforme Trudeau face
au *Renvoi relatif à la réforme du Sénat*

Étienne MORIN-LÉVESQUE 117

La timide évolution de la prestation compensatoire

Laurence SAINT-PIERRE HARVEY 137

Droit et littérature : La magie des mots Le droit
constitue-t-il une forme de littérature ?

Josiane RIOUX COLLIN 167

Le principe de l'acte clair existe-t-il toujours en droit civil
des contrats ?

Martin F. SHEEHAN Ad. E., Nikolas BLANCHETTE
et Nicolas-Karl PERRAULT 195

Le rétributivisme et l'utilitarisme comme justification de la
peine en droit canadien : débat vétuste ou assise
fondamentale ?

Olivier BÉLIVEAU 241

Benisty c. Kloda : cinq enseignements de la Cour d'appel du
Québec en droit des technologies de l'information

Patrick GINGRAS et François SENÉCAL 273

CHRONIQUE

Droit professionnel. Le secret professionnel de l'avocat
et la protection des comptes d'honoraires: la présomption
créée dans l'arrêt *Maranda* est-elle devenue théorique ?

Denis C. KRATCHANOV 295

***Daniels v. Canada*: The Métis' Journey to the Supreme Court of Canada**

M^e Étienne CLOUTIER

Abstract

The law has stories. Stories about disputes, plaintiffs and defendants, but also about the law itself, about statutes, precedents and constitutional provisions. Knowing that these stories shape our perception, we would be wise, as lawyers, to pay attention to them. In keeping with this need for “narrative awareness”, this essay seeks to uncover the stories at play in the Supreme Court’s decision in *Daniels v. Canada*. Part 1 situates the essay within the field of ‘narrative scholarship’. It also provides an overview of cognitive research on how narratives impact our perception and of principles of narrative theory that are useful for legal analysis. Part 2 sets the background for the case study of *Daniels* by reviewing the decisions of *Powley* and *Manitoba Metis Federation*. Part 3 explores facts filed before the Court by interveners Gift Lake Metis Settlement’s and Métis National Council in *Daniels*, with a view to identify the narrative paths that they have, or should have, taken. It is followed by a discussion of how the case was decided and of the role that the parties’ narrative choices might have played in determining the outcome.

Résumé

Le droit a ses histoires. Des histoires de litiges, de plaignants et de défendeurs, mais aussi des histoires sur le droit même, sur les lois, les précédents et les dispositions constitutionnelles. Comme ces histoires influencent notre perception du droit, nous serions avisés, en tant qu’avocats, de leur prêter attention. En accord avec ce besoin de « sensibilisation narrative », le présent texte vise à

mettre en relief les histoires à l'œuvre dans la décision *Daniels c. Canada* de la Cour suprême. La première section situe le texte dans le courant de l'*approche narrative*. Elle offre également un survol de la recherche cognitive portant sur l'impact des narratifs sur notre perception, et de certains principes de théorie narrative pouvant servir à l'analyse juridique. La deuxième section passe en revue, comme toile de fond pour notre analyse de cas de *Daniels*, les décisions *R c. Powley* et *Manitoba Metis Federation*. L'ultime section de ce texte explore les mémoires présentés à la Cour suprême par les intervenants Gift Lake Metis Settlement et Métis National Council dans *Daniels*, et cherche à identifier tant les avenues narratives empruntées, que celles qui auraient gagné à l'être. Cette discussion est suivie d'une réflexion sur la décision de la Cour suprême, et sur l'impact qu'ont pu avoir les choix narratifs des parties sur le résultat.

**Daniels v. Canada: The Métis’
Journey to the Supreme Court
of Canada**

M^e Étienne CLOUTIER*

INTRODUCTION 5

1. A BEGINNER’S GUIDE TO NARRATIVE
SCHOLARSHIP 6

1.1 ‘Turn to Narrative’: Understanding the Field 7

1.2 How We Think About the Law: What Cognitive
Research Can Tell Us 8

1.3 What Makes A Story: Narrative Theory 101 9

1.3.1 Setting 10

1.3.2 Conflict. 10

1.3.3 Characters 11

1.3.4 Theme 12

1.3.5 Plot 12

2. REWINDING THE MÉTIS SAGA: *POWLEY* AND
MANITOBA METIS FEDERATION 15

2.1 *R. v. Powley*: Defining “Métis” in s. 35(2). 18

2.2 *Manitoba Metis Federation v. Canada*: Taking the
Honour of the Crown Seriously. 19

* LL.B. (Montréal), LL.M. (Toronto). The author is a member of the Quebec Bar since 2015.

3.	WHOSE AUTHORITY IS IT ANYWAY? A NARRATIVE TAKE ON <i>DANIELS v. CANADA</i>	22
3.1	<i>Daniels v. Canada</i> : A Background	22
3.2	<i>Narrative Paths Taken</i>	23
3.2.1	Overview of Section and Methodological Concerns	23
3.2.2	Uncovering the Stories in Gift Lake and MNC's Facta	25
3.3	The Story the Supreme Court of Canada Ultimately Told	33
	CONCLUSION	39

INTRODUCTION

“As the curtain opens wider and wider on the history of Canada’s relationship with its Indigenous peoples, inequities are increasingly revealed and remedies urgently sought. Many revelations have resulted in good faith policy and legislative responses, but the list of disadvantages remains robust. This case represents another chapter in the pursuit of reconciliation and redress in that relationship.”

These few lines, found at the outset of Justice Abella’s unanimous opinion in *Daniels v. Canada*¹, perfectly capture the story that modern Canadian jurisprudence tells about Aboriginal law. It is a story of colonialism, displacement, forced assimilation, and broken promises. It is also, in the past few years, a story of the ongoing march towards reconciliation and redress.

Aboriginal law, as other areas of law, has stories.² Stories about facts, about plaintiffs and defendants, but also stories about the law itself, about statutes, precedents and constitutional provisions. While these stories take many shapes, a keen eye easily notices the recurrences. Stories of birth, death, betrayal, and journey³, to name just a few, are all part of the cultural frameworks that

1. [2016] 1 SCR 99, 2016 SCC 12.

2. On a related note, indigenous legal traditions – that is the laws *of* indigenous peoples, rather than *about* them – are also full of stories. See, for e.g., John Borrows, “Heroes, Tricksters, Monsters, and Caretakers: Indigenous Law and Legal Education”, (2016) 61 McGill L. J. 795, where the author argues that the teaching of Indigenous peoples’ law should be done in culturally appropriate ways “that open rather than confine fields of inquiry”. He also asserts that these legal traditions should, when taught, be organized in accordance with Indigenous frameworks”, such as the Anishinaabe narratives of Heroes, Tricksters, Monsters, and Caretakers. See also, on the importance of stories as tools for thinking and teaching within some Indigenous societies, Hadley Friedland and Val Napoleon, “Gathering the Threads: Developing a Methodology for Researching and Rebuilding Indigenous Legal Traditions”, (2015-2016) 1:1 Lakehead Law Journal 16, p. 22; Louis Bird, *Telling Our Stories: Omushkego Legends & Histories From Hudson Bay*, (Toronto: University of Toronto, 2005); Louis Bird, *The Spirit Lives in the Mind: Omushkego Stories, Lives, and Dreams*, (Montreal: McGill-Queens, 2007).

3. Linda Edwards, “Once upon a Time in Law: Myth, Metaphor, and Authority”, (2010) 77 Tenn. L. Rev. 883, p. 884.

help us make sense of the world. Beneath the surface of our consciousness, these stories provide frames of reference to interpret unfamiliar information⁴ and carry with them values and beliefs.⁵ Knowing that these stories shape our perception and reasoning, we would be wise, as lawyers, to pay attention to them. This would allow us not only to recognize narrative in action in judgments, but also to construct persuasive legal arguments.

This essay seeks, in keeping with the push towards narrative awareness, to uncover the role of stories in the Supreme Court of Canada's decision in *Daniels v. Canada*.⁶ The first part of the paper will situate it within the field of 'narrative scholarship' and provide an overview of cognitive research on how narratives impact our perception, and of basic principles of narrative theory that will be useful for our analysis. The second part will set the background for our case study by reviewing the Court's decisions in *Powley*⁷ and *Manitoba Metis Federation*.⁸ The last part will explore facts filed before the Court by interveners Gift Lake Metis Settlement's ("Gift Lake") and Métis National Council ("MNC") in *Daniels v. Canada*, with a view to identify the narrative paths they have taken, and the ones they should have. It will, finally, discuss how the Court decided the case and the role that the narrative choices of the parties might have played.

1. A BEGINNER'S GUIDE TO NARRATIVE SCHOLARSHIP

This section situates our contribution within the field of narrative scholarship, and offers an overview of both the cognitive research on the topic and of basic concepts of literary theory.

4. Jennifer Sheppard, "Once Upon a Time, Happily Ever After, and in a Galaxy Far, Far Away: Using Narrative to Fill the Cognitive Gap Left by Overreliance on Pure Logic in Appellate Briefs and Motion Memoranda", (2009) 46 Willamette L. Rev. 255, p. 257.

5. Linda Berger, "The Lady, or the Tiger – A Field Guide to Metaphor and Narrative", (2011) 50 Washburn L.J. 275, p. 278.

6. [2016] 1 SCR 99, 2016 SCC 12.

7. *R. v. Powley*, [2003] 2 SCR 207, 2003 SCC 43.

8. *Manitoba Metis Federation Inc. v. Canada (Attorney General)*, [2013] 1 SCR 623, 2013 SCC 14.

1.1 ‘Turn to Narrative’: Understanding the Field

In the past thirty years, a number of scholars, mainly in the United States, have taken a ‘turn to narrative’⁹ in law. These scholars have, in their own particular ways, endeavored to look at law “not as rules and policies but as stories”.¹⁰ They have sought to become more self-conscious of how cultural myths shape the development of the law, how narrative impacts our perception and how stories can be powerful tools of persuasion. While it is not the aim of this text to map out this extensive literature, situating it within the field is a good starting point.

In *Speaking of Stories and Law*, Linda Edwards identifies the three main trends in the field of narrative scholarship.¹¹ The first of these trends studies the jurisprudential, or “foundational”, role of narratives in law.¹² By way of example, some of this work is concerned with the cultural narratives that produce the law, while other draws on cognitive research to study the law’s narrative preconstructions.¹³ The second trend focusses on the role of narrative in legal discourse¹⁴ – that is the “express reasoning that judges use to explain their decisions”.¹⁵ As for the third, it is rather interested in narrative’s role in the lawyering task of persuasion.¹⁶

This contribution belongs, in part, in the first trend, as it draws on cognitive research to explain the persuasive power of narrative and claims that the ‘reconciliation’ story drives modern Aboriginal case law in Canada. It can also be associated with the third trend, for it argues that the narratives strategies chosen by lawyers can help us understand the outcomes of cases. With this broad idea of where the present paper belongs in the field, let us

9. This expression, which is itself an image, is borrowed from Paul Gewirtz’s “Narrative and Rhetoric in the Law”, in Peter Brooks and Paul Gewirtz (eds.), *Law’s Stories: Narrative and Rhetoric in the Law* (New Haven, CT: Yale University Press, 1996), p. 13.

10. *Id.*, p. 2.

11. Linda Edwards, “Speaking of Stories and Law”, (2016) 13 Leg. Comm. & Rhetoric: JALWD 156.

12. *Id.*, p. 159.

13. Steven Winter, *A Clearing in the Forest: Law, Life, and Mind* (Chicago; London: University of Chicago Press, 2001).

14. *Id.*

15. *Id.*

16. *Id.*

now turn briefly to the recent cognitive research with regard to how narrative impacts our cognition.

1.2 How We Think About the Law: What Cognitive Research Can Tell Us

In order to appreciate the possible uses of narrative in law, one must first understand the source of its power, by looking at the processes at work in our mind when we are told a story. In keeping with this, this section provides a brief review of the cognitive research on the topic.

Most of our thinking is, according to research, unconscious.¹⁷ Likewise, it is said that much of our knowledge is implicit.¹⁸ It is precisely for this reason that tacit knowledge has a “powerful pull”; because what we tacitly know stays “unexamined and thus goes uncontested”.¹⁹ It is by placing our new experiences into schemas – categories and cognitive frames that derive from our prior experience and knowledge – that we make sense of them.²⁰ It is through these interpretive frameworks that we are able to interpret new situations, and “construct meaning and reality”.²¹ When faced with new information, schemas allow us to “fill in the gaps”²² and to “draw inferences about what has happened in the past and about what is likely to happen in the future.”²³ They do this by drawing from our implicit knowledge about the world.

Narratives are complex cognitive models, composed of multiple schemas operating in unison²⁴, that create the “context in which ideas or events will be interpreted”.²⁵ This is why, for instance, new ideas are better understood when expressed in terms of stories

17. Linda Berger, “Embedded Knowledge Structures Affect Judicial Decision Making: A Rhetorical Analysis of Metaphor, Narrative, and Imagination in Child Custody Disputes”, (2008-09) 18 So. Cal. Interdisc. L.J. 259.

18. *Id.*, p. 263.

19. *Id.*

20. *Id.*

21. J. Sheppard, *supra* note 4, p. 259.

22. *Id.*

23. Clive Baldwin, “Who Needs Facts When You’ve Got Narrative? The Case of *P, C & S v. United Kingdom*”, (2005) 18 Int’l J. Semiotics L. 217, p. 236.

24. J. Sheppard, *supra* note 4, p. 260.

25. L. Edwards, *supra* note 3, p. 890.

than abstract principles.²⁶ When narratives are embedded in culture, we refer to them as myths, or archetypes. These myths “help construct social and cultural norms”, not only “by shaping them directly”, but also “by supporting particular ways of interpreting experiences.”²⁷ They shape our perception of events, and do so often without us knowing. Because of this, their effects are hard to overcome. As narratives help us reason about abstract ideas and concept, an activity which is a great part of our work as lawyers, a better understanding of how they function is thus warranted.

1.3 What Makes A Story: Narrative Theory 101

Having situated this paper within the field of ‘narrative scholarship’ and reviewed the cognitive research on the matter, let us now turn to some basic concepts of narrative theory. The idea behind this section is that if we are to study the stories of law, there is a need for us to know the tools and understand the vocabulary to do so. The following paragraphs will thus be devoted to the definition of what is a ‘story’, and of what are its basic building blocks.

There is much discussion, in narrative theory, about how to define a ‘story’.²⁸ These debates, as interesting as they may be, lie outside the scope of this paper. For our purposes, the definition initially offered by Kendall Haven, which many others in ‘narrative scholarship’ have since relied upon, should suffice. According to him, a story is a “character-based and descriptive telling of a character’s efforts, over time, to overcome obstacles and achieve

26. J. Sheppard, *supra* note 4, p. 261.

27. L. Berger, *supra* note 5, p. 281.

28. Brian Foley and Ruth Anne Robbins, “Fiction 101: A Primer for Lawyers on How to Use Fiction Writing Techniques to Write Persuasive Fact Sections”, (2001) 32 Rutgers L.J. 459, p. 466. Foley and Robbins give examples of how ‘story’ has been defined. One was that a story “focuses on a central character, the protagonist, who is faced with a dilemma; the dilemma develops into a crisis; the crisis builds through a series of complications to a climax; in the climax, the crisis is solved.” A second one rather defined it as “somebody wanting something, facing obstacles, not getting it, trying to get it, trying to overcome obstacles, and finally getting or not getting what he wanted.” On his part, Stephen Paskey defines the story as a “set of logically and chronologically related events caused or experienced by characters (or entities)”, in his paper titled “The Law is Made of Stories; Erasing the False Dichotomy Between Stories and Legal Rules”, (2014) Leg. Comm. & Rhetoric: JAWLD 51.

a goal.”²⁹ In other words, it is the “account of a character running into conflict, and the conflict’s being resolved.”³⁰

This definition can be broken down into its essential parts: character, conflict, and plot. These parts, to which setting and theme can be added, are some of the basic elements of stories. They will thus be considered in the following section. As for style, voice, and point of view, other elements of fiction-writing, they are largely determined by legal writing conventions.³¹

1.3.1 Setting

The ‘setting’, in fiction writing, refers to where and when the story takes place.³² Both the time and space of the story must be explained to the reader with sufficient detail so that the action could be visualized and understood in the right context.³³ The same is true in legal writing.

1.3.2 Conflict

In fiction writing, the “conflict” is what drives the story, what fuels the readers’ interest.³⁴ The readers want to know how it started, why it exists.³⁵ The readers also want to know how it will be resolved, so they “can return to a satisfying state of tranquility by the end of the story.”³⁶

Conflicts are also an important part of legal writing. Conflicts in law can usually be put in two categories: factual conflict, the dispute causing the parties “to bring the case to the attention of the court”, and legal conflict, the legal issue arising from the facts of the dispute.³⁷ It is not hard, for lawyers, to find a conflict.

29. This iteration of Haven’s definition comes from Ruth Anne Robbins, Steve Johansen and Ken Chestek, *Your Client’s Story: Persuasive Legal Writing* (Aspen Publishers, 2012). It is also cited in Ken Chestek, “Competing Stories: A Case Study of the Role of Narrative Reasoning in Judicial Decisions”, (2012) 9 Leg. Comm. & Rhetoric: JALWD 99, p. 102.

30. B. Foley and R.A. Robbins, *supra* note 28, p. 466.

31. J. Sheppard, *supra* note 4, p. 269.

32. Kenneth Chestek, “The Plot Thickens: The Appellate Brief as Story”, (2008) 14 Leg. Writing 127, p. 139.

33. *Id.*; J. Sheppard, *supra* note 4, p. 278.

34. *Id.*; J. Sheppard, *supra* note 4, p. 270.

35. *Id.*, p. 141; J. Sheppard, *supra* note 4, p. 270.

36. *Id.*; J. Sheppard, *supra* note 4, p. 270.

37. *Id.*

It is usually the case that “each lawsuit comes with a ready-made conflict.”³⁸ The conflict is the reason why parties are before the court. This, however, is only the starting point of the lawyer’s task. Defining that conflict is what really matters, for it affects “how a reader will want the conflict resolved”, and in favour of whom.³⁹

1.3.3 Characters

Conflict involves characters, each one playing a different part. There are obviously main characters, or ‘protagonists’. There are opposing characters, villains and nemesis. There are also “minor, less-developed characters who help these [protagonists] in some way.”⁴⁰ By describing them differently, the author “creates sympathies for protagonists and against antagonists.”⁴¹

All these characters have needs and goals, which will be conveyed more or less clearly depending on their place in the story.⁴² The main character’s goal, which should be clearly set out, is what lies on the other side of the conflict. Conflict is thus “what brings out character”.⁴³ We understand characters by how they respond to trouble, to resistance.⁴⁴ It is how they deal with adversity, and whether they will ultimately prevail or not, that keeps readers interested.⁴⁵

Readers must like the protagonist and agree with, or at least understand, his or her goal.⁴⁶ The more readers do, the more they will root for the protagonist.⁴⁷ For lawyers, this might mean to cast their clients in archetypal hero roles, as a “person who needs the court’s assistance”.⁴⁸ If the client is to be the “hero,” the court can thus easily be cast in the role of “mentor,” which Robbins describes

38. J. Sheppard, *supra* note 4, p. 270.

39. *Id.*; B. Foley and R.A. Robbins, *supra* note 28, p. 470.

40. B. Foley and R.A. Robbins, *supra* note 28, p. 468.

41. K. Chestek, *supra* note 32, p. 142; J. Sheppard, *supra* note 4, p. 275.

42. B. Foley and R.A. Robbins, *supra* note 28, p. 468.

43. *Id.*, p. 470.

44. *Id.*

45. *Id.*, p. 468.

46. *Id.*

47. *Id.*

48. K. Chestek, *supra* note 32, p. 142; Ruth Anne Robbins, “Harry Potter, Ruby Slip-pers and Merlin: Telling the Client’s Story Using the Characters and Paradigm of the Archetypal Hero’s Journey”, (2006) 29 Seattle U. L. Rev. 767, pp. 775-782.

as “a former hero who now serves as the sage advice-giver to the next hero.”⁴⁹

While the characters of the story will, in many cases, be played by the parties, they can also include institutions, abstract concepts, and reified ideas.⁵⁰ In this sense, a “constitutional principle, a line of cases, or even one important case holding” might be a character in the story.⁵¹ This could be used, for example, to shift the focus from the client to a fundamental right.⁵²

1.3.4 Theme

The theme, in literature, refers to what the story is about, its moral and lessons.⁵³ In legal writing, it refers to the “bottom line” of the dispute, the “theory of the case”.⁵⁴ It is, in other words, “the ultimate reason why the client should prevail.”⁵⁵ A good theme, in the context of a factum, should thus present the client favorably, be in line with the facts of the case, explain the unfavorable ones, and have a solid basis in the law.⁵⁶ It should, most of all, be believable.⁵⁷

1.3.5 Plot

The plot of a story is its structure.⁵⁸ It is the “glue that holds all of [its] elements together.”⁵⁹ It is “what happens and in what order”.⁶⁰ It is the “cause and effect”.⁶¹ For it to be persuasive, it must be strong enough to “carry the elements of character, conflict, and theme.”⁶² There are five recognized stages of plot development: (i)

49. R. Robbins, *supra* note 48, p. 782, cited in K. Chestek, *supra* note 32, p. 143.

50. L. Edwards, *supra* note 3, p. 890; J. Sheppard, *supra* note 4, pp. 275-276.

51. *Id.*, p. 905; J. Sheppard, *supra* note 4, pp. 275-276.

52. J. Sheppard, *supra* note 4, p. 276.

53. K. Chestek, *supra* note 32, p. 146; J. Sheppard, *supra* note 4, p. 273; L. Berger, *supra* note 17, p. 267.

54. *Id.*; *Id.*

55. Kristen Robbins-Tiscione, *Rhetoric for Legal Writers: The Theory and Practice of Analysis and Persuasion* 101 (2009), p. 180, cited in J. Sheppard, *supra* note 4, p. 273.

56. J. Sheppard, *supra* note 4, p. 274.

57. *Id.*

58. J. Sheppard, *supra* note 4, p. 280.

59. K. Chestek, *supra* note 32, p. 147.

60. J. Sheppard, *supra* note 4, p. 280.

61. *Id.*

62. K. Chestek, *supra* note 32, p. 147.

introduction, (ii) rising action, (iii) climax, (iv) falling action, and (v) resolution.⁶³ Let us now consider these stages in turn.

Introduction. The introduction, or exposition, serves to offer the background information necessary for the reader to understand the characters, the events, and the time and place of the story.⁶⁴ It “set[s] the stage”⁶⁵ in a way, by giving context – and a starting point – to the story. It is usually the case that the story will begin in what literary theorists refer to as a “steady state”.⁶⁶

Rising action. It is when all the pieces are set for the story to begin that the complicating event – the *trouble* – comes into play, and “upset[s] the status quo”.⁶⁷ These complicating events, which the rising action is comprised of, are what gives birth to the “conflict” of the story.⁶⁸

Climax. The “rising action” culminates to the climax of the story. This is when the protagonist is “at the height of peril”⁶⁹, and when the reader, growing anxious and impatient, hopes for a return to the *status quo*, “or at least an outcome... beneficial to the protagonist”.⁷⁰ This is also when the protagonist usually “accomplishes some great feat”⁷¹, one that will resolve the story’s main conflict. As such, the climax necessarily occurs close to the end of the story.⁷²

In legal writing, it is important that the climax not be resolved in the *factum*.⁷³ The story finds itself, at this stage, in a moment of great tension, one that triggers the audience’s desire to see it resolved.⁷⁴ This “gap” is what will urge the reader to act. At this

63. *Id.*; J. Sheppard, *supra* note 4, p. 281.

64. J. Sheppard, *supra* note 4, p. 281.

65. *Id.*; K. Chestek, *supra* note 32, p. 148.

66. *Id.*; *Id.*

67. *Id.*; J. Sheppard, *supra* note 4, p. 281.

68. *Id.*; *Id.*

69. K. Chestek, *supra* note 32, p. 149.

70. J. Sheppard, *supra* note 4, p. 282.

71. *Id.*

72. *Id.*; K. Chestek, *supra* note 32, p. 149.

73. L. Edwards, *supra* note 3, p. 898.

74. Peter Brooks, “Storytelling Without Fear? Confession in Law and Literature”, in Peter Brooks and Paul Gewirtz (eds.), *Law’s Stories: Narrative and Rhetoric in the Law* (New Haven, CT: Yale University Press, 1996), p. 117, cited in L. Edwards, *supra* note 2, pp. 894 and 898.

point, the idea for the lawyer is thus to show the way forward, and leave the court with a “narrative impetus to act”.⁷⁵

Falling action. In fiction, as the main conflict of the story is resolved by the climax, other “minor plot threads may remain unresolved”.⁷⁶ It is at the “falling action” stage that these are concluded and that the story is finally brought to a satisfying end, to a state of stasis.⁷⁷

Resolution. The resolution, or “denouement”, is the last stage of plot development. It is when all the “conflicts and tensions are resolved”⁷⁸ in a plausible and reasonable fashion, and when the story returns to the initial steady state, or to a “new, yet tranquil and satisfying, condition.”⁷⁹ It is also a time to look back on the theme of the story, and to make it explicit.⁸⁰

Having reviewed the basic elements of a plot, let us now turn briefly to look at some of the basic forms a plot can take, elemental structures to which “almost all stories conform”.⁸¹ These basic plots are known, in literary theory, as ‘master stories’. In more specific terms, a ‘master story’ is a “conventional story type, a story stripped of all but essential details”.⁸²

When these basic stories are embedded in culture, we refer to them as ‘myths’. “By the time we are old enough to think about law,” Edwards writes, “myths have become part of us, and they are ready to orchestrate our understanding of the world, including the world of law.”⁸³ Some likely plots in the legal context are stories of journeys, of births, of tragedy, of rescue and of rebellion. As stated above, this paper will focus on *journey / quest* and *birth* stories.

The *journey* story is a basic plot structure that essentially presents “a struggle toward a specific goal.”⁸⁴ The task of the pro-

75. L. Edwards, *supra* note 3, p. 898.

76. J. Sheppard, *supra* note 4, p. 282.

77. *Id.*; K. Chestek, *supra* note 32, p. 149.

78. J. Sheppard, *supra* note 4, p. 282.

79. K. Chestek, *supra* note 32, p. 150, cited in J. Sheppard, *supra* note 4, p. 282.

80. J. Sheppard, *supra* note 4, p. 282.

81. *Id.*

82. S. Paskey, *supra* note 28, p. 70.

83. L. Edwards, *supra* note 3, p. 890.

84. *Id.*, pp. 886-887.

tagonist, in this context, is to make the world right, to fix it.⁸⁵ The story thus follows the protagonist's struggle to achieve this "distant, all-important goal"⁸⁶, and the "many obstacles and forces that are attempting to prevent him or her" from doing so, and which he or she must overcome.⁸⁷ It is only because the goal "has become more precious and desirable to [the protagonist] than anything else in the world"⁸⁸ that he or she keeps marching towards it. This perseverance is only rewarded when the goal is achieved.⁸⁹ Examples of this plot can be found in Tolkien's *Lord of the Rings*, as well as in Homer's *Odyssey*, to name just a few.

The *birth story* is one of growth and development. It is a story that "calls for a change"⁹⁰ in the world, but that presents it as the normal "culmination of a natural and inevitable process" in which it "has been engaged for a long time."⁹¹ The outcome is merely a "path toward establishing an anticipated steady state", one that does not yet exist but which the narrator makes the reader expect.⁹² It thus deemphasizes the inconvenient current state of affairs, and makes it "disappear in the course of the narrative sweep from the distant past to a preordained future."⁹³

With these analytical tools in mind, it is time to turn our attention towards our case study.

2. REWINDING THE MÉTIS SAGA: POWLEY AND MANITOBA METIS FEDERATION

Before delving into the facts of the parties – and the resulting Supreme Court decision – in *Daniels v. Canada*, it is useful to first set the background. An overview of the relevant legal provisions, and of the case law, is thus in order. The case law review found in the present section will focus specifically on the *Powley*⁹⁴ and

85. *Id.*

86. Christopher Booker, *The Seven Basic Plots: Why We Tell Stories*, (London; New York: Bloomsbury, 2017), p. 83.

87. J. Sheppard, *supra* note 4, p. 286.

88. C. Booker, *supra* note 86, p. 71, cited in J. Sheppard, *supra* note 4, p. 286.

89. J. Sheppard, *supra* note 4, p. 286.

90. *Id.*, p. 908.

91. *Id.*, p. 909.

92. *Id.*

93. *Id.*

94. *R. v. Powley*, [2003] 2 SCR 207, 2003 SCC 43.

*Manitoba Metis Federation*⁹⁵ cases since, as Jason Madden and Karen Drake argued in a recent talk at the University of Toronto, these decisions offer, along with the one in *Daniels v. Canada*, a framework for reconciliation with the Métis.

The first step to understanding these cases, and their importance to our legal landscape, is to take a look at the main provisions relating to Aboriginal law in Canada. A good starting point for this review is section 91(24) of the *Constitution Act, 1867*, which states that:

91. [...] the exclusive Legislative Authority of the Parliament of Canada extends to all Matters coming within the Classes of Subjects next hereinafter enumerated [...]

[...]

24. Indians, and Lands reserved for the Indians.

[...]

The federal government thus has exclusive jurisdiction, pursuant to s. 91(24), to legislate over “Indians”. As will be discussed in greater detail in the following sections, the main issue in the *Daniels* case was whether this term – “Indians” – includes Métis and Non-status Indians.

One other important provision, s. 35 of the *Constitution Act, 1982*, provides that:

35. (1) The existing aboriginal and treaty rights of the aboriginal peoples of Canada are hereby recognized and affirmed.

(2) In this Act, “aboriginal peoples of Canada” includes the Indian, Inuit and Métis peoples of Canada.

[...]

95. *Manitoba Metis Federation Inc. v. Canada (Attorney General)*, [2013] 1 SCR 623, 2013 SCC 14.

The Constitution thus recognizes and affirms the existing Aboriginal and treaty rights of the “[A]boriginal peoples of Canada” (s. 35(1)) – that is, notably⁹⁶, “the Indian, Inuit and Métis peoples of Canada” (s. 35(2)). This provision was enacted almost a decade after the Supreme Court held, in *Calder v. British Columbia*⁹⁷, that Aboriginal land rights “survived European settlement and remain valid to the present unless extinguished by treaty or otherwise”.⁹⁸ In 1990, in *R. v. Sparrow*⁹⁹, the Court went on to say that not only does s. 35 constitutionally protect Aboriginal rights that had not been extinguished, but that it also imposes a fiduciary duty on the Crown in regard to those rights. It also ruled that an infringement of s. 35 was only valid if it passed a two-step justification analysis. These principles were detailed in *R. v. Van der Peet*¹⁰⁰, *Delgamuukw v. British Columbia*¹⁰¹ and, more recently, in *Haida Nation v. British Columbia*.¹⁰²

The terms in s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*, having been defined in these cases, the ones appearing in s. 35(2), notably “Métis”, still remained to be interpreted. No definition of these groups is provided in the text. This is significant, to the extent that being included within the scope of s. 35(2) opens the door to the protections provided for in both s. 35(1) and s. 25.¹⁰³

96. According to Jack Woodward, the use of the verb “includes”, in s. 35(2), “infers that there may be other peoples who could raise a reasonable claim that they ought to be considered ‘aboriginal’.” See Jack Woodward, *Native Law* (Toronto: Carswell, 1989-), para. 1§120.

97. [1973] SCR 313, 1973 CanLII 4 (SCC).

98. *Tsilhqot'in Nation v. British Columbia*, [2014] 2 SCR 257, 2014 SCC 44, para. 10.

99. [1990] 1 SCR 1075, 1990 CanLII 104 (SCC).

100. [1996] 2 SCR 507, 1996 CanLII 216 (SCC).

101. [1997] 3 SCR 1010, 1997 CanLII 302 (SCC).

102. [2004] 3 SCR 511, 2004 SCC 73 (CanLII). For a general discussion on Aboriginal rights and treaty rights, see Jean Leclair and Michel Morin, “Peuples autochtones et droit constitutionnel”, in *JurisClasseur Québec*, Droit constitutionnel, fasc. 15, Montréal, LexisNexis Canada.

103. Part of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, s. 25 provides that the “guarantee in this Charter of certain rights and freedoms shall not be construed so as to abrogate or derogate from any aboriginal, treaty or other rights or freedoms that pertain to the aboriginal peoples of Canada including... (a) any rights or freedoms that have been recognized by the Royal Proclamation of October 7, 1763; and... (b) any rights or freedoms that now exist by way of land claims agreements or may be so acquired.”; J. Woodward, *supra* note 96, para. 1§90.

2.1 *R. v. Powley*: Defining “Métis” in s. 35(2)

In 2003, in *R. v. Powley*¹⁰⁴, the Supreme Court of Canada set out to offer such a definition of the term “Métis”, as it is understood within s. 35(2). The facts of the case can be summarized as follows. In 1993, Steve and Roddy Powley, two members of a Métis community near Sault Ste. Marie, were charged with unlawfully hunting moose and knowingly possessing game hunted in contravention of provincial regulations. The Superior Court of Ontario found that “the members of the Métis community in and around Sault Ste. Marie” have, under s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*, “an aboriginal right to hunt for food that is infringed without justification by the Ontario hunting regulations.”¹⁰⁵ The Powleys, as members of said community, “were therefore acquitted of unlawfully hunting and possessing the bull moose.”¹⁰⁶

On appeal, both the Court of Appeal and the Supreme Court agreed with the Powleys and upheld the acquittals. In ruling on s. 35, the Supreme Court asserted that the term “Métis”:

... does not encompass all individuals with mixed Indian and European heritage; rather, it refers to distinctive peoples who, in addition to their mixed ancestry, developed their own customs, way of life, and recognizable group identity separate from their Indian or Inuit and European forebears. Métis communities evolved and flourished prior to the entrenchment of European control, when the influence of European settlers and political institutions became preeminent...¹⁰⁷

In other words, the Court held that the Métis “developed separate and distinct identities, not reducible to the mere fact of their mixed ancestry”¹⁰⁸, that they “share the common experience of having forged a new culture and a distinctive group identity from their Indian or Inuit and European roots.”¹⁰⁹ It nonetheless recognized a “diversity among groups of Métis”.¹¹⁰ The Court defined a Métis community as a “group of Métis with a distinctive collective

104. *R. v. Powley*, [2003] 2 SCR 207, 2003 SCC 43. [Powley]

105. *Id.*, para. 7.

106. *Id.*

107. *Id.*, para. 10.

108. *Id.*

109. *Id.*, para. 11.

110. *Id.*

identity, living together in the same geographic area and sharing a common way of life.”¹¹¹ Hence, for a s. 35 claim to be successful, the identification of “both a historic rights-bearing community, and a contemporary [one] with reasonable continuity of practices between the two” is required.¹¹²

The Court then moved on to verify that the Powleys did belong to an “identifiable Métis community with a sufficient degree of continuity and stability to support a site-specific aboriginal right.”¹¹³ To that end, the Court held that “self-identification, ancestral connection, and community acceptance”¹¹⁴ are factors which define Métis identity for the purpose of s. 35.¹¹⁵

With this decision, the Court provided the beginning of an answer to the question, left unanswered after the failure of both the First Ministers Conference on Aboriginal Constitutional Reform and the Charlottetown Accord¹¹⁶, of *who* are the “Métis” peoples within s. 35(2) of the *Constitution Act, 1982*. The question that remained was whether the inclusion in s. 35 would lead to meaningful negotiations with the Crown in pursuit of s. 35’s overarching goal, reconciliation.

2.2 *Manitoba Metis Federation v. Canada: Taking the Honour of the Crown Seriously*

Part of the answer to this question came a decade later, in *Manitoba Metis Federation Inc. v. Canada*.¹¹⁷ To understand what was at stake in this case, a brief historical background is in order. In 1868, only one year after Confederation, England ceded

111. *Id.*, para. 12.

112. J. Woodward, *supra* note 96, para. 1§190.

113. *Powley*, *supra* note 104, para. 12.

114. *Id.*, para. 30.

115. For a broader discussion of the *Powley* decision, see Catherine Bell and Clayton Leonard, “A New Era in Metis Constitutional Rights: The Importance of *Powley* and *Blais*”, (2004) 41 *Alta. L. Rev.* 1049; Andrea Horton and Christine Mohr, “*R. v. Powley*: Dodging *Van der Peet* to Recognize Metis Rights”, (2005) 30 *Queen’s L.J.* 772; Darren O Toole, “*Blais* et *Powley*: Les doctrines des droits aborigènes des Métis sous la loupe”, (2009) 41 *Ottawa L. Rev.*

116. Paul L.A.H. Chartrand, “The Hard Case of Defining ‘The Métis People’ and their Rights: A Comment on *R. v. Powley*”, (2003) 12:3 *Constitutional Forum* 84.

117. [2013] 1 SCR 623, 2013 SCC 14. [MMF]

to Canada the land known as Rupert's Land¹¹⁸, a vast territory that included what has since become Manitoba.¹¹⁹ This purchase was part of a policy, put forward by Prime Minister John A. MacDonald, that sought to bring "the western territories within the boundaries of Canada, and opening them up to settlement."¹²⁰ In doing so, Canada, as successor to the Hudson's Bay Company, also became the titular owner of the Red River Settlement¹²¹, where Métis lived.¹²² Alarmed by this threat to their traditional way of life, the Métis, led in this by Louis Riel, met the first surveyors with armed resistance.¹²³ Negotiations ensued and eventually lead to a deal, the *Manitoba Act*.¹²⁴ In exchange for allowing Canada to "retain ownership of public lands in the new province", this *Act* provided Métis children with a grant of 1.4 million acres of land and recognition of existing landholdings.¹²⁵

While the implementation of this promise began in early 1871, a "series of errors and delays interfered" with dividing the land among the eligible recipients.¹²⁶ Two allotments were abandoned as a result of these problems, and the last one was not completed until 1880.¹²⁷ It is with this history in mind that the Manitoba Metis Federation sought, in 1981, a declaration to the effect that, in implementing the *Act*, the Crown breached its fiduciary obligations towards the Métis, and that it failed to implement it in a manner consistent with the honour of the Crown.¹²⁸

Hearing the case in first instance, the Court of Queen's Bench of Manitoba found that, while "government error and inaction led to lengthy delay", the declaration sought could not be granted, for "the Manitoba Act gave rise to neither a fiduciary duty nor a duty based on the honour of the Crown."¹²⁹ The Manitoba Court of Appeal dismissed the appeal of this judgment.

118. *Id.*, para. 24.

119. Sacha R. Paul, "A Comment on *Manitoba Metis Federation Inc v. Canada*", (2013) 37 Man. L.J. 323.

120. *MMF*, *supra* note 117, para. 1.

121. *Id.*, para. 25.

122. S.R. Paul, *supra* note 119, p. 323.

123. *MMF*, *supra* note 117, paras. 25-26.

124. *Id.*, para. 30.

125. *Id.*

126. *Id.*, para. 32.

127. *Id.*, para. 36.

128. *Id.*, para. 40.

129. *Id.*, para. 14.

The Supreme Court disagreed with the trial judge in holding that the Crown failed to act with diligence in implementing the land grant provision set out in the *Act* as required by the honour of the Crown.¹³⁰ The honour of the Crown – the idea that the sovereign’s servants must conduct themselves with honour when acting on its behalf¹³¹ – arises, as the Court observed in *Haïda Nation*¹³², “from the Crown’s assertion of sovereignty over an Aboriginal people and *de facto* control of land and resources that were formerly in the control of that people”.¹³³ The “ultimate purpose” of this principle, says the Court in *MMF*, “is the reconciliation of pre-existing Aboriginal societies with the assertion of Crown sovereignty.”¹³⁴ This is a recognition of the strength of these societies at the moment of contact. It stands for the idea that they were here first, were never conquered, and were subjected “to a legal system that they did not share”.¹³⁵

The Court then moved on to say that, in the context of the implementation of a constitutional obligation to an Aboriginal people, as was the case here, “the honour of the Crown requires that the Crown: (1) takes a broad purposive approach to the interpretation of the promise; and (2) acts diligently to fulfill it.”¹³⁶ Applying this framework to the facts in *MMF*, the Court found that “the Crown acted with persistent inattention and failed to act diligently to achieve the purposes of the... grant.”¹³⁷ This pattern of “repeated mistakes and inaction”¹³⁸ over more than a decade was, in sum, inconsistent with what the honour of the Crown required.

This, the recognition of a “duty of diligence as part of the honour of the Crown”, can be seen as the “enduring significance of the *MMF* Case for Aboriginal law generally”.¹³⁹ On a more concrete level, it allowed the Court to grant the Métis a declaration in this regard, which assisted them “in extra-judicial negotiations with the Crown in pursuit of the overarching constitutional goal

130. *Id.*, para. 9.

131. *Id.*, para. 65.

132. *Haïda Nation v. British Columbia*, [2004] 3 SCR 511, 2004 SCC 73 (CanLII).

133. *Id.*, para. 32.

134. *MMF*, *supra* note 117, para. 66.

135. *Id.*, para. 67.

136. *Id.*, para. 75.

137. *Id.*, para. 110.

138. *Id.*, para. 128.

139. S. Paul, *supra* note 119, p. 325.

of reconciliation that is reflected in s. 35 of the *Constitution Act, 1982*.¹⁴⁰

Still, some barriers remained to the negotiation of contemporary Métis rights. For one, the federal and provincial governments had, for years, each denied “jurisdiction to recognize, and implement through legislation, a wider range of s. 35 Métis Aboriginal rights.”¹⁴¹ This particular issue brings us directly to our case study, the Supreme Court’s decision in *Daniels v. Canada*.¹⁴²

3. WHOSE AUTHORITY IS IT ANYWAY? A NARRATIVE TAKE ON *DANIELS v. CANADA*

3.1 *Daniels v. Canada*: A Background

The issue at the heart of the *Daniels* case was whether Métis peoples are included within the constitutional definition of “Indians” under s. 91(24) of the *Constitution Act, 1867*, which sets out the federal jurisdiction over “Indians and lands reserved for the Indians.” In addition to a declaration that they – and non-status Indians¹⁴³ – were indeed included in the scope of s. 91(24), the plaintiffs asked the Court to declare that the Crown owes them a fiduciary duty, and that they have the right to be consulted and negotiated with when their Aboriginal rights are engaged.

The Federal Court came to the conclusion that “Indians”, under s. 91(24), is a broad term referring to all Indigenous peoples in Canada, including Métis and non-status Indians. It nonetheless declined to grant the second and third declarations, on the ground that it was already established that the Crown was “in a fiduciary relationship with Canada’s Aboriginal peoples” and that it had a

140. *MMF*, *supra* note 117, para. 137.

141. Catherine Bell and Paul Seaman, “A New Era for Metis Constitutional Rights: Consultation, Negotiation and Reconciliation”, (2015) 38 Man. L.J. 29, p. 37.

142. [2016] 1 SCR 99, 2016 SCC 12. [*Daniels*]

143. The Supreme Court notes, in *Daniels*, that the “definitional contours of ‘non-status Indian’ are... imprecise.” “Status Indians are those who are recognized by the federal government as registered under the *Indian Act*... Non-status Indians, on the other hand, can refer to Indians who no longer have status under the *Indian Act*, or to members of mixed communities who have never been recognized as Indians by the federal government. Some closely identify with their Indian heritage, while others feel that the term Métis is more reflective of their mixed origins.” See *Daniels*, *supra* note 142, para. 18.

“duty to consult and negotiate with them when their rights were engaged.”¹⁴⁴

While the Federal Court of Appeal upheld the trial judge’s holding that “Indians” in s. 91(24) included all Indigenous peoples generally, it narrowed its scope to include only those Métis who satisfied the *Powley* criteria. It also excluded non-status Indians from the declaration, on the grounds that, although they were clearly “Indians”, setting this out would be “redundant and of no practical usefulness.”¹⁴⁵ Lastly, it declined to grant the second and third declarations.

Before the Supreme Court, the appellants sought not only to restore the first declaration as it was initially granted at trial, but also that the second and third declarations be granted. This brings us to our main question: what story could be told, here, that would give the court *a reason to want to rule in favor* of the Métis? The next section seeks to provide an answer.

3.2 Narrative Paths Taken

3.2.1 Overview of Section and Methodological Concerns

The goal of this section is to uncover, by using the tools of literary analysis set out in the first section, the narrative paths followed in facta before the Supreme Court in the *Daniels* case. Instead of focusing on the main parties’ facta, as is usually the case with such analysis, our attention will rather be devoted to the ones of Aboriginal interveners, namely Gift Lake and Métis National Council. This choice is driven by a conviction that the contribution of interveners to discussions before the Court is often as invaluable as it is overlooked. It is invaluable in that it provides various groups with an opportunity to be heard, groups that, for some reason or another, rarely get to speak on issues although they profoundly affect their lives.¹⁴⁶ This choice is also motivated

144. *Daniels*, *supra* note 142, para. 8.

145. *Id.*, para. 9.

146. See, for e.g., Linda H. Edwards, “Hearing Voices: Non-Party Stories in Abortion and Gay Rights Advocacy”, 2015 Mich. St. L. Rev. 1327, in which the author highlights the importance of expanding the factual foundation of a constitutional case beyond one litigant when the challenge is to longstanding, deeply rooted cultural norms.

by the fact that interveners are granted somewhat more creative freedom in their facts than the parties, who are highly constrained in terms of space and legal writing. As for Gift Lake and MNC's facts, they were chosen, amongst the interveners, because of their narrative quality.

It will be argued, in this section, that intervenor Gift Lake used, to some extent, the plot structure of the *journey* in telling the Métis' story in its fact section. Gift Lake's factum tells the story of the Métis' quest to obtain the recognition of Canada's legislative authority towards them and to ensure that the promises made to them are kept. It also tells their quest for reconciliation.

Furthermore, we will show how, in its argument section, Gift Lake changes its narrative approach, and rather seeks to tell the story of Canadian Aboriginal law in a *birth*-like fashion. This, it will be argued, is also the approach favoured by intervenor MNC in its own factum. As these facts review the recent Aboriginal law decisions of the Court, they make the reader expect an anticipated steady state where the Métis *are* included in s. 91(24). This way, they make this outcome appear as the necessary culmination of a normal and inevitable process. While of the view that these facts display a good level of narrative awareness, it will be argued that a stronger attention to the stories told would have made them even more persuasive.

One last methodological observation is in order at this point. Considering the importance of stories as tools for thinking about law within some Indigenous societies, including the Métis, it might have been interesting to look at the materials in this case under the lens of common narrative structures that belong to these societies. However, the idea here is that by tapping into the "embedded knowledge structures [that] affect judicial decision making"¹⁴⁷, that is the "inherited myths and symbols"¹⁴⁸ of the intended audience – here the nine non-Aboriginal justices sitting on the Court, one can make a more persuasive argument, one that, for example, makes it easier to identify with a particular group of litigants. In this context, resorting instead to common narratives from Western

147. L. Berger, *supra* note 17, p. 259.

148. *Id.*, p. 261.

culture is what made the most sense for our analysis.¹⁴⁹ Also, the fact that *Daniels* is, in our eyes, not so much an Aboriginal rights case *per se*, as it is one about constitutional interpretation and the division of powers, did play a role in this decision.¹⁵⁰

These methodological questions having been resolved, let the story... begin!

3.2.2 *Uncovering the Stories in Gift Lake and MNC's Facta*

Like the *introduction* of a plot, the one in a *factum* is designed to provide information on the characters, time and place of the story.¹⁵¹ Gift Lake's *factum* is no exception to this rule:

1. Gift Lake Metis Settlement ("Gift Lake") is one of eight land-based, self-governing Metis communities created by Alberta's Metis Settlements Act ("MSA"). It is situated some 400 km North of Edmonton.

[...]

3. [...] Canada dealt with the Metis of Northern Alberta (where Gift Lake is situated) by way of a scrip commission in 1899 that operated in direct parallel to the treaty commission of that same year that was mandated by the Dominion to deal with the First Nation inhabitants of that same broad territory...¹⁵²

149. With talks increasing about the possible appointment of an Indigenous justice to the Supreme Court of Canada in the coming years, let us hope that this particular observation will eventually lose some of its relevance. See, for context, Sean Fine, "Hope for Indigenous Supreme Court justice swells as appointment recommendations loom", in *The Globe and Mail*, October 22, 2017 (online: <www.theglobeandmail.com/news/national/hope-for-indigenous-supreme-court-justice-swells-as-appointment-recommendations-loom/article36686760/>).

150. As noted by Borrows, in *Recovering Canada*, courts have recognized "the possibility that Canadian law dealing with Aboriginal peoples draws upon non-European law [like First Nations legal sources] in giving meaning to the content of Aboriginal rights." It might thus be particularly relevant, in cases dealing with these "sui generis" rights, to consider Indigenous stories in looking at the materials. This is not to say that these narratives should be confined to such cases, but simply that they lend themselves more easily to them. See John Borrows, *Recovering Canada: The Resurgence of Indigenous Law* (Toronto: University of Toronto Press, 2002), p. 6.

151. J. Sheppard, *supra* note 4, p. 281.

152. *Factum* of Gift Lake Metis Settlement before the Supreme Court of Canada, in the case of *Daniels v. Canada*.

The stage is now set for the story to begin. The main character, Gift Lake, or the Métis peoples more generally, is introduced. As for the other character, Canada, it is not clear at this point which part it will play. The place is Western Canada. The time is late 19th century.

Like many journey stories, the one in Gift Lake's factum starts with a crisis. It starts in a disequilibrium state. Something is missing in the world; it needs fixing. In the factum's words:

4. [...] The genesis of the Alberta Metis settlements arises almost singularly from Canada's failure to fulfil its promise to provide the Alberta Metis with land under the scrip system initiated and administered by Canada in the late 19th and early 20th centuries. Over the ensuing decades, and in the absence of clarity as to whether Metis and non-status Indians are "Indians" for the purposes of 91 (24), the Alberta Metis have been negatively impacted in real ways...

This is the complicating event of the story: a broken promise, an unkept word. This, Canada's failure to fulfil its promise, is what creates the "conflict" of the story.¹⁵³ Hence, Canada is set as the antagonist. This, the factum tells us, is not unusual for this character:

7. In Manitoba, Canada promised to distribute 1.4 million acres "towards the extinguishment of the Indian Title to the lands in the Province" while assuring the Manitoba Metis that it would "be of a nature to meet the wishes of the half-breed residents" and distributed "in the most effectual and equitable manner." [...] Canada failed to live up to that promise. Following this failure, the Metis were soon displaced by settlers and forced to move further west.

What, then, is missing? What magic amulet, what idea, right or principle, could make the world right? Gift Lake's factum makes it clear from the outset. Clarity is what is missing here:

4. [...] clarity as to legislative authority in regard to Metis peoples is not only practical, but essential to the unfinished project of reconciliation with the Metis.

153. K. Chestek, *supra* note 32, p. 148; J. Sheppard, *supra* note 4, p. 281.

With this, the narrator tells us, the readers, what exactly is the “distant, all-important goal”¹⁵⁴ that the protagonist must achieve. The quest of the Métis peoples, as set out in the factum, is one for the recognition of Canada’s legislative authority towards them. It is a struggle to ensure that the promises made to them are kept and, more broadly, a quest for reconciliation. As previous cases had established a fiduciary relationship¹⁵⁵ between the Aboriginal peoples of Canada and the Crown, and the latter’s duty to consult and negotiate with them when their rights were engaged¹⁵⁶, what remained to be recognized, in order for a genuine process of negotiation – and, one might say, of ‘reconciliation’ – to begin, was Parliament’s authority towards them.¹⁵⁷

Like every good journey story, the one told here has its share of “obstacles and forces... attempting to prevent”¹⁵⁸ the protagonist – the Métis peoples – from achieving this goal:

8. In 1881, Metis located at the historic Metis community of Fort Edmonton petitioned Canada for scrip allocations in fulfilment of Canada’s promise to them. The scrip commission eventually arrived in Edmonton in 1885 and 1886 and provided scrip to eligible Metis...

Let us pause here. At this point, the story is going in the *right* direction. The goal is close. Reconciliation is on the table. The promise might finally be kept. Then, the first fall happens:

8. [...] Most Metis did not take the land, but rather sold it for cash.

154. C. Booker, *supra* note 86, p. 83.

155. In *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 SCR 1010, the Court held that the Aboriginal peoples of Canada had a fiduciary relationship with the Crown. As we have seen, it was later ruled, in *Manitoba Metis Federation Inc. v. Canada*, [2013] 1 SCR 623, 2013 SCC 14, that such a relationship exists between the Crown and Métis.

156. *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2004 SCC 73, [2004] 3 SCR 511, *Tsilhqot’in Nation v. British Columbia*, 2014 SCC 44, [2014] 2 SCR 257, and, as we have also seen, *R. v. Powley*, [2003] 2 SCR 207, 2003 SCC 43, already recognize a context-specific duty to negotiate when Aboriginal rights are engaged.

157. In other words, the *goal* of the protagonist is not merely to obtain the recognition of Canada’s legislative authority towards the Métis, but rather to facilitate the protagonist’s heroic engagement with that level of government to achieve reconciliation, in the abstract, as well as rights and land entitlements, in the concrete.

158. J. Sheppard, *supra* note 4, p. 286.

9. In 1889, the Superintendent of Mines wrote the following regarding scrip:

I know of no single case where the original grantee obtained the land; he sells his scrip and locates it for the purchaser whenever the latter may desire it. In this way lands are acquired at a nominal rate, in some cases as low as 70 cents an acre?

10. By 1895, the Metis were becoming destitute....

The readers might, at this point, feel disappointed. The journey has slowed. The hero was close to the goal but, once again, an obstacle prevented its attainment. As we can see here, obstacles need not be only external. There can also be “internal or systemic impediments”.¹⁵⁹

This moment marks the first appearance, in this story, of the “narrative gap”. As Peter Brooks put it, a narrative gap “demands to be filled; it activates the interpreter’s ingenuity.”¹⁶⁰ When faced with a gap in a story, the readers want to fill it. This is what urge the readers to act.

The gap having been identified, the story can now resume. The journey is not over yet:

10. [...] In response to the need to provide the Metis with land, a Metis reserve and industrial school were established by Canada in the area that is now known as St. Paul, Alberta. It proved to be a failure and was closed.

Once again, disappointment settles in for the protagonist. This marks another missed opportunity to fill the gap, another failed attempt at reaching the goal. This pattern repeats itself:

159. K. Chestek, *supra* note 29, p. 105. In *journey*, or *quest*, stories, these internal impediments usually come in the form of *temptations*. When such *temptations* arise, Christopher Booker tells us, “the danger the hero runs is simply that he will be seduced and lulled into forgetting the great task he has undertaken, and will abandon his Quest under some beguiling spell.” See, in more detail, C. Booker, *supra* note 86, p. 74. See also, on the trouble arising from human agency, Philip N. Meyer, *Storytelling for Lawyers* (Oxford University Press, 2013), pp. 14-15.

160. P. Brooks, *supra* note 74, p. 117, cited in L. Edwards, *supra* note 3, pp. 894 and 898.

11. In 1899, the Minister of the Interior wrote to the Governor in Council requesting a scrip commission be appointed to address claims of those Metis who were not otherwise eligible under the *Manitoba Act, 1870*...

12. This scrip was to be provided under the *Dominion Lands Act*. The *Act* provided that the grants would issue “on such terms and conditions, as may be deemed expedient.” However, as was the case in Manitoba, no “terms and conditions” were spelled out by the *Act*, and the scrip was issued on an *ad hoc* basis, facilitating predatory land speculation.

Such events, where the protagonist, or other forces, seems “to intervene and superficially and momentarily still the trouble”¹⁶¹, are referred to, in narrative theory, as *false* or *premature endings*. These digressions are, in Philip Meyer’s words, “merely preparatory interlineations, biding time, allowing for the tension to build”¹⁶² before returning to the “true” confrontation. This is part of the essential pattern of a *journey*, or *quest*, story. In all such stories, the journey is experienced, “after the initial feeling of constriction which dominates the start of the story”, as a “series of alternating phases of life-threatening constriction followed by life-giving release.”¹⁶³

As the failures build up, so does the tension. The readers become anxious and impatient, and hope for an outcome beneficial to the protagonist.¹⁶⁴ But the obstacles keep on coming:

13. In 1899, s. 90 of the *Dominion Lands Act* was amended to allow granting “lands in satisfaction of claims of half-breeds arising out of the extinguishment of Indian title.” Despite serious concerns raised in Parliament in relation to the risk of land speculators taking advantage of Metis, no effective protections were implemented. Between 1899 and 1921, Canada abandoned any idea of protecting Metis from speculation, and began issuing cash compensation to Metis in parallel with treaty payments to members of First Nations and Metis who had taken treaty.

161. P.N. Meyer, *supra* note 159, p. 24.

162. *Id.*

163. C. Booker, *supra* note 86, p. 73.

164. J. Sheppard, *supra* note 4, p. 282.

14. Ultimately, the scrip system failed the Alberta Métis as it did the Manitoba Métis, and they were left destitute...

The pace of the story then quickens. The factum takes us through the 1930 dialogue on the Métis question between Alberta and Canada, the 1934 Alberta Royal Commission, the creation, in 1938, of twelve Métis “colonies” under the *Metis Population Betterment Act*, and the 1980s process of negotiation. As the situation seems to be getting better, it is clear that the Métis are still waiting for more protections to be recognized in the Canadian constitution. Until then, a disparity in terms of “programs, services, and... benefits available to Alberta Métis” remains.¹⁶⁵

In terms of plot structure, the *rising action* stage, in which we have been for some time now, should eventually culminate to the *climax* of the story. This is when the main character is “at the height of peril”¹⁶⁶, and when he or she is expected to accomplish some heroic act, one that will resolve the story’s main conflict. In this respect, it is our opinion that the factum would have benefited from more clearly establishing both the *climax* of the story, and the *heroic act* of the protagonist. Otherwise, the ‘narrative energy’ that was so masterfully built in the fact section is somewhat lost. In our view, the *climax* of this story should have been set in the present day, in the midst of the *Daniels* litigation. It is at this point that the tension should be at its highest. The ultimate ‘narrative gap’ must be now, for the court to be left with a “narrative impetus to act”.¹⁶⁷

In this context, the *heroic act* of the protagonist can easily be thought of in terms of the litigation, launched by the Métis in 1999, to finally obtain the recognition of Canada’s legislative authority towards them. This recognition, it is expected by the Métis, could in turn assist them in negotiations with the Crown “in pursuit of the overarching constitutional goal of reconciliation” reflected in s. 35¹⁶⁸, and thus resolve the *conflict*. Without this recognition, then, reconciliation could never be attained for the Métis. This, the factum makes clear in its argument section:

165. Gift Lake’s Factum, *supra* note 152, para. 25.

166. K. Chestek, *supra* note 32, p. 149.

167. L. Edwards, *supra* note 3, p. 898.

168. Gift Lake’s Factum, *supra* note 152, para. 27.

28. [...] since the adoption of s. 35, this Court has laid an important foundation, and constructed large portions of the architecture of Aboriginal rights in relation to First Nation peoples. Most recently, it confirmed the landmark Aboriginal title claim of the *Tsilhqot'in* and clarified provincial-federal responsibilities under First Nation treaties.

29. The same project in relation to Metis is however in its infancy. In *R. v. Powley*, this Court adjusted the *Van der Peet* test to recognize the Metis' inclusion as one of the Aboriginal peoples of Canada, and in particular "the important differences between Indian and Metis claims" and "the unique post-contact emergence of Metis communities, and the post-contact foundation of their aboriginal rights." More recent decisions by this Court in the *MMF* and *Cunningham* cases have further developed this jurisprudence...

These paragraphs mark, in our view, a shift in Gift Lake's narrative approach. They mark the shift from the story of the Métis' journey to the *birth* story of Canadian Aboriginal law.

Indeed, the narrator shows the readers, in this passage, the gradual development of "the ongoing project of reconciliation." This process, which – we know from the previous sections – started hundreds of years ago, has brought us to this crucial moment in time, to the decision to be made by the Court. The use of the word "infancy", in the first sentence of this second paragraph, only makes this message stronger, for it "deemphasizes inconvenient current law", and makes it "disappear in the course of the narrative sweep from the distant past to a preordained future."¹⁶⁹

It is worth mentioning that another intervener, the Métis National Council ("MNC"), takes a somewhat similar approach in its factum, and does so very clearly at the outset:

1. This appeal is about removing a longstanding obstacle to reconciliation with the Métis Nation and its communities as required by s. 35 of the *Constitution Act, 1982*; namely—the respondent's ("Canada") refusal to acknowledge that the Métis are included within s. 91(24) of the *Constitution Act, 1867*...

169. *Id.*

With these seemingly innocuous sentences, the narrator in the MNC factum establishes the “anticipated steady state” of the story, one where the Métis *are* indeed included within s. 91(24) of the *Constitution Act, 1867*. In other words, it sets in the reader’s mind a steady state that does not yet exist, but to which the rest of the factum will lead, inexorably. The factum does call for the Supreme Court to act, as no precedent has yet clearly confirmed this interpretation, but it presents this reading of the provision as the normal outcome of the natural process of law:

12. In 1939, a majority of this Court confirmed that the term “Indians” in s. 91(24) was meant to include all “aborigines” that were within Canada in 1867 as well as those within territories subsequently acquired. In 1982, with that judicial clarity on s. 91(24)’s scope, Canada constitutionally confirmed the pre-existing fact that the Métis were always one of this country’s “Aboriginal peoples.” With s. 35, any uncertainty about the Métis as “Aboriginal,” “aborigines,” “Indigenous” or “Indians within s. 91(24)” disappeared. Parliament has already spoken. This Court is only confirming the historic fact that s. 35 validates. This approach to Métis inclusion does not expand s. 91(24)’s scope in any way. It simply confirms the Métis were always within s. 91(24), as one of Canada’s constitutionally-recognized “Aboriginal peoples.” (Our emphasis.)

These last lines perfectly sum up the idea, at the heart of the primary archetype that is the *birth* story, that natural growth, in and of itself, has led to this outcome. In Edward’s words:

In this story, every part of the doctrine has been added except one. But that last part... need not be created from whole cloth because to listen to a creation story is to have already imagined the fully developed doctrine the characters are creating. The doctrine actually exists. It remains only to bring it out of our minds and onto the pages of an opinion.¹⁷⁰

These passages, from Gift Lake and MNC’s facta, tell a story of the normal “culmination of a natural and inevitable process in which the law has been engaged for a long time.”¹⁷¹ But, for this process to be completed, the Court must act. It must not stand in the way of growth.

170. *Id.*, p. 896.

171. *Id.*, p. 909.

Let us go back, for the finale, to Gift Lake's factum. The only thing left for the lawyers to do, at this point in the story, is to show the way forward, and to make the court want to follow it:

29. [...] While it is clear that the provincial Crowns bear certain responsibilities toward Metis (just as they do toward First Nations), the limits of that provincial jurisdiction, and the scope of federal authority, if any, require delineation in order to foster the ongoing project of reconciliation.

30. In this regard, reconciliation may include the obligation to exercise the 91(24) power honourably, in appropriate circumstances. This Court has recently emphasized that both levels of government are responsible for keeping treaty promises. While this case is not about treaty promises *per se*, it is clear that matters have arisen of unique and central concern to Metis, and jurisdictional uncertainty or unwillingness to act have frustrated the resolution of these issues.

With this ending, the Gift Lake factum makes sure to keep the narrative tension high. It is now up to the Court to decide. Will it reward the protagonist's perseverance and courage in the face of adversity, or the antagonist's repeated failure to keep its promises? Will it play the role of "mentor", and serve as the "sage advice-giver to the next hero"¹⁷², or will it side with the villain?

3.3 The Story the Supreme Court of Canada Ultimately Told

Having looked at the narrative choices of interveners Gift Lake and MNC in their facta before the Supreme Court in *Daniels*¹⁷³, let us examine how the case was ultimately decided, and consider the possible role that these choices might have played in the decision. While it is impossible to know for sure what made the Court decide as it did, this exercise is still useful in that it furthers our understanding of how narratives shape and constrain legal arguments.

The first sentences of Justice Abella's opinion in *Daniels* could hardly be any clearer:

172. R. Robbins, *supra* note 48, p. 782, cited in K. Chestek, *supra* note 32, p. 143.

173. *Daniels*, *supra* note 142.

[1] Abella J. – As the curtain opens wider and wider on the history of Canada's relationship with its Indigenous peoples, inequities are increasingly revealed and remedies urgently sought. Many revelations have resulted in good faith policy and legislative responses, but the list of disadvantages remains robust. This case represents another chapter in the pursuit of reconciliation and redress in that relationship.

With this, the Court informs the reader of the *theme* of the story it is about to tell. It will be, from what this paragraph tells us, a story of the march towards reconciliation and redress. This *theme*, which is at the heart of s. 35, is also the one that drives Gift Lake and MNC's facts.

From this point on, the judgment briefly reviews the decisions of the inferior courts, before moving on to the question of whether the declarations would have practical utility in the present case. In regard to the first declaration, the Court gives a positive answer, stating that:

[12] ... Delineating and assigning constitutional authority between the federal and provincial governments will have enormous practical utility for these two groups who have, until now, found themselves having to rely more on *noblesse oblige* than on what is obliged by the Constitution.

[13] Both federal and provincial governments have, alternately, denied having legislative authority over non-status Indians and Métis. [...] [W]hen Métis and non-status Indians have asked the federal government to assume legislative authority over them, it tended to respond that it was precluded from doing so by s. 91(24). And when Métis and non-status Indians turned to provincial governments, they were often refused on the basis that the issue was a federal one.

[14] This results in these Indigenous communities being in a jurisdictional wasteland with significant and obvious disadvantaging consequences...

This passage of the judgment goes back to the failure of the federal government to take responsibility towards the Métis peoples, and to fulfil its promises to them, another central theme in

the intervener Gift Lake's factum. The same is true of the *absence of clarity*, and the feeling of powerlessness that comes from being in a 'jurisdictional wasteland', that the passage conveys.

The Court goes on to say that, based on the broad historical and linguistic context, the term "Indians" in s. 91(24) refers to all Aboriginal peoples, including non-status Indians¹⁷⁴ and all Métis.¹⁷⁵ This term, the Court notes, has "long been used as a general term referring to all Indigenous peoples, including mixed-ancestry communities like the Métis"¹⁷⁶, and was initially used by European settlers without any distinction between Canada's Aboriginal peoples.¹⁷⁷

The Court also notes that the "purpose of s. 91(24) in relation to the broader goals of Confederation... indicates that since 1867, "Indians" meant all Aboriginal peoples".¹⁷⁸ Indeed:

[25] [...] [E]xpanding British North America across Rupert's Land and the North-West Territories was a major goal of Confederation and... building a national railway was a key component of this plan. At the time, that land was occupied by a large and diverse Aboriginal population, including many Métis. A good relationship with all Aboriginal groups was required to realize the goal of building "the railway and other measures which the federal government would have to take." With jurisdiction over Aboriginal peoples, the new federal government could "protect the railway from attack" and ensure that they did not resist settlement or interfere with construction of the railway. Only by having authority over all Aboriginal peoples could the westward expansion of the Dominion be facilitated.

[26] [...] [I]t would have been impossible for Canada to accomplish its expansionist agenda if "Indians" under s. 91(24) did not include Métis. The threat they posed to Canada's expansion was real. On

174. *Id.*, para. 19. As the Crown conceded, in oral arguments, that "non-status Indians" are recognized as "Indians" under s. 91(24), the opinion of the Court is concerned primarily with whether the Métis are.

175. The Court also notes that, while there is "no consensus on who is considered Métis or a non-status Indian", there is, in the end, no need for one. "Cultural and ethnic labels do not lend themselves to neat boundaries." 'Métis' can refer to the "historic Métis community in Manitoba's Red River Settlement" or "anyone with mixed European and Aboriginal heritage." (para. 17)

176. *Daniels*, *supra* note 142, para. 23.

177. *Id.*

178. *Id.*, para. 25.

many occasions Métis “blocked surveyors from doing their work” and “prevented Canada’s expansion into the region” when they were unhappy with the Canadian government...

The Court thus partly links this expansive interpretation of s. 91(24) to the dealings of the Crown, at the time of the Confederation, with the Métis people of Rupert’s Land. This goes back to the idea that, when the Crown asserted its sovereignty over the lands that now form Canada, native peoples already lived here, and that nation-to-nation relations had to be conducted with them. In Brian Slattery’s words, it goes back to the need, for the Crown, to convince “native peoples, at a time when they still had considerable military capacities, that their rights would be better protected by reliance on the Crown than by self-help.”¹⁷⁹ This idea of nation-to-nation relations between Canada and its native peoples is at the heart of the idea of ‘reconciliation’.

Moreover, the Court notes that the federal government “has at times assumed that it could legislate over Métis” as “Indians”, and included them in other exercises of federal authority over “Indians”.¹⁸⁰ One example of this exercise of authority is the creation of a school in St-Paul:

[29] [...] In the 1890s, the federal government provided funding for a reserve and industrial school at Saint-Paul-des-Métis in Alberta, run by Oblate missionaries: The Final Report of the Truth and Reconciliation in Canada, vol. 3, at p. 16. The reserve consisted of two townships, owned by the Crown, and included a school for teaching trades to the Métis. As long as the project lasted, it functioned equivalently to similar reserves for Indian peoples.

Note that this event can also be found in the narrative that Gift Lake draws in its factum.

In addition to this, the Court points to the fact that s. 35 of the *Constitution Act, 1982*, while it “does not define the scope of s. 91(24)”, does state “that Indian, Inuit, and Métis peoples are Aboriginal peoples for the purposes of the Constitution.”¹⁸¹ The

179. Brian Slattery, “Understanding Aboriginal Rights”, (1987) 66 Can. Bar Rev. 727, p. 753, cited in *MMF*, *supra* note 117, para. 66.

180. *Daniels*, *supra* note 142, para. 27.

181. *Id.*, para. 34.

Court then reiterates the idea, established in previous case law, that the “grand purpose” of s. 35 is “[t]he reconciliation of Aboriginal and non-Aboriginal Canadians in a mutually respectful long-term relationship”.¹⁸²

The Court thus reminds the reader of the general *theme* of the story: reconciliation.

[37] The constitutional changes, the apologies for historic wrongs, a growing appreciation that Aboriginal and non-Aboriginal people are partners in Confederation, the *Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples*, and the *Final Report of the Truth and Reconciliation Commission of Canada*, all indicate that reconciliation with all of Canada’s Aboriginal peoples is Parliament’s goal.

This look at the ongoing process of reconciliation, and on the relationship between s. 35 and s. 91(24), can be seen as somewhat reminiscent of the *birth* stories at the end of both Gift Lake and MNC’s facta. “Since the adoption of s. 35”, the first one said, “this Court has laid an important foundation, and constructed large portions of the architecture of Aboriginal rights in relation to First Nation[s]”.¹⁸³ “The same project in relation to Metis”, it added, “is however in its infancy.”¹⁸⁴ It then moved on to talk of *MMF* and *Cunningham*. The Court does the same here:

[42] There is no doubt that the Métis are a distinct people. Their distinctiveness was recognized in two recent cases from this Court — [*Cunningham*] and *Manitoba Metis Federation*. The issue in *Cunningham* was whether Alberta’s *Metis Settlements Act*... violated s. 15 of the [*Charter*] by terminating the membership of Métis who voluntarily registered as Indians under the *Indian Act*. The Court concluded that the *Metis Settlements Act* was justified as an ameliorative program. In commenting on the unique history of the Métis, the Court noted that they are “widely recognized as a culturally distinct Aboriginal people living in culturally distinct communities”: para. 7.

[43] And in [*MMF*], this Court granted declaratory relief to the descendants of Manitoba’s Red River Métis Settlement. The fed-

182. *Beckman v. Little Salmon / Carmacks First Nation*, [2010] 3 SCR 103, 2010 SCC 53 (CanLII), para. 10.

183. Gift Lake’s Factum, *supra* note 152, para. 28.

184. *Id.*, para. 29.

eral *Manitoba Act*... promised land to the children of the Métis. Errors and delays resulted in many of them receiving inadequate scrip rather than land. The Court held that Canada had a fiduciary relationship with the Métis, and that the Crown's promise to implement the land grant engaged the honour of the Crown. This created a duty of diligent implementation. In so deciding, the Court stated that the Métis of the Red River Settlement are a "distinct community": para. 91.

As for the determination of whether particular individuals or communities are Métis, and therefore "Indians" under s. 91(24), the Court rules that it "is a fact-driven question to be decided on a case-by-case basis in the future."¹⁸⁵ The Court also expresses the view that "there is no principled reason for presumptively and arbitrarily excluding [certain Métis] from Parliament's protective authority" on the basis of the "community acceptance" criterion set out in *Powley*.¹⁸⁶ This criterion, the Court says, was "developed specifically for purposes of applying s. 35, which is about protecting historic community-held rights".¹⁸⁷ It was not intended to be used under s. 91(24), which deals with the Crown's "relationship with Canada's Aboriginal peoples."¹⁸⁸

The Court thus granted the first declaration as requested. It nonetheless found, for the same reasons as below, that neither the second nor third declaration, to the effect that the Crown owes a fiduciary duty to Métis and non-status Indians and that they have the right to be consulted and negotiated with, should be granted.¹⁸⁹ It saw them as mere restatements of the existing law.

In sum, it seems that the Court has accepted the interveners Gift Lake and MNC's invitation to complete the creation process – the *birth* story – that they presented in their facts. As the curtain closes on the historic decision of the Supreme Court in *Daniels v. Canada*, one can hardly disagree with Justice Abella that it looks like the beginning of *another chapter in the pursuit of reconciliation and redress* in Canada's relationship with its Indigenous peoples.

185. *Daniels*, *supra* note 142, para. 47.

186. *Id.*, para. 49.

187. *Id.*

188. *Id.*

189. *Id.*, para. 52.

CONCLUSION

The great American poet and political activist Muriel Rukeyser once said that “[t]he Universe is made of stories, not of atoms.”¹⁹⁰ In light of the above, it could also be said that the law *is made of stories, not of* statutes, precedents and constitutional provisions. The aim of this paper was to draw attention to these stories that make up, and shape, the law. It was an attempt to illustrate, through the narrative study of a recent landmark decision in Canadian Aboriginal law, the important role that narrative, stories, and myths, can – *and do* – play in the realm of law.

The paper also sought to show that greater awareness of the power of narrative is warranted in the legal community. This is the case because it would serve commentators and scholars to look at recent case law through this lens, as it provides a useful and novel analytical perspective on the law. It is also the case because advocates would benefit, in crafting more persuasive facts and memoranda, from adapting the organization of their legal arguments in light of these stories, and thus tapping into the inherent knowledge of their intended audience.

The ability, for an advocate, to determine which story is the right one to tell in a particular case might well be what determines the ending of the story the Court ultimately tells.

Progress, it can be said, is also *made of stories*. That, in short, is the moral of *this* story.

190. Muriel Rukeyser, “The Speed of Darkness”, 1968.

L'encadrement des robots-conseillers en droit canadien

Julie BIRON et Nicolas VERMEYS

Résumé

D'importants développements technologiques ont mené à l'implantation de robots-conseillers dans le domaine des services et des produits offerts sur les marchés financiers. Ces robots-conseillers permettent de fournir des conseils financiers automatisés aux investisseurs par des plateformes numériques accessibles. Le présent texte explore les risques associés à cette pratique tout en permettant une compréhension détaillée des conséquences de l'expansion de celle-ci. Dans un premier temps, les particularités des robots-conseillers, notamment par des services offerts par des applications et autres portails automatisés s'appuyant sur des algorithmes, sont analysées. Dans un deuxième temps, l'encadrement et l'utilisation pratique des robots-conseillers en lien avec la réglementation en vigueur dans le domaine des valeurs mobilières sont étudiés.

L'encadrement des robots-conseillers en droit canadien

Julie BIRON* et Nicolas VERMEYS**

INTRODUCTION	45
I- LE FONCTIONNEMENT DES ROBOTS- CONSEILLERS	47
A- Les risques liés au consentement lors de la conclusion d'un contrat électronique	49
B- Les risques liés à la sécurité de l'information.	54
II- L'ENCADREMENT DES ACTIVITÉS DES ROBOTS- CONSEILLERS : CRAINTES ET CRITIQUES	59
A- Le respect de la règle de connaissance du client et les risques liés au biais cognitif du client	61
B- La nature des investissements proposés.	73
C- Les frais liés à l'ouverture d'un compte auprès d'un robot-conseiller et la divulgation des conflits d'intérêts	78

* Professeure à la Faculté de droit de l'Université de Montréal et chercheure au Centre de droit des affaires et du commerce international. L'auteure tient à remercier chaleureusement Mayya Mihaylova pour sa participation à la recherche qui a grandement facilité la préparation et l'écriture de ce texte.

** Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Montréal, chercheur au Centre de recherche en droit public et directeur adjoint du Laboratoire de cyberjustice.

D- L'exercice des activités dans le contexte économique actuel.	84
CONCLUSION.	86

INTRODUCTION

Les services et les produits traditionnellement offerts sur les marchés financiers n'ont pas échappé aux développements technologiques importants que nous connaissons depuis environ 30 ans¹. Les robots-conseillers sont en pleine expansion : si en 2015 les actifs mondiaux sous leur gestion étaient d'environ 30 milliards de dollars, ils devraient atteindre les 500 milliards de dollars d'ici 2020². Au Canada, il existe actuellement près d'une quinzaine de robots-conseillers et ce nombre augmente rapidement³. Ces derniers se composent notamment de gestionnaires de portefeuille et de gestionnaires de portefeuille d'exercice restreint inscrits qui ont récemment modifié leur modèle d'exploitation et ont commencé à exercer des activités à titre de conseiller en ligne ou de robot-conseiller⁴.

Avec l'obligation d'épargner en vue de la retraite qui s'impose à l'ensemble des particuliers dans un contexte où les employeurs se sont graduellement désengagés du processus de planification de celle-ci, il n'est pas étonnant qu'il existe une demande pour des services financiers plus simples, moins coûteux et plus accessibles⁵. Répondant à cette demande en s'annonçant comme un outil de démocratisation de l'investissement⁶, les robots-conseillers sont

-
1. On peut notamment penser à la possibilité d'investir en ligne sans bénéficier des conseils d'un représentant en ayant recours aux courtiers à escompte. Ceci a facilité l'accès aux marchés pour les investisseurs les plus aguerris, lesquels pouvaient ainsi limiter leurs coûts.
 2. Thomas F. DAPP et Philipp BUECHNER, « Robot Advice – When Machines Manage your Assets », Deutch Bank Research, août 2016.
 3. Quatorze, selon le site Hardbacon.ca : en ligne : <<http://hardbacon.ca/fr/comparez-les-robots-conseillers-au-canada/>>.
 4. *Avis 31-342 du personnel des ACVM – Indications à l'intention des gestionnaires de portefeuille relativement aux conseils en ligne*, en ligne : <<https://lautorite.qc.ca/fileadmin/lautorite/reglementation/valeurs-mobilierees/0-avis-acvm-staff/2015/2015sept24-31-342-avis-acvm-fr.pdf>>.
 5. Iris H.-Y. CHIU, « Fintech and Disruptive Business Models in Financial Products Intermediation and Market Policy Implications for Financial Regulators », (2016) 21 *J. Tech. L. & Pol'y* 55, 65.
 6. La technologie permettant d'investir en ligne se développe depuis environ 25 ans, mais elle a récemment évolué de manière significative exerçant une forte pression sur les services de courtage et de conseil offerts par les firmes traditionnelles. En effet, « [i]n the recent years innovation in retail trading and investment platforms

séduisants pour les personnes qui ont peu de temps et d'énergie à consacrer à la planification de leur retraite et pour cette nouvelle génération dont le téléphone intelligent est une extension d'eux-mêmes. Mais cette nouvelle liberté vient-elle sans risque pour les investisseurs ? Cette vague d'innovations, que certains qualifient de changements perturbateurs⁷, doit-elle pousser la réflexion sur l'encadrement législatif et réglementaire actuel afin de permettre au public investisseur de réellement tirer profit des bénéfices qui peuvent en découler ?

Le développement des robots-conseillers et la place que cette technologie est appelée à occuper relèveront grandement de la qualité des services qui seront offerts et de la capacité des autorités réglementaires à assurer la protection des investisseurs afin de maintenir leur confiance. Actuellement, les autorités réglementaires, dont l'Autorité des marchés financiers (ci-après l'« AMF »), ont fait le choix de la passivité vis-à-vis des changements observés sur les marchés financiers. Confrontés à cette attitude réactive ayant prévalu depuis un certain nombre d'années et considérant l'importance d'un encadrement adéquat, il est approprié de se questionner.

En effet, le choix de l'approche dite du « wait and see » est-il adéquat dans un contexte où les innovations financières transforment de manière significative les règles du jeu ? Les règles actuelles sont-elles anachroniques dans un environnement où la relation d'investissement est dépersonnalisée et où les objectifs de rentabilité et de réduction des coûts modifient les attentes des parties ? Assurent-elles une protection suffisante des intérêts des investisseurs ?

Sans avoir la prétention de répondre définitivement à ces questionnements, nous proposons dans les lignes qui suivent de

has further accelerated, driven by changing investor demands and online usage behaviour, the speed of technological developments, such as artificial intelligence, natural language processing, big data analysis and cloud computing, and the use of media, social media, metadata and open-source data to support retail trading and investment decision making on such platforms ». OICV, *IOSCO Research Report on Financial Technologies (Fintech)*, février 2017, p. 22 et 23 (PDF), en ligne : <https://www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOSCOPD554.pdf>.

7. Stephen J. HUXLY et John Y. KIM, « The Short-Term Nature of Robo Portfolios », 12 septembre 2016, *Advisor Perspectives* 1, 1 et Iris H.-Y. CHIU, « Fintech and Disruptive Business Models in Financial Products Intermediation and Market Policy Implications for Financial Regulators », (2016) 21 *J. Tech. L. & Pol'y* 55.

jeter un regard critique sur les différents aspects de la relation se développant entre les robots-conseillers et les investisseurs. À cette fin, nous proposons tout d'abord d'examiner les particularités des robots-conseillers en nous attardant sur les risques qu'ils posent dans un contexte où les services de conseil sont offerts par des applications et autres portails automatisés s'appuyant sur des algorithmes (I-). Ceci nous permettra dans un deuxième temps de nous pencher sur les règles particulières encadrant ce type de relation (II-).

I- LE FONCTIONNEMENT DES ROBOTS-CONSEILLERS

Les « Fintech » ou « Financial Technologies » visent un ensemble de modèles d'affaires qui font appel à de nouvelles technologies afin d'offrir des services qui ont le potentiel de transformer le fonctionnement de l'industrie des services financiers⁸. Appliquées au domaine de l'investissement, les Fintech permettent aux émetteurs, aux investisseurs et aux intermédiaires de marché de communiquer, de s'informer et de transiger d'une manière différente du modèle traditionnel⁹.

Parmi ces nouveaux services se trouvent les robots-conseillers, lesquels permettent essentiellement de fournir des conseils financiers automatisés. En effet, les robots-conseillers offrent aux investisseurs individuels des services de gestion discrétionnaire d'un portefeuille par le biais d'une plateforme en ligne guidée en partie par des algorithmes et certains choix logiques préétablis qui permettent théoriquement d'effectuer des choix rationnels qui excluent tout biais émotif¹⁰. Ces services permettent d'offrir

8. OICV, *IOSCO Research Report on Financial Technologies (Fintech)*, février 2017, p. 4 (PDF), en ligne : IOSCO <<https://www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOSCOPD554.pdf>>.

9. Sur les incidences juridiques de ces nouvelles technologies, voir : Sylvie BOURDEAU, Nicolas FAUCHER et Charles Alexandre BROSEAU, « Les FinTechs : quels sont les enjeux juridiques ? », dans Service de la formation continue du Barreau du Québec, *Développements récents en droit bancaire (2017)*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2017, EYB2017DEV2463.

10. « Robo-advisors [...] are essentially automated interfaces that offer investment advice and discretionary investment management services without the intervention of a human adviser, using algorithms and asset allocation models that are advertised as being tailored to each individual's investment needs. » Iris H.-Y. CHIU, « Fintech and Disruptive Business Models in Financial Products Intermediation and Market Policy Implications for Financial Regulators », (2016) 21 *J. Tech. L. & Pol'y* 55, 88 ; Michael TERTILT et Peter SCHOLZ, « To Advise, or Not

des conseils en matière de placement à faibles coûts à travers un site interactif mobile et facile d'accès en désintermédialisant et en dépersonnalisant les services-conseils proposés. Se distinguant des services de conseil traditionnels, même des gestionnaires de portefeuille et de portefeuille d'exercice restreint inscrits qui ont récemment modifié leur modèle d'exploitation et ont commencé à exercer des activités à titre de « conseiller en ligne »¹¹, en offrant des services désintermédialisés, les robots-conseillers élargissent ainsi l'accès à l'investissement.

Bien que communément utilisé, le terme « robot-conseiller » paraît mal choisi, pour ne pas dire trompeur. En effet, les plateformes ne sont ni des conseillers à proprement parler ni des « robots », tels que conçus dans l'imaginaire collectif influencé par les films de science-fiction¹². Par ailleurs, comme la majorité de la terminologie liée au commerce en ligne¹³, l'expression « robot-conseiller » souffre d'une absence de traitement unanime¹⁴. Ainsi, si certains l'assimilent à toute forme de conseil en ligne, d'autres y voient une composante d'autonomie¹⁵. Certains, finalement, envisagent le robot-conseiller comme un réel robot par l'intégration d'algorithmes d'apprentissage profond¹⁶ lui permettant d'apprendre

to Advise – How Robo-Advisors Evaluate the Risk Preferences of Private Investors », p. 2, en ligne : <<https://ssrn.com/abstract=2913178>>.

11. *Avis 31-342 du personnel des ACVM – Indications à l'intention des gestionnaires de portefeuille relativement aux conseils en ligne*, en ligne : <<https://lautorite.qc.ca/fileadmin/lautorite/reglementation/valeurs-mobilieres/0-avis-acvm-staff/2015/2015sept24-31-342-avis-acvm-fr.pdf>>.
12. Rob CARRICK, « Robo-advisers have arrived (and may be just what your portfolio needs) », (2017) *The Globe and Mail*, en ligne : <<https://www.theglobeandmail.com/globe-investor/funds-and-etfs/etfs/robo-advisers-have-arrived-and-may-be-just-what-your-portfolio-needs/article20585868/>>.
13. Voir Nicolas W. VERMEYS, Karim BENYEKHFLEF et Vincent GAUTRAIS, « Réflexions juridiques autour de la terminologie associée aux places d'affaires électroniques », (2004) 38 *Revue juridique Thémis* 641.
14. On remarque d'ailleurs que même la graphie du terme connaît des variantes. Ainsi, on retrouvera notamment dans la littérature les expressions « robot conseiller », « robot-conseiller », « conseiller-robot » et « conseiller robot ». Pour notre part, l'expression « robot-conseiller » a été retenue puisqu'elle semble être la plus répandue dans l'industrie.
15. Voir Rob CARRICK, « Robo-advisers have arrived (and may be just what your portfolio needs) », (2017) *The Globe and Mail*, en ligne : <<https://www.theglobeandmail.com/globe-investor/funds-and-etfs/etfs/robo-advisers-have-arrived-and-may-be-just-what-your-portfolio-needs/article20585868/>>.
16. Comme nous le verrons plus loin, l'apprentissage profond est une forme d'intelligence artificielle que l'on pourrait qualifier de « [m]ode d'apprentissage automatique qui fait appel à de nombreuses couches de neurones artificiels qui, par leur interaction, permettent aux ordinateurs d'apprendre progressivement et efficace-

par lui-même¹⁷. Pour les fins du présent article et afin d'éviter de contribuer à cette confusion lexicale, nous nous proposons d'utiliser la définition suivante :

Les robots-conseillers sont des plateformes numériques qui fournissent des services de planification financière automatisés avec peu de supervision humaine. Pour ce faire, ils recueillent certaines informations auprès de leurs clients (situation financière, objectifs futurs, etc.) via un formulaire en ligne, puis utilisent les données recueillies pour offrir des conseils et/ou investir automatiquement les actifs des clients.¹⁸

Considérant leur nature, la relation se créant entre un robot-conseiller et un investisseur comporte nécessairement certains risques inhérents à l'utilisation d'Internet. Dans ce contexte se posent notamment la question de l'étendue et de la validité du consentement (A-), ainsi que la question de la protection des renseignements confidentiels communiqués par l'investisseur (B-).

A- Les risques liés au consentement lors de la conclusion d'un contrat électronique

Pour le client, l'une des principales questions liées aux transactions effectuées avec un robot-conseiller demeure la validité de celles-ci. En effet, l'utilisateur quidam peut être justifié de se questionner quant à la possibilité de transiger avec un algorithme. Notons que le législateur québécois s'est toutefois prononcé sur la question et qu'aujourd'hui, il est possible de conclure une entente par le biais de « documents préprogrammés », sous réserve de la mise en place de certains mécanismes permettant au cocontractant humain de corriger une transaction erronée. En effet, l'article 35 de la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*¹⁹ prévoit que :

ment à partir de mégadonnées ». OFFICE QUÉBÉCOIS DE LA LANGUE FRANÇAISE, *Grand dictionnaire terminologique*, « apprentissage profond », (2017), en ligne : <http://granddictionnaire.com/ficheOqlf.aspx?Id_Fiche=26532876>.

17. NANALYSE, « The Real Truth Behind the Rise of Robo-Advisors », (2016), en ligne : <<https://www.nanalyze.com/2016/01/the-real-truth-behind-the-rise-of-robo-advisors/>> : « When we first heard about “robo advisors”, we envisioned some “deep learning” technology that would do what a human investment advisor could do, but do it better ».

18. Cette définition est inspirée de celle offerte par le site Investopedia.com. Voir : INVESTOPEDIA, « Robo-Advisor (Robo-Advisor) », (2017), en ligne : <<https://www.investopedia.com/terms/r/roboadvisor-roboadvisor.asp>>.

19. RLRQ, c. C-1.1.1.

35. La partie qui offre un produit ou un service au moyen d'un document préprogrammé doit, sous peine d'inopposabilité de la communication ou d'annulation de la transaction, faire en sorte que le document fournisse les instructions nécessaires pour que la partie qui utilise un tel document puisse dans les meilleurs délais l'aviser d'une erreur commise ou disposer des moyens pour prévenir ou corriger une erreur. De même, des instructions ou des moyens doivent lui être fournis pour qu'elle soit en mesure d'éviter l'obtention d'un produit ou d'un service dont elle ne veut pas ou qu'elle n'obtiendrait pas sans l'erreur commise ou pour qu'elle soit en mesure de le rendre ou, le cas échéant, de le détruire.

Il est donc envisageable juridiquement de transiger avec un robot-conseiller. La forme que ce consentement doit prendre n'est toutefois pas tout à fait claire ou, pour être plus exact, demeure flexible. En effet, dans l'affaire *Dell c. Union des consommateurs*²⁰, la Cour suprême est venue confirmer la validité d'une clause compromissoire contenue dans un contrat conclu en cliquant sur « j'accepte » (contrat dit d'« achat au clic » ou *clickwrap*). De ce fait, il pourrait être tentant d'en déduire que le consentement donné par le biais d'un « clic », tel celui utilisé par une majorité de robots-conseillers, est valide.

Pourtant, il importe de préciser que la question de la validité du consentement par un clic n'a pas été soumise à la Cour dans cette affaire. Au contraire, comme les demandeurs voulaient faire respecter les termes du contrat, ils n'avaient pas intérêt à prétendre que celui-ci n'était pas valide. Quant à la défenderesse, plaider l'absence de consentement libre et éclairé de son cocontractant, en plus d'aller à l'encontre des principes de nullité²¹, aurait eu pour effet de dénoncer son propre modèle d'affaires et donc d'ouvrir la porte à une marée de poursuites de la part de consommateurs insatisfaits.

C'est donc dire que la question de la validité du contrat d'achat au clic et de toutes ses déclinaisons²² n'a pas été résolue

20. [2007] 2 RCS 801.

21. *Code civil du Québec*, RLRQ c. CCQ-1991 (ci-après : « C.c.Q. »), art. 1420.

22. En effet, Charles Morgan répertorie six catégories de contrats d'achat au clic, à savoir : 1. l'approche « clic plus » (*click plus*) où, en plus de cliquer sur « j'accepte », l'adhérent doit faire un second geste (entrer un mot de passe, écrire ses initiales, etc.) ; 2. l'approche « achat au clic » (*clickwrap*) classique où il suffit de cliquer pour être lié ; 3. l'approche « avis et double confirmation » (*notice + dual confirmation*) où l'adhérent doit indiquer séparément qu'il a pris connaissance des

une fois pour toutes par l'affaire *Dell*. Ceci étant, d'autres décisions nous offrent un meilleur éclairage quant aux mécanismes de consentement qui seraient jugés acceptables. Ainsi, dans l'affaire *Aspencer1.com Inc. c. Paysystems Corp.*²³, il est précisé que ce qui importe est d'assurer que « la procédure utilisée par le vendeur de site Internet, ou l'hébergeur, soit telle que l'acceptation de l'acheteur, ou hébergé, puisse être clairement donnée, sans équivoque, non par clause négative, ou prévoyant acquiescement tacite au cas d'utilisation du site »²⁴. La Cour supérieure est par la suite venue appuyer plus explicitement le principe du consentement en cliquant sur « j'accepte » : « Une obligation peut être contractée via Internet par le fait de peser sur une touche qui s'appelle « I agree » ou « J'accepte », alors que ce geste est requis pour accéder à une étape ultérieure. Lorsqu'une personne pose ce geste, cela fait naître pour cette personne des obligations »²⁵.

Évidemment, même s'il semble admis que celui qui appuie sur « j'accepte » manifeste son consentement au contrat d'adhésion qui lui est présenté par un robot-conseiller, l'aspect « libre et éclairé »²⁶ de ce même consentement demeure discutable. En effet, sans remettre en question le fait que celui ou celle qui refuse de lire ou ignore un contrat avant de cliquer sur « j'accepte » demeure normalement lié par celui-ci²⁷, la longueur, la complexité et la forme des contrats proposés par divers sites Web (y compris ceux offrant des services de robots-conseillers) par le biais de leurs conditions d'utilisation dérangent²⁸. C'est notamment ce que soulève le juge

conditions d'utilisation (par exemple en cochant une case) en plus de cliquer sur « j'accepte » ; 4. l'approche « avis et clic » (*notice + click*) où le bouton « j'accepte » est précédé d'un avis indiquant clairement que, en cliquant sur « j'accepte », l'adhérent accepte d'être lié par les conditions d'utilisation du site ; 5. l'approche « avis et hyperlien passif » (*notice and passive hyperlink*), où un avis invitant l'utilisateur à se diriger sur une page web contenant les conditions d'utilisation du site est affiché ; et 6. l'approche « achat en ligne » (*weburap*) qui équivaut à une acceptation implicite des conditions du site sans autre avis. Voir Charles MORGAN, « I Click, you Click, we all Click... But do we Have a Contract?: A Case Comment on *Aspencer1 v. Paysystems* », (2005) 4(2) *C.J.L.T.* 109, 116.

23. 2005 CanLII 6494 (QC CQ).

24. *Aspencer1.com Inc. c. Paysystems Corp.*, 2005 CanLII 6494, par. 25.

25. *Rogers Media Inc. c. Marchesseault*, 2006 QCCS 5314, par. 43.

26. Art. 1399 C.c.Q.

27. Voir notamment *STMicroelectronics Inc. c. Matrox Graphics Inc.*, 2007 QCCA 1784, par. 42.

28. Sur ce point, voir Vincent GAUTRAIS, « La couleur du consentement électronique », (2003) 16(1) *C.P.I.* 61.

Richard Nadeau dans l'affaire *Mofo Moko c. eBay Canada Ltd*²⁹ lorsqu'il remarque « qu'il serait fascinant de sonder les utilisateurs des services d'eBay pour savoir combien d'entre eux ont déjà lu le « User agreement » même en partie, et encore plus, combien l'ont lu en entier ! »³⁰. Ce questionnement demeure tout aussi valide en matière de contrats conclus avec des robots-conseillers. En effet, si plusieurs des contrats d'ouverture de compte étudiés ont une taille raisonnable, il demeure que l'un d'entre eux comporte 79 pages et un autre 48 pages. Ceci peut sembler d'autant plus surprenant dans la mesure où l'on allège le questionnaire afin d'encourager les futurs clients à le remplir. Pourquoi alors ne pas en faire autant avec les contrats afin de s'assurer que ces mêmes clients en fassent effectivement la lecture ?

En effet, pour citer une fois de plus l'affaire *Mofo Moko*, les conditions d'utilisation de sites Web sont souvent composées de « texte[s] touffu[s] dans lesquels s'alignent un nombre important d'avis, de conditions et de restrictions qui s'empilent les uns sur les autres dans un langage peu compréhensible, du moins pour les clients ordinaires, ce qui doit les dissuader de même tenter de les comprendre »³¹. Considérant les problèmes généralisés de littératie³² et, plus particulièrement, de littératie financière³³ qu'exhibent bon nombre d'utilisateurs potentiels de robots-conseillers, il est possible de se questionner, comme l'a fait Vincent Gautrais³⁴, sur la légalité de telles clauses.

29. 2013 QCCS 856, confirmée en appel. Voir *eBay Canada Ltd. c. Mofo Moko*, 2013 QCCA 1912.

30. *Mofo Moko c. eBay Canada Ltd.*, 2013 QCCS 856, par. 9.

31. *Mofo Moko c. eBay Canada Ltd.*, 2013 QCCS 856, par. 7. Un exemple d'une telle clause peut être trouvé dans les conditions du site de la société Smart Money (<<https://www.smartmoneyinvest.ca/#termsfuse>>) : « By accessing the Site, you agree to indemnify and hold harmless Smart Money and its agents, suppliers and their respective directors, officers and employees from and against any and all actions, proceedings, costs, claims, liabilities, damages and expenses (including reasonable legal fees) arising from or in connection with a breach of these terms and conditions or the use of this Site ».

32. En effet, soulignons que, selon les statistiques, plus de 50 % des Québécois sont analphabètes ou analphabètes fonctionnels. Voir : FONDATION POUR L'ALPHABÉTISATION, en ligne : <<https://www.fondationalphabetisation.org/fondation/analphabetisme-les-causes/fausses-croyances/>>.

33. Voir Thomas LALIME, *Essais sur l'épargne et la littératie financière des ménages au Canada*, Thèse de doctorat, 2017, en ligne : <http://www.irec.net/upload/File/memoires_et_theses/390_Lalime_Thomas_TheseJuill2017.pdf>, p. 78.

34. Vincent GAUTRAIS, « Les contrats de cyberconsommation sont presque tous illégaux ! », (2004) 106 *R. du N.* 617.

À cette problématique s'ajoute celle des clauses externes accessibles par hyperlien. Par exemple, le document « Informations sur la relation avec les clients » du site d'un robot-conseiller prévoit que :

Pour connaître tous les détails relatifs aux frais généraux, vous pouvez consulter notre site web sous l'onglet « Tarification », à la page « Frais généraux » ou encore communiquer avec l'un de nos représentants. Vous recevrez également notre « Barème des commissions et frais généraux » complet quelques jours suivant l'ouverture de votre compte de courtage dans votre trousse de bienvenue.

Si la Cour suprême, dans l'affaire *Dell*, n'a pas tranché quant à la question du consentement, elle s'est toutefois prononcée sur la validité de clauses auxquelles on renvoie par le biais d'hyperliens. En effet, selon la Cour :

Une page Internet peut comporter une multitude de liens, chacun conduisant à son tour à une nouvelle page Internet susceptible d'en comporter elle aussi une multitude, et ainsi de suite. À l'évidence, l'on ne saurait prétendre que toutes ces différentes pages reliées entre elles constituent un seul document, voire que l'ensemble du Web défilant devant l'écran de l'internaute n'est qu'un seul et même document.³⁵

À l'opposé, les liens intradocument (ou intrapage) ne créent pas cette structure ouverte et indéfinie, mais renforcent au contraire la linéarité du document. Ceci étant, si cette distinction est facilement concevable en théorie, elle peut être plus difficile à appliquer en pratique. D'ailleurs, il est intéressant de souligner que la Cour suprême n'a, à notre avis, pas respecté sa propre qualification et a refusé de qualifier de clause externe une page accessible par hyperlien externe. Vu la complexité liée à la multiplicité de types d'hyperliens, la Cour a choisi d'écarter l'application de l'article 1435 C.c.Q. aux contrats électroniques pour plutôt proposer l'adoption d'une nouvelle règle propre au Web, soit la règle

35. *Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs*, [2007] 2 RCS 801, par. 97.

de l'« accessibilité raisonnable »³⁶. Ainsi, selon la Cour : « pour qu'un contractant puisse invoquer la force obligatoire d'une clause contractuelle, il faut que l'autre contractant ait eu une possibilité raisonnable d'en prendre connaissance »³⁷.

B- Les risques liés à la sécurité de l'information

Vu la couverture médiatique accordée aux différentes fuites de données confidentielles durant ces dernières années³⁸, il n'est pas surprenant que la sécurité de l'information en général³⁹ et la confidentialité des données en particulier⁴⁰ constituent des éléments que les propriétaires de conseillers-robots se doivent de considérer. En effet, la protection des données sensibles, renseignements personnels et autres informations confidentielles⁴¹ est centrale afin de maintenir la confiance des investisseurs envers les services offerts par les robots-conseillers. C'est pourquoi l'Avis 31-342 prévoit que les robots-conseillers doivent respecter les lois et les obligations réglementaires « portant notamment sur l'identification du client, la confidentialité des renseignements et la prévention du blanchiment d'argent »⁴².

36. *Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs*, [2007] 2 RCS 801, par. 97. Pour une critique de cette règle, voir : Nicolas W. VERMEYS et François SENÉCAL, « Commentaire sur la décision *Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs* – La dénaturation de la notion de clause externe », *Repères*, août 2007, *La référence*, EYB2007REP625.

37. *Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs*, [2007] 2 RCS 801, par. 98.

38. Pensons par exemple à la couverture médiatique accordée aux fuites subies par la société Yahoo !, ou encore à celles dont ont été victimes les entreprises Sony, Apple, Ashley Madison, Target, Home Depot, T.J. Maxx, etc.

39. Rappelons que la sécurité de l'information englobe la confidentialité, l'intégrité et la disponibilité des données. Voir : Nicolas W. VERMEYS, *Responsabilité civile et sécurité informationnelle*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2010, p. 23. D'ailleurs, il importe de préciser que l'Avis 18-0015 de l'OCRCVM (en ligne : <http://www.ocrcvm.ca/Documents/2018/098ae927-2e7b-44d1-94f2-06833b3a6fbb_fr.pdf#search=confidentialit%C3%A9>) prévoit une obligation de « maintenir des politiques et procédures adéquates pour préserver la confidentialité, l'intégrité et la disponibilité des données du courtier ».

40. La confidentialité peut être définie comme étant la « [p]ropriété d'une information ou de renseignements personnels qui ne doivent pas être divulgués à des personnes ou à des entités non autorisées ». Voir OFFICE QUÉBÉCOIS DE LA LANGUE FRANÇAISE, *Grand dictionnaire terminologique*, « confidentialité », (2001), en ligne : <http://granddictionnaire.com/ficheOqlf.aspx?Id_Fiche=8380639>.

41. Nous reviendrons à la distinction entre ces notions ci-après.

42. *Avis 31-342 du personnel des ACVM – Indications à l'intention des gestionnaires de portefeuille relativement aux conseils en ligne*, p. 5, en ligne : <<https://lautorite.qc.ca/fileadmin/lautorite/reglementation/valeurs-mobilieres/0-avis-acvm-staff/2015/2015sept24-31-342-avis-acvm-fr.pdf>>.

Si les lois⁴³ et obligations réglementaires⁴⁴ relatives à la confidentialité des renseignements sont nombreuses et mériteraient chacune une analyse poussée quant à leur portée en ce qui concerne les obligations directes du robot-conseiller, une telle analyse dépasse l'objectif et la portée du présent article. Nous nous concentrerons plutôt sur la principale disposition de droit commun créant cette obligation de confidentialité, soit l'article 25 de la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*. En vertu de cette disposition :

La personne responsable de l'accès à un document technologique qui porte un renseignement confidentiel doit prendre les mesures de sécurité propres à en assurer la confidentialité, notamment par un contrôle d'accès effectué au moyen d'un procédé de visibilité réduite ou d'un procédé qui empêche une personne non autorisée de prendre connaissance du renseignement ou, selon le cas, d'avoir accès autrement au document ou aux composantes qui permettent d'y accéder.

Rappelons qu'un document technologique est défini ailleurs dans la loi comme étant constitué d'information portée par un support faisant appel aux technologies de l'information. Ainsi, le questionnaire soumis au client par un robot-conseiller est assimilable à un document technologique au sens de la loi⁴⁵. L'entreprise financière derrière le robot-conseiller se trouve donc dans l'obligation de mettre en place divers mécanismes, dont ceux énumérés à l'article 25 de la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*, afin d'assurer un niveau de sécurité raisonnable aux renseignements confidentiels fournis par ses clients⁴⁶.

43. Voir notamment la *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé*, RLRQ, c. P-39.1, art. 10, et la *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques*, L.C. 2000, c. 5, annexe 1, septième principe. C'est sans compter les différents textes propres au domaine financier telle la *Loi sur la distribution de produits et services financiers*, RLRQ, c. D-9.2, art. 30.

44. Voir notamment la *Règle 2800 : Opérations sur les marchés canadiens institutionnels de titres d'emprunt*, art. 2.4, en ligne : <http://www.ocrcvm.ca/RuleBook/MemberRules/RulesCollated_fr.pdf> : « Les courtiers membres doivent veiller à que les opérations avec les clients et les contreparties sur le marché canadien des titres d'emprunt soient faites sur une base confidentielle ».

45. Voir l'article 71 de la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*.

46. Notons à cette fin que l'OCRCVM propose un « Guide de pratiques exemplaires en matière de cybersécurité » (en ligne : <http://www.ocrcvm.ca/industry/Documents/CybersecurityBestPracticesGuide_fr.pdf>), ainsi qu'un Guide de « Gestion des cyberincidents » (en ligne : <<http://www.ocrcvm.ca/industry/Documents/Cyber>

Notons ici que la loi ne se limite pas aux seuls renseignements personnels qui, il est utile de le rappeler, englobent « tout renseignement qui concerne une personne physique et permet de l'identifier »⁴⁷. Ainsi, certaines données sensibles qui pourraient être partagées par un client avec son robot-conseiller, par exemple des données visant son employeur (voire l'existence de la transaction)⁴⁸, sont également visées par la notion plus large de « renseignement confidentiel ». Cette observation concorde d'ailleurs avec la position adoptée dans les *Règles des courtiers membres de l'OCRCVM*, lesquelles prévoient que « [l]e courtier membre doit respecter le caractère confidentiel de tous les renseignements au sujet de ses clients »⁴⁹ et non de ses seuls renseignements personnels (notre soulignement). D'ailleurs, l'expression « renseignement confidentiel » semble être préférée à celle de « renseignement personnel » dans lesdites règles⁵⁰, bien que certaines références aux « renseignements personnels » demeurent⁵¹.

Notons au passage que, si la notion de « renseignement confidentiel » n'a pas été définie à ce jour par le législateur ou la jurisprudence⁵², nos travaux en la matière⁵³ nous ont permis

IncidentManagementPlanningGuide_fr.pdf#search=confidentialit%C3%A9>) à ses membres.

47. *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé*, RLRQ, c. P-39.1, art. 2.
48. *Règle 29 : Conduite des affaires*, art. 5, en ligne : <http://www.ocrcvm.ca/RuleBook/MemberRules/RulesCollated_fr.pdf>.
49. *Règle 2400 : Relations entre les courtiers membres et des entités de services financiers : partage de bureaux*, « Confidentialité des renseignements sur les clients », « Consentement des nouveaux clients », art. 2, en ligne : <http://www.ocrcvm.ca/RuleBook/MemberRules/RulesCollated_fr.pdf>.
50. Voir notamment la *Règle 2400 : Relations entre les courtiers membres et des entités de services financiers : partage de bureaux*, « Confidentialité des renseignements sur les clients », « Consentement des nouveaux clients », art. 3, 5 et 6 ; la *Règle 2800 : Opérations sur les marchés canadiens institutionnels de titres d'emprunt*, art. 4.3b) (3) ; ainsi que la *Règle 2800B : Opérations et surveillance du marché de détail des titres d'emprunt*, art. 4.2b) (3), en ligne : <http://www.ocrcvm.ca/RuleBook/MemberRules/RulesCollated_fr.pdf>.
51. Par exemple, à l'article 5b) de la section « Normes minimales pour les bureaux partagés » de la *Règle 2400 : Relations entre les courtiers membres et des entités de services financiers : partage de bureaux* (en ligne : <http://www.ocrcvm.ca/RuleBook/MemberRules/RulesCollated_fr.pdf>). On peut lire : « Lorsque c'est nécessaire pour réduire au minimum la confusion chez les clients et pour assurer la confidentialité des dossiers et la protection des renseignements personnels ».
52. Cette problématique est soulignée dans l'arrêt *R. c. Stewart*, [1988] 1 RCS 963, par 33.
53. Nicolas VERMEYS, Julie M. GAUTHIER et Sarit MIZRAHI, « Étude sur les incidences juridiques de l'utilisation de l'infonuagique par le gouvernement du

de la qualifier ainsi : « tout renseignement dont la loi interdit la divulgation volontaire ou involontaire à un tiers (à l'exception, dans certains cas, de la personne concernée) ou autorise la non-divulgation (notamment pour des fins de sécurité nationale) »⁵⁴.

Dans le domaine du conseil en ligne, la portée de l'article 25 de la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information* a notamment été évaluée dans l'affaire *Chambre de l'assurance de dommages c. Kotliaroff*⁵⁵. Dans cette décision rendue dans un domaine présentant certaines similitudes avec celui à l'étude – l'assurance de dommages – la Chambre de l'assurance de dommages devait se pencher sur les mesures de sécurité lacunaires mises en œuvre par un conseiller pour protéger les données de ses clients. Selon la Chambre :

[33] Dans le présent dossier, l'intimé, en hébergeant, sur son propre site internet, les liens informatiques, code d'utilisateur et mot de passe de son frère (chef no. 1), sans protéger adéquatement l'accès à ceux-ci, n'a pas, de toute évidence, respecter les obligations qui lui étaient imposées par l'article 25 de la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*, soit celles « de prendre les mesures de sécurité propres à en assurer la confidentialité, notamment par un contrôle d'accès effectué au moyen d'un procédé de visibilité réduite ou d'un procédé qui empêche une personne non autorisée de prendre connaissance du renseignement » ;

[34] Il est probable que le recours au service d'une entreprise spécialisée dans la création de site web aurait permis à l'intimé d'éviter le bris de confidentialité qui lui est, aujourd'hui, reproché dans la présente plainte ;⁵⁶

Si l'article 25 de la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information* responsabilise la personne responsable de l'accès à un document technologique, cette personne n'est pas

Québec », étude présentée au Conseil du trésor du Québec, 2014. Voir également, Nicolas VERMEYS, Emmanuelle AMAR, avec la collaboration de Vincent GAUTRAIS, « Le dépôt technologique des documents », étude présentée au ministère de la Justice du Québec, 2016, p. 85 et s.

54. Nicolas VERMEYS, Julie M. GAUTHIER et Sarit MIZRAHI, « Étude sur les incidences juridiques de l'utilisation de l'infonuagique par le gouvernement du Québec », étude présentée au Conseil du trésor du Québec, 2014, p. 106.

55. 2008 CanLII 19078 (QC CDCHAD).

56. *Chambre de l'assurance de dommages c. Kotliaroff*, 2008 CanLII 19078 (QC CDCHAD), par. 34 et 35.

nécessairement celle qui sera en mesure d'assurer la sécurité du robot-conseiller. En effet, dans la mesure où l'entreprise qui offre les services d'un robot-conseiller n'est pas nécessairement celle qui a programmé la plateforme, il est fort probable que celle-ci ne soit pas la mieux placée pour mettre en œuvre les mesures de sécurité jugées raisonnables. C'est pourquoi certains auteurs recommandent la mise en œuvre de conventions prévoyant le partage de responsabilité entre les différents acteurs impliqués dans la conception, la programmation et l'exploitation de robots-conseillers :

Dans la mesure où les conséquences financières liées à une fuite de données dans le domaine bancaire peuvent être particulièrement importantes, les structures contractuelles entre les institutions financières, les FinTechs et les commerçants devraient donc prévoir l'imputation précise de la responsabilité civile et contractuelle de ces diverses entités en pareilles circonstances.⁵⁷

Ce partage de responsabilité devrait-il également impliquer le client ? Certains robots-conseillers le prévoient dans leurs conditions d'utilisation. Par exemple, le site d'un conseiller prévoit que :

XXX cannot guarantee complete confidentiality or security for information that is transmitted electronically. By accessing the Site, you acknowledge that XXX is not responsible for any damages or losses you may suffer as a result of your electronic transmission of confidential or sensitive information to us. Please refer to XXX's privacy policy for more information.

À notre avis, la validité d'une telle clause est discutable. S'il va de soi que le client sera responsable de la protection de ses identifiants (nom d'utilisateur et mot de passe), ainsi que de la sécurité de son propre système, il n'est pas dans une situation lui permettant d'évaluer le niveau de risque auquel il est soumis lorsqu'il transige avec un robot-conseiller. Évidemment, tel que nous l'avons souligné ailleurs, le risque zéro étant une lubie, il est impossible de garantir la sécurité de données confiées par le client⁵⁸. Ceci étant, prétendre que l'entreprise ne peut être tenue

57. Sylvie BOURDEAU, Nicolas FAUCHER et Charles Alexandre BROUSSEAU, « Les FinTechs : quels sont les enjeux juridiques ? », dans Service de la formation continue du Barreau du Québec, *Développements récents en droit bancaire* (2017), Montréal, Éditions Yvon Blais, 2017, EYB2017DEV2463.

58. Nicolas W. VERMEYS, *Responsabilité civile et sécurité informationnelle*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2010, p. 14.

responsable d'aucun dommage lié à la transmission de renseignements confidentiels semble abusif. En effet, sans permettre au client d'avoir accès à l'ensemble des politiques et mesures de sécurité adoptées par l'entreprise (des documents qui, ironiquement, sont normalement confidentiels), comment le client peut-il évaluer le risque auquel ses données sont exposées ?

Avant de conclure la présente sous-section, nous nous permettons un regard sur l'avenir. Si, présentement, les algorithmes sur lesquels sont basés une majorité de robots-conseillers demeurent relativement rudimentaires⁵⁹, les avancées des dernières années en matière d'apprentissage profond (*deep learning*), soit une forme d'intelligence artificielle qui permettrait aux robots-conseillers « d'apprendre progressivement et efficacement à partir de mégadonnées »⁶⁰, pourraient avoir une incidence sur leur évolution et leur autonomie. Les mégadonnées, en l'occurrence, seront constituées des informations puisées à même les questionnaires des clients, créant ainsi une base de données massive pouvant être exploitée afin d'entraîner les algorithmes d'intelligence artificielle et permettre au robot-conseiller de mieux assister son client (voire éventuellement de lui donner de meilleurs conseils que ne le ferait un conseiller humain). Dans de telles circonstances, la mise en œuvre de mesures de sécurité sera notamment essentielle afin d'éviter que des données anonymisées se retrouvant dans cette base de données puissent être reconstituées et ainsi nuire à la vie privée du client, tout en allant à l'encontre des obligations du conseiller derrière le robot-conseiller.

II- L'ENCADREMENT DES ACTIVITÉS DES ROBOTS-CONSEILLERS : CRAINTES ET CRITIQUES

La réglementation encadrant le domaine des valeurs mobilières vise à favoriser le bon fonctionnement du marché et à assurer la protection des investisseurs⁶¹, notamment en supervisant

59. NANALYSE, « The Real Truth Behind the Rise of Robo-Advisors », (2016), en ligne : <<https://www.nanalyze.com/2016/01/the-real-truth-behind-the-rise-of-robo-advisors/>>.

60. OFFICE QUÉBÉCOIS DE LA LANGUE FRANÇAISE, *Grand dictionnaire terminologique*, « apprentissage profond », (2017), en ligne : <http://granddictionnaire.com/ficheOqlf.aspx?Id_Fiche=26532876>.

61. David JOHNSTON, Kathleen RICKWELL et Christie FORD, *Canadian Securities Regulation*, 5^e éd., Marham, LexisNexis, 2014, p. 18 et s. ; John HONSBARGER,

les activités des différents acteurs appelés à interagir avec ces derniers. En ce sens, l'Autorité des marchés financiers a depuis longtemps adopté des règles régissant les activités et la conduite des personnes agissant à titre de courtiers, de conseillers ou de représentants en leur imposant une obligation d'inscription⁶².

L'objectif poursuivi par l'inscription des intermédiaires de marché est de protéger le public investisseur en s'assurant que les professionnels inscrits sont honnêtes, dignes de confiance et aptes à exercer le commerce des valeurs mobilières. En effet, tel que le soulignait un rapport de la Bourse de Toronto soumis à la Commission des valeurs mobilières de l'Ontario :

L'inscription préalable a pour but de veiller à ce que les personnes traitant avec le public dans le commerce des valeurs mobilières disposent d'un capital suffisant ; à ce que les personnes ne possédant pas les qualifications requises ne soient pas admises à ces activités, à imposer des règles d'exploitation et de procédure jugées nécessaires à l'intérêt public ; et d'imposer l'observation de certains principes de conduite morale.⁶³

Assujettis à l'autorité réglementaire de l'AMF, les robots-conseillers soumis à l'obligation d'inscription doivent respecter l'ensemble des obligations qui incombent aux gestionnaires de portefeuille offrant leurs services selon un modèle d'affaires traditionnel puisqu'il n'existe aucune dispense aux conditions prévues dans le Règlement 31-103 pour ce type de service. En effet, s'étant intéressée à l'encadrement des robots-conseillers, l'AMF a choisi de maintenir le mode d'encadrement traditionnel en procédant par analogie pour réglementer les services-conseils offerts par le

« Les fautes des courtiers en valeurs mobilières et les moyens de protection », dans CONSOMMATION ET CORPORATIONS CANADA, *Avant-projet d'une loi canadienne sur le marché des valeurs mobilières*, vol. 3, Ottawa, ministère des Approvisionnements et Services Canada, 1979, p. 1686, à la page 1797.

62. Soulignons qu'afin de s'acquitter de ses responsabilités, l'Autorité des marchés financiers a également délégué certaines fonctions à des organismes d'autoréglementation.

63. Mémoire de la Bourse de Toronto à la Commission des valeurs mobilières de l'Ontario relativement au Bill 75, *The Securities Act*, 1974, p. 34, repris et traduit dans le texte de Mark Q. CONNELLY, « L'inscription des participants au marché des valeurs mobilières au Canada », dans CONSOMMATION ET CORPORATIONS CANADA, *Avant-projet d'une loi canadienne sur le marché des valeurs mobilières*, vol. 3, Ottawa, ministère des Approvisionnements et Services Canada, 1979, p. 1425, à la page 1434.

biais de nouvelles technologies. De ce fait, les intermédiaires qui rencontrent leurs clients en personne et ceux qui établissent un contact virtuel avec ces derniers sont soumis aux mêmes obligations⁶⁴.

Afin de comprendre les implications de ce choix réglementaire, nous proposons de nous pencher sur ces différentes obligations et sur leur transposition aux robots-conseillers dans la prochaine partie. Étant guidés par des algorithmes et une logique s'appuyant sur les faits, les robots-conseillers laissent croire que les conseils et les décisions sont exempts des biais cognitifs, économiques ou émotifs qui affectent généralement les acteurs du milieu⁶⁵. Malgré cela, tel que nous le verrons, se posent certaines questions relatives à l'accès à l'information et à la transparence du processus d'investissement, notamment quant à la composition du portefeuille et à la convenance des produits offerts en lien avec les besoins réels des investisseurs.

Dans ce contexte, nous analyserons tout d'abord la question du respect de la règle de connaissance du client et les risques liés au biais cognitif du client dans un contexte où les échanges s'effectuent virtuellement (A-), pour ensuite considérer la nature des investissements proposés (B-). Ceci nous permettra de nous intéresser à la question des frais liés à l'ouverture d'un compte auprès d'un robot-conseiller, à la divulgation des conflits d'intérêts (C-), ainsi qu'à l'influence du contexte économique actuel sur le fonctionnement des robots-conseillers (D-).

A- Le respect de la règle de connaissance du client et les risques liés au biais cognitif du client

Afin de permettre aux robots-conseillers d'offrir à leurs clients des produits qui correspondent à leurs besoins et objectifs, les

64. *Avis 31-342 du personnel des ACVM – Indications à l'intention des gestionnaires de portefeuille relativement aux conseils en ligne*, en ligne : <<https://lautorite.qc.ca/fileadmin/lautorite/reglementation/valeurs-mobilierees/0-avis-acvm-staff/2015/2015sept24-31-342-avis-acvm-fr.pdf>>.

65. Notons toutefois que de tels biais pourraient se retrouver dans la programmation de ces algorithmes. C'est notamment ce qui a été observé dans le cas d'algorithmes d'intelligence artificielle. Voir : Julia ANGWIN, Jeff LARSON, Surya MATTU et Lauren KIRCHNER, « Machine Bias », *ProPublica*, 23 mai 2016, en ligne : <<https://www.propublica.org/article/machine-bias-risk-assessments-in-criminal-sentencing>>.

personnes souhaitant profiter des avantages offerts par une plateforme doivent dans un premier temps remplir un questionnaire en ligne visant à établir leur profil d'investisseur⁶⁶. Cette quête d'informations, qui peut sembler très intrusive pour un investisseur néophyte, s'avère cruciale afin de permettre à l'intermédiaire de remplir efficacement son rôle⁶⁷. En effet, l'article 13.3(1) du Règlement 31-103 prévoit, en ce qui concerne la convenance d'une transaction, que la personne inscrite doit prendre des mesures raisonnables, « avant de faire une recommandation à un client, d'accepter d'un client une instruction d'achat ou de vente de titres, ou d'effectuer l'achat ou la vente de titres pour le compte géré d'un client, pour s'assurer que l'achat ou la vente convient au client ».

Ce sont donc ces informations recueillies dès l'ouverture du compte qui permettent à l'intermédiaire de s'assurer que les recommandations de placement effectuées auprès de son client conviennent réellement à sa situation financière⁶⁸, à ses objectifs de placement, ainsi qu'à sa tolérance aux risques⁶⁹. L'obligation de connaître son client est, tel que le soulignait le juge Reimnitz, « au cœur du travail du conseiller [puisqu']une fiche incorrecte-

66. À ce sujet, voir notamment : Julie BIRON et Stéphane ROUSSEAU, « Responsabilité civile des courtiers en valeurs mobilières », dans *Jurisclasseur Québec*, coll. « Responsabilité civile professionnelle », fasc. 11, Montréal, LexisNexis Canada, feuilles mobiles ; Stéphane ROUSSEAU, « L'obligation du courtier de connaître son client », (2008) 2 *Revue de droit bancaire et financier* 60 ; Julie-Martine LORANGER, Laure FOUIN, Martine GUIMOND, Michael GARELLEK et Joanna LOZOWIK, « Régime d'inscription », dans *JurisClasseur Québec*, coll. « Droit des affaires », *Valeurs mobilières*, fasc. 11, Montréal, LexisNexis Canada, feuilles mobiles, par. 134 à 141 ; OICV, *IOSCO Research Report on Financial Technologies (Fintech)*, février 2017, p. 25 (PDF), en ligne : IOSCO <<https://www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOSCOPD554.pdf>>.

67. À titre d'exemple, l'âge de l'investisseur est révélateur de l'horizon de placement du client et de ses besoins en matière de revenu. De même, les connaissances en matière de placement et l'expérience générale du client servent d'indicateurs au courtier ou au conseiller pour déterminer la nature et la quantité de renseignements et d'explications qu'il doit lui donner lorsqu'il recommandera un placement. Raymond D. LEMOYNE et George R. THIBAUDEAU, « La responsabilité des courtiers en valeurs mobilières au Québec », (1991) 51 *R. du B.* 503, 515.

68. Ainsi, les obligations de connaissance du client et d'évaluation de la convenance des opérations projetées constituent des obligations complémentaires et servent de pierres angulaires à l'encadrement des personnes inscrites lorsqu'il est question de la protection des investisseurs ayant recours à leurs services.

69. Le paragraphe 13.2(2)c) du Règlement 31-103 prévoit qu'avant de faire une recommandation, la personne inscrite est tenue de s'assurer qu'elle correspond aux objectifs d'investissement et à la situation financière que lui décrit son client. Indirectement, cette règle implique également l'obligation pour le courtier de bien connaître les produits de placement qu'il souhaite recommander à ses clients.

ment remplie aura des répercussions sur les décisions futures de placement »⁷⁰.

Ainsi, afin de remplir leurs obligations, les intermédiaires qui agissent via une plateforme ont recours à un questionnaire électronique⁷¹. L'Avis 31-342 précise qu'un questionnaire qui vise à recueillir de l'information au sujet d'un client sur une plateforme ne peut se résumer à un formulaire où le client éventuel doit cocher des cases⁷² et que les questionnaires proposés devraient posséder les caractéristiques suivantes :

- ils posent des questions comportementales qui permettent d'établir la tolérance au risque et d'obtenir d'autres éléments d'information relative à la connaissance du client ;
- ils obligent un client actuel ou éventuel à répondre à toutes les questions pour pouvoir continuer de remplir le questionnaire ;

70. *Laberge c. Quesnel*, 2009 QCCS 3399, par. 218. Voir au même effet l'affaire *Varcoe* où la Cour de la *General Division* d'Ontario a indiqué que : « The cardinal rule of the brokerage business is the “know your client rule”. A broker who opens an account for a client is required to obtain from the client an “account application form”. It contains detailed information about the client including age, employment, income, net worth, trading experience and trading objectives, as well as personal and family responsibilities. The broker has an obligation to the client, to himself and to the industry to keep up to date on the client's circumstances and informed of any significant changes in those circumstances ». *Varcoe c. Sterling*, [1992] O.J. No. 60, par. 26 (Gen. Div.).

71. Le Règlement 31-103 établit la nature des renseignements que l'intermédiaire doit colliger. Voir l'article 13.2 du Règlement 31-103 qui indique que : « 2) La personne inscrite prend des mesures raisonnables pour faire ce qui suit : a) établir l'identité et, si la personne inscrite a des doutes sur le client, effectuer une enquête diligente sur la réputation de ce dernier ; b) déterminer si le client est initié à l'égard d'un émetteur assujéti ou de tout émetteur dont les titres sont négociés sur un marché ; c) disposer de renseignements suffisants sur tous les éléments suivants pour être en mesure de s'acquitter de ses obligations en vertu de l'article 13.3 ou, le cas échéant, des obligations imposées par un OAR : i) les besoins et objectifs de placement du client ; ii) la situation financière du client ; iii) la tolérance au risque du client ; d) établir la solvabilité du client, si la société inscrite lui consent un crédit en vue de l'acquisition de titres ». En parallèle, l'OCRCVM impose une obligation similaire à leurs membres. *Règles des courtiers membres de l'OCRCVM*, Règle 1300(1), en ligne : <<http://iroc.knotia.ca/Knowledge/View/Document.cfm?Ktype=446&linkType=toc&dbID=231501342&tocID=64>>.

72. *Avis 31-336 du personnel des ACVM – Indications à l'intention des gestionnaires de portefeuille, des courtiers sur le marché dispensé et des autres personnes inscrites au sujet des obligations de connaissance du client, de connaissance du produit et d'évaluation de la convenance au client*, p. 2, ACVM, en ligne : <<https://lautorite.qc.ca/fileadmin/lautorite/reglementation/valeurs-mobilieres/0-avis-acvm-staff/2014/2014jan09-31-336-avis-acvm-fr.pdf>>.

- ils détectent les incohérences dans les réponses (par exemple, celles qui indiquent à la fois une faible tolérance au risque et un objectif de croissance maximale), et ne permettront pas au client de continuer à remplir le questionnaire tant que le conflit n'est pas résolu ;
- ils font ressortir les incohérences ou les conflits dans les réponses du client qui donneront lieu à un appel du représentant-conseil à l'investisseur ;
- ils sensibilisent les investisseurs aux expressions et aux concepts utilisés ;
- ils rappellent à l'investisseur qu'un représentant-conseil peut l'accompagner tout au long du processus.⁷³

En effet, comme les robots-conseillers sont soumis aux mêmes obligations que toutes les personnes inscrites, le formulaire en ligne devrait théoriquement permettre de mieux comprendre le contexte financier du client potentiel (dont sa situation d'emploi, l'ensemble de ses sources de revenus, les actifs et les placements détenus, ses besoins de liquidité, etc.), ainsi que les caractéristiques propres au client (dont ses besoins financiers, ses projets et objectifs d'investissement, son expérience, ses horizons d'investissement, sa tolérance au risque, etc.) afin de se conformer aux exigences de l'article 13.3(1) du Règlement 31-103⁷⁴. Tel que le souligne l'Organisation internationale des commissions de valeurs, cette information est centrale puisque :

[R]obo-advice may be inappropriate if the algorithm driving it does not capture sufficient data to reflect the client's overall and unique financial situation through questions regarding, among others, the

73. *Avis 31-342 du personnel des ACVM – Indications à l'intention des gestionnaires de portefeuille relativement aux conseils en ligne*, en ligne, <<https://lautorite.qc.ca/fileadmin/lautorite/reglementation/valeurs-mobilières/0-avis-acvm-staff/2015/2015sept24-31-342-avis-acvm-fr.pdf>>.

74. *Règlement 31-103 sur les obligations et dispenses d'inscription et les obligations continues des personnes inscrites*, en ligne : <<https://lautorite.qc.ca/fileadmin/lautorite/reglementation/valeurs-mobilières/31-103/2016-07-15/2016juil15-31-103-vofficielle-fr.pdf>>.

investor's cash flow constraints, tax situation, anticipated expenditures and other sources of wealth.⁷⁵

Or, qu'en est-il ? Est-ce que les questions posées aux clients dans les questionnaires en ligne sont suffisantes pour établir leur profil et formuler des recommandations qui correspondent réellement aux besoins financiers de ces derniers ? Où est-ce trop général, ambigu, incompréhensible et superficiel, créant ainsi un effet de « one size fits all » ? Le robot-conseiller connaît-il l'âge, l'horizon de placement, la situation financière, les besoins financiers, l'expérience de l'investisseur, les autres investissements qui sont détenus par ce dernier, les objectifs poursuivis, les besoins en liquidité, la tolérance au risque, etc. ? Si ce n'est pas le cas, les recommandations offertes seront probablement inappropriées.

À la suite de l'examen des questionnaires de plusieurs robots-conseillers, il est possible d'affirmer que, de manière générale, les questionnaires en ligne comportent un nombre limité⁷⁶ de questions qui visent notamment à identifier l'investisseur (nom et âge), ses objectifs de placement, son revenu annuel, ses actifs financiers, son horizon de placement et sa tolérance au risque. Certes, les questionnaires en ligne comportent habituellement peu de questions (une dizaine en moyenne) qui visent essentiellement :

- l'âge (soit en demandant la date d'anniversaire, soit en demandant à quel groupe d'âge l'investisseur appartient) ;
- l'horizon de placement (généralement en proposant entre 3 à 5 choix de réponse. Ex. : 0-2 ans, 2-5 ans, 5-10 ans, plus de dix ans) ;
- on demande parfois, de différentes façons, de décrire sa situation financière actuelle (notamment en demandant la situation d'emploi, la stabilité des entrées d'argent, dans quelques cas en

75. OICV, *IOSCO Research Report on Financial Technologies (Fintech)*, février 2017, p. 33, en ligne : IOSCO <<https://www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOSCOPD554.pdf>>.

76. Selon l'étude menée par les professeurs Tertilt et Scholz, les robots-conseillers posent en moyenne dix questions pour établir le profil d'un investisseur et parmi celles-ci, seulement 60 % sont utiles pour établir leur tolérance au risque. Michael TERTILT et Peter SCHOLZ, « To Advise, or Not to Advise – How Robo-Advisors Evaluate the Risk Preferences of Private Investors », p. 19, en ligne : <<https://ssrn.com/abstract=2913178>>.

demandant quels sont les revenus, les actifs financiers et les actifs non financiers possédés et le total des actifs de ce dernier)⁷⁷. Dans les autres cas, on demandera quel est le niveau d'endettement global ou le montant du remboursement mensuel ;

- les connaissances en matière de placement (certains questionnaires offrent un choix (ex. : nulle à excellente)), alors que d'autres demandent si l'investisseur a déjà investi sur les marchés boursiers ou dans des fonds communs, ou encore en demandant de choisir la réponse qui définit le mieux la notion de risque dans le domaine de l'investissement ;
- l'objectif de l'investissement (en proposant des choix de réponse. Ex. : revenus, épargne à court terme, retraite, etc.)⁷⁸ ;
- la tolérance au risque et face à la volatilité (parfois illustrée par un graphique, généralement par des choix de réponse).

Le nombre limité de questions s'explique puisque les investisseurs qui remplissent le formulaire sont seuls devant leur écran et risquent de ne pas compléter l'évaluation si le nombre de questions et le temps requis sont trop importants⁷⁹. En effet, le conseiller qui remplit le questionnaire KYC en présence de l'investisseur peut l'intéresser et le motiver à répondre aux questions en discutant avec lui. Or, si le questionnaire que doit remplir le client ne permet pas d'établir adéquatement son profil d'investisseur et qu'il ne permet pas d'assurer une analyse complète des besoins d'investissement de celui-ci, ceci est susceptible d'avoir de graves conséquences économiques pour l'investisseur⁸⁰. L'enjeu est donc

77. Un formulaire demande même le nombre de mois où l'investisseur peut assumer ses dépenses courantes en utilisant ses épargnes (les placements les plus liquides) pour connaître la capacité de ce dernier à assumer une perte si les marchés sont baissiers).

78. Exemple de réponses proposées : 1. J'accorde la priorité au rendement en acceptant un risque plus élevé, maximisant ainsi la possibilité d'atteindre mes buts à long terme ; 2. J'accorde autant d'importance au rendement qu'à la stabilité de mes investissements à court terme ; 3. J'accorde de l'importance à la stabilité de mes investissements à court terme ; 4. J'accorde la priorité à la stabilité de mes investissements à court terme, même si le potentiel de rendement est plus faible.

79. Michael TERTILT et Peter SCHOLZ, « To Advise, or Not to Advise – How Robo-Advisors Evaluate the Risk Preferences of Private Investors », p. 8, en ligne : <<https://ssrn.com/abstract=2913178>>.

80. Stephen J. HUXLEY et John Y. KIM, « The Short-Term Nature of Robo Portfolios – Advisor Perspectives », 12 septembre 2016, Advisor Perspectives 1, 2, en ligne :

de savoir si, malgré le nombre modeste de questions, ces questionnaires permettent réellement d'établir le profil des investisseurs.

Afin de répondre à ce questionnement, nous avons procédé à une analyse sommaire qui nous a permis de conclure que les questionnaires en ligne des robots-conseillers offrant leurs services sur le territoire canadien se ressemblent. Ils visent à cumuler des informations superficielles sur l'investisseur qui ne permettent pas toujours de comprendre les besoins réels de ce dernier. Par exemple, si l'âge de l'investisseur ou le groupe d'âge⁸¹ auquel il appartient permet de juger de son horizon probable de placement et de sa tolérance au risque, il n'est pas suffisant pour formuler une recommandation qui correspond réellement à ses besoins.

Bien que la plupart des questionnaires vérifient quels sont l'horizon de placement et la situation financière de l'investisseur, dont son salaire annuel, ses actifs et ses dettes, il semble que le questionnaire qui doit être rempli par l'investisseur comporte peu de questions qui permettent d'évaluer adéquatement sa tolérance au risque ou le moment où des retraits devront être effectués afin de déterminer quels sont les produits financiers lui convenant. En effet, selon les professeurs Tertilt et Scholz, il existe deux types de risque qui peuvent être évalués lors de l'ouverture du compte d'un client-investisseur. La tolérance au risque objectif est en lien avec l'horizon de placement visé par le client ainsi que ses objectifs. En comparaison, la tolérance au risque subjectif s'appuie sur les émotions et l'opinion de l'investisseur, ce qui est plus difficile à évaluer en utilisant un questionnaire informatisé⁸². Ainsi, on peut douter que des questions telles celle qui suit permettront réellement d'apprécier la tolérance au risque d'un investisseur : « When deciding how to invest your money, which do you care more about : 1. Minimizing losses ; 2. Both equally ; 3. Maximizing gains ». Ou encore :

At what point would you feel the need to take action in your portfolio after a downturn in markets? 1. When total account assets

<<https://www.advisorperspectives.com/articles/2016/09/12/the-short-term-nature-of-robo-portfolios>>.

81. Par exemple, BMO Smartfolio permet de choisir 1. Moins de 25 ans – 2. Entre 25 et 45 ans – 3. De 46 à 70 ans ou 4. Plus de 70 ans.

82. Michael TERTILT et Peter SCHOLZ, « To Advise, or Not to Advise – How Robo-Advisors Evaluate the Risk Preferences of Private Investors », p. 3, en ligne : <<https://ssrn.com/abstract=2913178>>.

decline by more than 5 % ; 2. When total account assets decline by more than 10 % ; 3. When total account assets decline by more than 20 % ; 4. I would not feel the need to take action since I recognize that markets can be volatile.

La mauvaise compréhension de cet aspect central du profil de l'investisseur nous semble encore plus préoccupante considérant que très peu de formulaires contiennent des questions visant à établir le niveau de connaissance de ce dernier ou son niveau d'expérience dans le domaine de l'investissement. En effet, seulement deux des questionnaires analysés (sur huit) ont posé une question du type « Parmi les énoncés suivants, lequel qualifie le mieux vos connaissances en matière d'investissement ? » avec des réponses variant entre nulles et considérables.

Ces constats semblent trouver écho auprès de nombreux auteurs ayant émis des doutes quant à la capacité des robots-conseillers d'interpréter correctement l'information divulguée par les investisseurs grâce au court questionnaire qu'ils doivent remplir et, par la suite, à leur proposer des placements qui correspondent réellement à leurs besoins⁸³. En particulier, une étude menée par les professeurs Tertilt et Scholz a conclu qu'il existe des différences significatives entre l'évaluation des préférences et celle de la tolérance au risque effectuées par les robots-conseillers. Cette situation s'explique par le fait que l'économie de temps pour l'utilisateur se fait au détriment d'une analyse appropriée de la tolérance aux risques⁸⁴.

Par ailleurs, sans vérification concrète de cette perception personnelle, il y a fort à craindre que cette auto-évaluation ne soit pas représentative des capacités réelles de l'investisseur. Dans ce contexte, et particulièrement lorsque l'on connaît les problèmes de littératie tant générale que financière auxquels nous avons fait référence ci-haut, comment est-il possible de s'assurer que les réponses données fournissent un portrait réaliste de l'investisseur ? En effet, plusieurs études tendent à démontrer que les investisseurs canadiens disposent d'un faible niveau de connais-

83. Par exemple FEIN, STEIN et SCHOLZ.

84. Michael TERTILT et Peter SCHOLZ, « To Advise, or Not to Advise – How Robo-Advisors Evaluate the Risk Preferences of Private Investors », p. 2, en ligne : <<https://ssrn.com/abstract=2913178>>.

sances en matière d'investissements⁸⁵. Mentionnons notamment l'étude des professeurs Carpentier et Suret, menée en 2011⁸⁶ auprès d'un échantillon d'investisseurs québécois et ontariens gérant de façon autonome leur portefeuille d'actions⁸⁷. Cette étude conclut qu'il existe, chez ces derniers, des lacunes importantes en ce qui concerne la connaissance du risque et du rendement des diverses catégories d'actifs⁸⁸. Pour reprendre leurs propos : « de façon générale, les diverses études effectuées indiquent que les consommateurs manquent d'information relative aux questions financières au sens large et auraient besoin davantage de connaissances en la matière »⁸⁹. Carpentier et Suret observent également que les investisseurs ont tendance à surévaluer leurs compétences⁹⁰. Comme l'indique le rapport, « de façon générale [...], les investisseurs se jugent beaucoup plus compétents que ne l'indiquent leurs scores de connaissance et il n'existe qu'une faible relation entre les compétences perçues et mesurées »⁹¹.

Ceci étant, dans l'objectif de permettre aux robots-conseillers de remplir leur obligation de connaître leurs clients, l'Avis 31-342 indique que, à la suite de la soumission de ce questionnaire par le client, un représentant devrait examiner l'information pour s'assurer qu'elle est représentative et suffisante pour déterminer quels sont les produits d'investissement qui conviennent au profil de l'investisseur et qui pourront faire partie du portefeuille qui lui

85. Voir, par exemple, Thomas LALIME, *Essais sur l'épargne et la littérature financière des ménages au Canada*, thèse de doctorat, 2017, en ligne : <http://www.irec.net/upload/File/memoires_et_theses/390_Lalime_Thomas_TheseJuill2017.pdf>. Voir également Cécile CARPENTIER et Jean-Marc SURET, *Connaissance financière et rationalité des investisseurs : une étude canadienne*, étude publiée le 1^{er} septembre 2011.

86. Cécile CARPENTIER et Jean-Marc SURET, *Connaissance financière et rationalité des investisseurs : une étude canadienne*, étude publiée le 1^{er} septembre 2011.

87. Pour satisfaire aux conditions de participation de ce sondage, les 1 814 investisseurs sélectionnés devaient détenir des actions d'entreprises cotées en bourse et être le principal responsable des décisions relatives à leur gestion.

88. Cécile CARPENTIER et Jean-Marc SURET, *Connaissance financière et rationalité des investisseurs : une étude canadienne*, étude publiée le 1^{er} septembre 2011.

89. Cécile CARPENTIER et Jean-Marc SURET, *Connaissance financière et rationalité des investisseurs : une étude canadienne*, étude publiée le 1^{er} septembre 2011, p. 6.

90. Cécile CARPENTIER et Jean-Marc SURET, *Connaissance financière et rationalité des investisseurs : une étude canadienne*, étude publiée le 1^{er} septembre 2011, p. 2.

91. Cécile CARPENTIER et Jean-Marc SURET, *Connaissance financière et rationalité des investisseurs : une étude canadienne*, étude publiée le 1^{er} septembre 2011, p. 2.

sera proposé⁹². Cette démarche vise en théorie à s'assurer qu'un investisseur au profil prudent n'investit pas dans un portefeuille de placements trop risqué, par exemple⁹³, en ayant recours à un processus d'investissement en ligne où un représentant physique doit effectuer certaines vérifications. Ainsi, les plateformes de conseil en ligne sont utilisées pour gagner en efficacité, mais des représentants doivent intervenir afin de s'assurer que les obligations réglementaires sont respectées. En comparaison, nos voisins étatsuniens ne possèdent pas ce système hybride et peuvent offrir des services qui impliquent une intervention minimale ou inexistante d'un représentant inscrit⁹⁴.

Or, cette discussion permet-elle d'atteindre l'objectif fixé par l'Avis 31-342 des ACVM qui énonce que : « [l]a collecte d'information relative à la connaissance du client d'un conseiller en ligne doit équivaloir à un échange pertinent avec le client actuel ou éventuel, même s'il ne prend pas la forme d'une rencontre en personne ». Considérant ce qui précède, est-il possible de croire que la discussion téléphonique avec un intermédiaire après avoir rempli le questionnaire en ligne permet de corriger les incohérences et de proposer un portefeuille d'investissement qui correspond réellement aux besoins du client⁹⁵ ? Par ailleurs, cette discussion est-elle suffisante pour permettre à l'intermédiaire de déceler un manque de connaissances du client ou une exagération par celui-ci (ce que le formulaire en ligne ne permet pas) ?

92. Dans ce contexte, les algorithmes derrière les robots-conseillers peuvent inclure une politique prévoyant dans quelles circonstances le représentant communiquera avec le client pour l'interroger ou lui faire part de ses préoccupations à l'égard de l'information recueillie par le questionnaire en ligne. *Avis 31-342 du personnel des ACVM – Indications à l'intention des gestionnaires de portefeuille relativement aux conseils en ligne*, p. 2, en ligne : <<https://lautorite.qc.ca/fileadmin/lautorite/reglementation/valeurs-mobilieres/0-avis-acvm-staff/2015/2015sept24-31-342-avis-acvm-fr.pdf>>.

93. AMF, *Conseiller en ligne (Robot-conseiller)*, 7 choses à savoir, en ligne : <<https://lautorite.qc.ca/grand-public/investissements/conseils-cles-avant-dinvestir/conseiller-en-ligne-robot-conseiller/>>.

94. *Avis 31-342 du personnel des ACVM – Indications à l'intention des gestionnaires de portefeuille relativement aux conseils en ligne*, p. 2 (PDF), en ligne : <<https://lautorite.qc.ca/fileadmin/lautorite/reglementation/valeurs-mobilieres/0-avis-acvm-staff/2015/2015sept24-31-342-avis-acvm-fr.pdf>>.

95. OICV, *IOSCO Research Report on Financial Technologies (Fintech)*, février 2017, p. 32 (PDF), en ligne : IOSCO <<https://www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOSCOPD554.pdf>>.

Bien qu'il soit difficile pour nous de répondre à ces questions, puisque, malgré la soumission des formulaires, nous n'avons pas transféré d'argent dans les comptes créés afin de mettre en application le plan d'investissement, il demeure qu'aucun représentant n'a communiqué avec nous suivant l'envoi des formulaires. Cela étant, si les robots-conseillers n'analysent pas l'ensemble des aspects relatifs à la situation de l'investisseur afin de s'assurer de la convenance des investissements proposés, nous considérons que cela devrait apparaître clairement dans le contrat d'ouverture de compte afin de dissiper toute ambiguïté. En effet, actuellement, si certains sites indiquent clairement qu'un représentant révisera les réponses données et entrera en contact avec l'investisseur⁹⁶, d'autres sites indiquent tout simplement qu'il est possible de parler avec un conseiller si le résultat proposé à la suite des réponses fournies ne convient pas⁹⁷.

Par ailleurs, les informations recueillies lors de l'ouverture du compte client demeurent pertinentes tout au long de la relation. Puisque le profil de l'investisseur peut évoluer au fil du temps et que les informations doivent être le reflet de sa situation personnelle pour s'assurer que les produits proposés correspondent toujours à son profil et à ses objectifs, ces informations doivent être mises à jour sur une base régulière afin de tenir compte des changements pouvant survenir⁹⁸. Dans ce contexte, l'article 13.2(4) indique que la personne inscrite doit prendre des mesures raisonnables pour tenir à jour l'information fournie initialement par le client.

S'il est possible de croire à la lecture de cette disposition que les intermédiaires ont l'obligation de contacter leur client pour s'assurer que l'information qu'ils détiennent est toujours représentative, en réalité, la plupart des robots-conseillers comptent sur la participation active de leurs clients à ce sujet. On retrouve notamment des mentions indiquant que le client est encouragé à fournir des renseignements complets et exacts sur sa situation et

96. Par exemple : « your personal portfolio manager will review your answers and contact you shortly to confirm that this recommendation is aligned with your financial objectives. Do you prefer to be contacted: 1. By email; 2. By phone ».

97. Par exemple : « You're looking at a riskier option than recommended. Still want to do this? 1. Yes let's do this; 2. I need to talk to an advisor ».

98. AMF, *Conseiller en ligne (Robot-conseiller)*, 7 choses à savoir, en ligne : <<https://lautorite.qc.ca/grand-public/investissements/conseils-cles-avant-dinvestir/conseiller-en-ligne-robot-conseiller/>>.

ses objectifs financiers et qu'il doit informer rapidement de tout changement dans les renseignements relatifs à leur compte ou à leur situation. Par exemple, on retrouve la clause suivante dans une convention de client de 96 pages :

Le Client doit aviser de tout changement important à son compte, tel un changement à son adresse, sa situation financière, son emploi ou son expérience en placement. De plus, le client convient d'aviser des restrictions à l'égard des opérations sur Titres qui s'appliquent au Client et de toute modification à ces restrictions qui pourrait s'appliquer au Client. Le Client informera immédiatement s'il acquiert une participation majoritaire dans un émetteur assujéti ou s'il devient de toute autre façon un initié de toute société ouverte (un émetteur assujéti) et s'il survient un changement important dans les renseignements que le Client a fournis dans la Demande d'ouverture de compte. [...].⁹⁹

À la lumière de ces clauses, il semble que la responsabilité revient fréquemment aux clients de tenir à jour l'information les concernant. Comme ce type de mention se retrouve à l'intérieur de contrats électroniques de dizaines de pages, on peut se demander si les investisseurs comprennent l'étendue des obligations qui sont contenues dans le contrat qu'ils acceptent dans l'objectif d'obtenir les services du robot-conseiller. Or, tel qu'il est indiqué dans l'Avis 31-336 qui s'applique, nous le rappelons, aux robots-conseillers, les ACVM s'attendent à ce que :

[...] les personnes inscrites fassent preuve d'initiative pour tenir l'information à jour. Nous nous attendons à ce que les gestionnaires

99. Nous avons supprimé les références à la société. Dans un autre contrat établissant les modalités et conditions relatives aux comptes, on retrouve la clause suivante : « Le Client reconnaît que tous les renseignements fournis sur la Demande d'ouverture de compte de courtage sont complets et exacts. Le Client s'engage de plus à aviser sans délai le Courtier de tout changement concernant ces renseignements, dont notamment ceux concernant sa situation financière. » ou encore : « The Client acknowledges that the Advisor will be relying on, and the Client therefor represents the accuracy of, the information provided in the account opening documents provided to the Advisor and the Investment Policy Statements the Client acknowledges that the Investment Policy Statement will be used in assessing the suitability of the trades made by the Advisor on behalf of the Account. The Client shall promptly advise the Advisor of many material changes in the Client's financial circumstances that would affect the Client's investment objectives contained in the Investment Policy Statement. Until such time that the Advisor is advised of the above, the Client acknowledges that the Advisor may conduct operations in reliance on the existing Investment Policy Statement ».

de portefeuille (et les courtiers sur le marché dispensé qui entretiennent une relation continue avec leurs clients – voir ci-dessous) la mettent à jour au moins une fois par an et plus souvent si les besoins et objectifs de placement ou la situation du client connaissent un changement important (par exemple, mariage, divorce, naissance d'un enfant, perte ou changement d'emploi).¹⁰⁰ (Nous soulignons)

En ce sens, un des robots-conseillers examinés propose une voie intéressante en précisant dans le *Document déclaratoire sur la relation avec le client* que :

La formule « KYC » doit être mise à jour annuellement ou au cas où il y a des changements de circonstances, selon la première de ces éventualités. À l'anniversaire de l'ouverture du compte du client, le client recevra un courriel l'invitant à se connecter à leur profil et à mettre à jour leurs renseignements, le cas échéant. Au cas où il n'y aura pas de changements à rapporter, le client devra signer pour affirmer que leurs circonstances demeurent les mêmes et donc il n'y a pas besoin de changer les renseignements. Au commencement de la relation, et comme indiqué dans la convention de gestion, le client doit accepter la responsabilité de mettre à jour leurs renseignements.¹⁰¹

Nous pouvons souhaiter que ce type d'approche gagnera en popularité dans les années à venir.

B- La nature des investissements proposés

Sur la base des réponses données par le client, le robot-conseiller formule des recommandations d'investissement en ligne afin de bâtir un portefeuille adapté aux besoins financiers de ce dernier. En effet, les robots-conseillers peuvent répertorier des informations sur les différents produits financiers disponibles,

100. *Avis 31-336 du personnel des ACVM – Indications à l'intention des gestionnaires de portefeuille, des courtiers sur le marché dispensé et des autres personnes inscrites au sujet des obligations de connaissance du client, de connaissance du produit et d'évaluation de la convenance au client*, p. 8 (PDF), ACVM, en ligne : <<https://lautorite.qc.ca/fileadmin/lautorite/reglementation/valeurs-mobilieres/0-avis-acvm-staff/2014/2014jan09-31-336-avis-acvm-fr.pdf>>.

101. Un autre robot-conseiller prévoit une clause similaire : « You will promptly notify X if any personal or financial information provided on the Client Profile has changed. X is obligated to ask you at least once per year to confirm that this information remains correct, but you are encouraged to advise if a change has occurred as this may impact the recommendations provided for the account(s) ».

sur leurs caractéristiques et les risques qui leur sont associés et peuvent mettre en relation ces informations avec celles fournies par les investisseurs. Dans ce contexte, la robustesse de l'exercice de modélisation dépendra largement de la programmation de la plateforme, de sa capacité à catégoriser l'information rendue disponible par l'investisseur, ainsi que de sa capacité à interpréter cette dernière de manière à lui proposer des produits qui correspondent à ses besoins financiers¹⁰². Or,

As with any algorithm, unintended results can occur through incorrect design or mistakes in the programming itself. Failing to understand the methodology embedded in the algorithm and whether the algorithm aligns with a firm's desired approach could lead directly to the systematic mis-selling of investments to clients, or to the algorithm making investment decisions that may not be in the client's best interest (for example, from a tax or estate planning perspective). Also, studies have documented that different robo-advice platforms, guided by different algorithms, render vastly different advice even for identical investor profiles.¹⁰³

Au Canada, l'Avis 31-342 du personnel des ACVM indique que même lorsque la composition des portefeuilles types est établie au moyen d'algorithmes, un représentant demeure responsable de la convenance des placements de chaque client. Malgré cela, selon certaines conventions, il semble que ces risques soient supportés par les investisseurs. Par exemple, on retrouve la clause suivante :

Le Client confirme d'indemniser et de dégager de responsabilité XXX et ses agents, directeurs, employés (inclus le Représentant-conseil), ou actionnaires et membres de leur groupe respectif et de décharger telles parties de tous dommages, actions, causes d'action, débits, charges, débours, ou autres pertes découlant de l'opération du Compte à condition que telle opération du Compte n'implique pas un acte de fraude, de mauvaise conduite délibérée, ou de négligence de la part de XXX.¹⁰⁴

102. Iris H.-Y. CHIU, « Fintech and Disruptive Business Models in Financial Products Intermediation and Market Policy Implications for Financial Regulators », (2016) 21 *J. Tech. L. & Pol'y* 55, 89.

103. OICV, *IOSCO Research Report on Financial Technologies (Fintech)*, février 2017, p. 33 (PDF), en ligne : IOSCO <<https://www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOSCOPD554.pdf>>.

104. Une autre clause prévoit que : « Limitation de garantie et dommages (a) Vous acceptez expressément d'assumer seul les risques liés à l'utilisation du service. XXX, ses sociétés affiliées, leurs employés, mandataires, tiers concédant et four-

Il semble ainsi que, dans certains cas, ce type de risque doive être assumé par les investisseurs, lesquels n'ont aucun contrôle sur ces aspects. Si un tel transfert du risque s'avère courant en matière informatique¹⁰⁵, il demeure inquiétant. En effet, dans la mesure où le client n'a aucun accès aux algorithmes du robot-conseiller, il n'est pas en position de connaître l'étendue du risque qu'il court. En ce sens, il serait possible de prétendre qu'un consentement à un tel transfert de risque est difficilement éclairé (au sens de l'article 1399 C.c.Q.) et, donc, remettre en question la validité de la clause prévoyant ce transfert. Une autre avenue serait de pré-

nisseurs de contenu respectifs ne donnent aucune garantie quant au fonctionnement continu du service ni à l'absence d'erreur dans celui-ci et ne donnent aucune garantie quant aux résultats pouvant être obtenus par l'utilisation du service, à l'exactitude, à la fiabilité ou au contenu de tout renseignement, service ou produit fourni par l'intermédiaire du service. (b) Le service est offert « tel quel », sans garantie ni condition de quelque nature que ce soit, expresse ou implicite, y compris toute garantie ou condition relative au titre de propriété, ou condition ou garantie implicite relative au titre de propriété, ou garantie implicite de qualité marchande ou d'adaptation à un usage particulier, sous réserve des garanties implicites non sujettes à l'exclusion, restriction ou modification en vertu des lois qui régissent la présente convention. (c) La présente dénegation de responsabilité s'applique à tous les dommages ou préjudices causés par tout défaut, erreur, omission, interruption, suppression, défaillance, retard de fonctionnement ou de transmission, virus informatique, panne de la ligne de communication, vol, destruction, accès non autorisé, altération ou utilisation d'un enregistrement, que ce soit en raison d'une rupture de contrat, d'une conduite délictueuse, d'une négligence ou de toute autre cause d'action. Vous reconnaissez que XXX ne peut être tenue responsable des propos diffamatoires ou offensants proférés par d'autres utilisateurs ou des tiers, ni de leurs comportements illégaux, et que vous assumez seul tout risque de dommage résultant de ce qui précède. (d) XXX, ni quelque autre personne ou entité participant à la création, la production ou la distribution du service, ne peut être tenue responsable des dommages, y compris les dommages directs, indirects, accessoires, consécutifs, spéciaux ou exemplaires résultant de l'utilisation ou de l'incapacité d'utiliser le service, même si XXX a été avisée de la possibilité de tels dommages. Vous reconnaissez par les présentes que les dispositions du présent article s'appliquent à tout le contenu du service. (e) Outre les modalités énoncées ci-dessus, XXX, ses sociétés affiliées, ses fournisseurs d'information et ses fournisseurs de contenu ne peuvent être tenus responsables, sans égard à la cause ou à la durée, des erreurs, inexactitudes, omissions ou autres défauts de l'information contenue dans le service, ou de son caractère inopportun ou non authentique, de tout retard ou interruption dans sa transmission, ainsi que des demandes ou pertes en découlant, notamment, les pertes de profit et les dommages exemplaires et consécutifs. XXX, ses sociétés affiliées, ses fournisseurs d'information et ses fournisseurs de contenu n'assument aucune responsabilité quant aux décisions de placement prises sur la foi de l'information fournie. De plus, aucune garantie n'est donnée quant aux résultats obtenus en utilisant l'information fournie ».

105. Voir Nicolas W. VERMEYS, *Responsabilité civile et sécurité informationnelle*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2010, p. 17.

tendre qu'une erreur dans la programmation de l'algorithme constitue une faute et, ainsi, invoquer la négligence de son auteur¹⁰⁶.

Par ailleurs, afin d'offrir des conseils à faibles coûts, les robots-conseillers ont recours à des portefeuilles standardisés. Ainsi, les robots-conseillers ont accès à un nombre limité de portefeuilles qu'ils assignent selon les caractéristiques personnelles des investisseurs faisant appel à leurs services. En effet, pour profiter d'économies d'échelle, on standardise les portefeuilles d'investissement en créant des catégories générales d'investisseurs à qui ils peuvent convenir, puisque la constitution de portefeuilles individualisés comporte des coûts supplémentaires. Dans ce contexte, les investisseurs qui possèdent des objectifs similaires reçoivent des conseils semblables et possèdent un portefeuille comportant des investissements similaires¹⁰⁷.

Dès lors, plus le nombre de portefeuilles standardisés existant est élevé, plus les robots-conseillers sont à même d'offrir des investissements qui se rapprochent du profil d'investisseur établi et qui conviennent réellement à leurs objectifs d'investissement¹⁰⁸. Plus le nombre de portefeuilles est bas, plus les compromis devant être faits pour satisfaire aux besoins d'investissement du client devront être importants.

Selon l'étude menée par les professeurs Tertilt et Scholz, le nombre de portefeuilles standardisés offerts par les robots-conseillers varie entre 3 et 23 portefeuilles aux États-Unis¹⁰⁹. Ces chiffres nous semblent représentatifs de la situation canadienne, bien qu'il soit difficile de les vérifier. Or, considérant le nombre limité de portefeuilles pouvant répondre au profil des investis-

106. Si un tel argument sera accepté dans les cas de réelles erreurs de programmation, il sera toutefois difficile à faire valoir lorsque l'algorithme respectera les normes de l'industrie à l'époque de sa programmation. Voir Nicolas W. VERMEYS, *Responsabilité civile et sécurité informationnelle*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2010, p. 118 et s.

107. Melanie L. FEIN, « Robot-Advisors: A Closer Look », 30 juin 2015, p. 2 (PDF), SSRN, en ligne : <<https://ssrn.com/abstract=2658701>>.

108. Michael TERTILT et Peter SCHOLZ, « To Advise, or Not to Advise – How Robo-Advisors Evaluate the Risk Preferences of Private Investors », p. 16, en ligne : <<https://ssrn.com/abstract=2913178>>.

109. Michael TERTILT et Peter SCHOLZ, « To Advise, or Not to Advise – How Robo-Advisors Evaluate the Risk Preferences of Private Investors », p. 16, en ligne : <<https://ssrn.com/abstract=2913178>>.

seurs faisant appel à ce type de service, il n'est pas étonnant que les portefeuilles proposés soient généralement plus conservateurs que ce qui convient réellement au client¹¹⁰. Comme cette façon de faire sacrifie les aménagements particuliers qui peuvent s'avérer nécessaires pour satisfaire aux besoins réels des investisseurs, il est étonnant que cette information ne soit pas toujours disponible. Cette situation est d'autant plus inquiétante étant donné la nature des investissements proposés généralement restreinte¹¹¹ et que les options disponibles peuvent être limitées aux produits offerts par une institution affiliée au robot-conseiller. En effet, les portefeuilles proposés par les robots-conseillers sont habituellement composés essentiellement de fonds négociés en bourse (FNB) construits par des experts.

En outre, certains ont souligné que les robots-conseillers construisent des portefeuilles qui conviennent davantage aux investisseurs qui ont un objectif d'investissement à court terme plutôt qu'aux investisseurs qui planifient leur retraite et possèdent un objectif d'investissement à long terme¹¹². Selon Huxley et Kim, ceci s'explique principalement par les questions posées aux clients pour établir leur profil d'investisseur. En effet, tel que nous avons pu l'observer, les questionnaires en ligne sont généralement brefs et contiennent des questions qui ne participent pas réellement à établir le profil d'investisseur du client. Or,

-
110. Michael TERTILT et Peter SCHOLZ, « To Advise, or Not to Advise – How Robo-Advisors Evaluate the Risk Preferences of Private Investors », p. 16, en ligne : <<https://ssrn.com/abstract=2913178>>.
 111. « Robo-advisers utilize algorithms to construct, manage and rebalance investment portfolios, typically using a pre-determined mix of exchange-traded funds (ETFs) to build low-cost, diversified, and liquid portfolios tailored to the investor's objectives ». OICV, *IOSCO Research Report on Financial Technologies (Fin-tech)*, février 2017, p. 25 (PDF), en ligne : IOSCO <<https://www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOSCOPD554.pdf>>. L'Avis 31-342 indique que normalement les fonds détenus dans les comptes gérés des clients sont investis dans des produits relativement simples, notamment des fonds négociés en bourse (FNB) sans levier financier, des organismes de placement collectif (OPC) à faible coût ou d'autres fonds d'investissement à capital variable. *Avis 31-342 du personnel des ACVM – Indications à l'intention des gestionnaires de portefeuille relativement aux conseils en ligne*, p. 1, en ligne : <<https://lautorite.qc.ca/fileadmin/lautorite/reglementation/valeurs-mobilieres/0-avis-acvm-staff/2015/2015sept24-31-342-avis-acvm-fr.pdf>>.
 112. Stephen J. HUXLEY et John Y. KIM, « The Short-Term Nature of Robo Portfolios – Advisor Perspectives », septembre 2016, en ligne : <<https://www.advisorperspectives.com/articles/2016/09/12/the-short-term-nature-of-robo-portfolios>>.

Given that the average client of a robo advisor is often cited as under the age of 40 and assuming their only objective is saving for retirement, these younger investors should be investing for the long run. Unless robo risk tolerance questionnaires are sufficiently accurate to assess the true aspirations and needs of these younger clients, there is the risk of a mismatch between a robo advisors' recommendations and the clients' actual financial planning horizon.¹¹³

De ce fait, la dépersonnalisation des portefeuilles offerts et leur horizon à court terme peuvent ne pas convenir aux réels besoins des investisseurs ayant recours à ce type de service d'investissement, et cela, sans qu'ils en soient avisés ou correctement informés.

C- Les frais liés à l'ouverture d'un compte auprès d'un robot-conseiller et la divulgation des conflits d'intérêts

Les investisseurs devraient pouvoir saisir aisément la nature des services qui leur sont offerts et les frais qui leur sont rattachés. En ce sens, l'article 14.2 du Règlement 31-103 indique que la société doit fournir à son client toute information qu'un investisseur raisonnable jugerait importante, dont un exposé des frais de fonctionnement que le client pourrait avoir à payer relativement à son compte, ainsi qu'une description générale des types de frais liés aux opérations que le client pourrait avoir à payer¹¹⁴.

Dans sa section sur les notions fondamentales, l'Instruction générale relative au Règlement 31-103¹¹⁵ prévoit que les personnes inscrites doivent présenter aux clients de l'information qui soit claire et pertinente pour leur permettre de la comprendre facile-

113. Stephen J. HUXLEY et John Y. KIM, « The Short-Term Nature of Robo Portfolios – Advisor Perspectives », 12 septembre 2016, *Advisor Perspectives* 1, 2, en ligne : <<https://www.advisorperspectives.com/articles/2016/09/12/the-short-term-nature-of-robo-portfolios>>.

114. *Règlement 31-103 sur les obligations et dispenses d'inscription et les obligations continues des personnes inscrites*, art. 14.2(2)(f et g), en ligne : <<https://lautorite.qc.ca/fileadmin/lautorite/reglementation/valeurs-mobilieres/31-103/2016-07-15/2016juil15-31-103-vofficielle-fr.pdf>>.

115. *Instruction générale relative au Règlement 31-103 sur les obligations et dispenses d'inscription et les obligations continues des personnes inscrites*, en ligne : <<https://lautorite.qc.ca/fileadmin/lautorite/reglementation/valeurs-mobilieres/31-103/2015-01-11/2015janv11-31-103-ig-vconsolidee-fr.pdf>> [ci-après « Instruction générale relative au Règlement 31-303 »].

ment. Cette obligation d'application générale est liée à l'obligation pour les intermédiaires d'agir avec honnêteté, bonne foi et loyauté envers leurs clients, puisque ces informations sont essentielles à la création d'une relation transparente et équitable. En effet, ces informations sont centrales pour permettre aux clients des intermédiaires de prendre des décisions éclairées en ce qui concerne leurs investissements.

Malgré cela, il semble que les renseignements sur les frais globaux, y compris les montants devant être payés à des tiers, ne soient pas toujours aisément compréhensibles pour les investisseurs. En outre, les références à différents types de frais rendent la comparaison difficile entre les différents services de robots-conseillers existants. À titre d'illustration :

La tarification liée à un compte XXX dépend de l'importance des actifs détenus dans votre compte. Vous devez maintenir un actif minimum de 5 000 \$ et des frais trimestriels minimaux de 15 \$ s'appliquent. Vous êtes exonéré des frais de services-conseils trimestriels minimaux de 15 \$ lorsque vous déposez au moins 250 \$ dans votre compte au cours du trimestre civil. En cas d'exonération des frais minimaux, le barème des frais de services-conseils progressifs plus haut s'appliquera. Tous les FNB comportent des frais de gestion et d'autres frais, exprimés par le ratio des frais de gestion (le « RFG »), qui s'ajoutent aux frais de consultation annuels. Le RFG des FNB détenus dans votre portefeuille devrait correspondre à une moyenne pondérée de 0,20 % à 0,35 % de la valeur de votre compte Portefeuille futé. Nous pourrions aussi appliquer d'autres frais liés à la gestion courante de votre compte. Veuillez vous reporter au barème des frais qui se trouve dans votre trousse de bienvenue.

Par ailleurs, les frais divers qui peuvent être facturés aux clients placent les intermédiaires dans une situation de conflit d'intérêts, particulièrement si la rémunération de ces derniers est rattachée à la vente de certains produits. En effet, l'asymétrie informationnelle présente dans ce type de relation peut permettre aux intermédiaires de privilégier des transactions qui vont à l'encontre des intérêts de leurs clients afin de bénéficier d'un avantage personnel. En ce sens, l'article 13.4 *in fine* de l'Instruction générale est claire : la société inscrite devrait vérifier si certains avantages ou certaines indemnités ou pratiques de rémunération sont incompatibles avec ses obligations envers les clients, surtout

si elle pratique largement la rémunération à la commission. Ainsi, l'adoption d'une approche transparente en ce qui concerne les frais permet de gérer ce conflit inhérent à la relation puisqu'en étant informés du coût intégral des services qu'ils reçoivent et de l'incidence sur leur investissement, les clients peuvent mieux appréhender la situation et possiblement déterminer (en effectuant une comparaison) si les frais ont influencé les recommandations de placement qu'ils ont reçues.

Le contrat d'ouverture de compte devrait permettre aux investisseurs de comprendre quelles sont la nature et la récurrence des frais qui leur seront imposés, incluant les frais qui découlent de l'intervention d'une tierce partie. En effet, plusieurs types de frais peuvent s'appliquer et s'additionner, notamment les frais annuels de gestion du robot-conseiller qui peuvent varier entre 0,0 %¹¹⁶ et 0,73 % en fonction de l'importance des actifs gérés. À cela peuvent s'ajouter des frais de gestion des titres puisque les conseillers en ligne investissent généralement les sommes dans des fonds négociés en bourse¹¹⁷. Ces fonds affichent des frais annuels de gestion qui varient de 0,05 % à 0,5 %. De même, des frais de transaction peuvent également être facturés si des frais pour les transactions effectuées dans le compte sont applicables¹¹⁸. Enfin, des frais administratifs peuvent également s'appliquer, par exemple s'il s'agit d'un compte REER¹¹⁹.

Comme ces frais réduisent d'autant les rendements du compte, cela constitue un enjeu important dans le choix d'un conseiller en ligne et les choix d'investissement qui seront faits par la suite. En effet, si les frais liés à l'utilisation des services d'un robot-conseiller peuvent à première vue sembler avantageux, l'ajout de frais intégrés dans les produits financiers offerts peut faire grimper les coûts rapidement et entraîner des transactions intéressées. À ce

116. WealthBar dans le *Managed Investment Account Agreement* indique que « [c]lient with Account less than 5 000 \$ will have their management fee waived ».

117. AMF, *Conseiller en ligne (Robot-conseiller)*, 7 choses à savoir, en ligne : <<https://lautorite.qc.ca/grand-public/investissements/conseils-cles-avant-dinvestir/conseiller-en-ligne-robot-conseiller/>>.

118. AMF, *Conseiller en ligne (Robot-conseiller)*, 7 choses à savoir, en ligne : <<https://lautorite.qc.ca/grand-public/investissements/conseils-cles-avant-dinvestir/conseiller-en-ligne-robot-conseiller/>>.

119. AMF, *Conseiller en ligne (Robot-conseiller)*, 7 choses à savoir, en ligne : <<https://lautorite.qc.ca/grand-public/investissements/conseils-cles-avant-dinvestir/conseiller-en-ligne-robot-conseiller/>>.

sujet, l'article 14.2.1 sur l'information à fournir sur les frais avant d'effectuer des opérations indique qu'avant d'accepter d'un client une instruction d'achat ou de vente d'un titre dans un compte autre qu'un compte géré, la société inscrite lui communique ce qui suit : a) les frais exigibles du client pour l'achat ou la vente, ou une estimation raisonnable des frais si elle ne connaît pas le montant réel au moment de les communiquer ; b) dans le cas d'un achat auquel des frais d'acquisition reportés s'appliquent, le fait que le client pourrait être tenu de payer ces frais à la vente subséquente des titres, en indiquant le barème applicable ; c) le fait que la société recevra ou non une commission de suivi relativement au titre.

Si la question des frais soulève certes des situations potentielles de conflits d'intérêts, ils ne sont pas les seuls cas où les intermédiaires peuvent être amenés à privilégier leurs intérêts personnels. En effet, même si les robots-conseillers ont été présentés comme des outils qui permettent d'offrir des services-conseils exempts des conflits d'intérêts qui peuvent affecter les représentants physiques, cela n'est pas réellement le cas. À titre d'exemple, rappelons que les courtiers robots n'ont pas l'obligation de tenter d'obtenir le prix le plus favorable pour les investisseurs ayant recours à leurs services et ont toute la latitude voulue pour retenir les services (moins avantageux) d'une société affiliée. En effet, tel que le souligne l'IOSCO, les robots-conseillers sont généralement programmés pour considérer seulement un groupe limité d'investissements¹²⁰ (par exemple, les investissements offerts par une filiale du robot-conseiller). Or, cette information n'est pas toujours clairement mentionnée sur leur site Internet, bien que cela constitue un biais humain qui influence les choix proposés sans que ces suggestions soient guidées par le meilleur intérêt des clients.

Afin de pallier ce type de problématique, le paragraphe 3 de l'article 13.4 de l'Instruction générale prévoit qu'une société inscrite est tenue d'indiquer rapidement tout conflit d'intérêts dont un investisseur raisonnable s'attendrait à être informé. Notamment, dans ces situations, la société inscrite devrait faire en sorte

120. Les conflits d'intérêts peuvent apparaître : « if, for example, the underlying algorithm is programmed to direct investors towards a specific range of "preferred" investment alternatives or intermediaries for which the platform or its affiliates receive higher commissions or other forms of compensation ». OICV, *IOSCO Research Report on Financial Technologies (Fintech)*, février 2017, p. 31 (PDF), en ligne : IOSCO <<https://www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOSCOPD554.pdf>>.

que ses clients soient bien informés des conflits d'intérêts pouvant avoir une incidence sur les services qu'elle leur fournit. Cette mesure s'ajoute à toute autre méthode qu'elle peut utiliser pour gérer les conflits. En outre, la société inscrite et ses représentants devraient déclarer les conflits d'intérêts aux clients au plus tard au moment de recommander une opération ou de fournir un service donnant lieu à un conflit d'intérêts, afin de donner aux clients un délai raisonnable pour apprécier le conflit¹²¹. Par ailleurs, lorsque cette information est fournie au client avant que l'opération soit effectuée, cette information devrait lui être retransmise peu de temps avant l'opération¹²².

Tel qu'une étude menée par Melanie L. Fein l'indique, l'utilisation des robots-conseillers ne permet toutefois pas d'éviter toutes les situations de conflits d'intérêts¹²³. Or, s'il n'est pas interdit de se placer en conflit d'intérêts, l'existence d'un tel conflit doit être clairement divulguée afin de permettre aux investisseurs de prendre des décisions éclairées¹²⁴. Or, les clauses examinées démontrent qu'il n'est pas toujours facile de comprendre les enjeux réels se cachant derrière les clauses de divulgations absconses.

À titre d'illustration du traitement des conflits d'intérêts par les robots-conseillers, mentionnons une liste de deux pages disponible en cliquant sur un lien en bas de la page d'accueil qui

-
121. *Instruction générale relative au Règlement 31-103 sur les obligations et dispenses d'inscription et les obligations continues des personnes inscrites*, art. 13.4, en ligne : <<https://lautorite.qc.ca/fileadmin/lautorite/reglementation/valeurs-mobilières/31-103/2015-01-11/2015janv11-31-103-ig-vconsolidée-fr.pdf>>.
 122. Par exemple, si l'information sur le conflit d'intérêts a été fournie dans la documentation d'ouverture de compte du client des mois ou des années auparavant, le représentant inscrit doit lui communiquer de nouveau cette information peu de temps avant l'opération ou au moment de la lui recommander. *Instruction générale relative au Règlement 31-103 sur les obligations et dispenses d'inscription et les obligations continues des personnes inscrites*, art. 13.4, en ligne : <<https://lautorite.qc.ca/fileadmin/lautorite/reglementation/valeurs-mobilières/31-103/2015-01-11/2015janv11-31-103-ig-vconsolidée-fr.pdf>>.
 123. Melanie L. FEIN, « Robot-Advisors: A Closer Look », 30 juin 2015, p. 5 (PDF), SSRN, en ligne : <<https://ssrn.com/abstract=2658701>>.
 124. L'étude précitée de Melanie L. FEIN, « Robot-Advisors: A Closer Look », 30 juin 2015, p. 5 (PDF), SSRN, en ligne : <<https://ssrn.com/abstract=2658701>>, présente un exemple d'une clause annonçant un tel conflit d'intérêts : « [Robo-advisor] Bank ("Robo Bank") earns income on the Sweep Allocation for each investment strategy. The higher the Sweep Allocation and the lower the interest rate paid the more Robo Bank earns, thereby creating a potential conflict of interest for [Robo-advisor]. The cash allocation can affect both the risk profile and performance of a portfolio ».

divulgue le traitement des situations de conflits d'intérêts avec les émetteurs liés ou rattachés ainsi qu'avec les autres membres du groupe¹²⁵. Si elle constitue certes une divulgation des conflits d'intérêts potentiels, cette liste ne permet malheureusement pas à une personne raisonnable non versée dans le domaine de saisir le type de risque auquel elle est soumise. Ajoutant à la complexité de la vérification, on indique à la fin de ce document que cette *Déclaration de principes portant sur les conflits d'intérêts* est régulièrement mise à jour pour tenir compte des modifications apportées aux listes des émetteurs liés ou rattachés, ainsi que de toute autre mise à jour. Bref, on semble placer le fardeau de vérifier la liste des situations où il y a conflits d'intérêts sur le dos de l'investisseur sans lui communiquer cette information clairement avant d'effectuer une opération donnée¹²⁶.

Enfin, il est sans doute judicieux de rappeler que l'article 160 de la *Loi sur les valeurs mobilières*¹²⁷ prévoit que la personne inscrite est tenue d'agir de bonne foi, avec honnêteté et loyauté dans ses relations avec ses clients. Cette obligation générale, qui couvre dans les faits à peu près tous les manquements à l'éthique professionnelle dont les intermédiaires peuvent être tenus responsables, est particulièrement pertinente dans une relation où une partie peut raisonnablement s'attendre à ce que l'autre agisse dans son intérêt. Touchant notamment la question de la gestion des conflits d'intérêts, il nous semble encourageant que quelques robots-conseillers rappellent leurs obligations d'agir dans le meilleur intérêt du client au sein de la convention. À titre d'illustration, WealthBar indique que :

125. Notons que le placement de ce type de lien en bas de page plutôt qu'à un endroit plus visible, bien qu'il puisse sembler problématique, a reçu l'aval de la Cour suprême. Voir : *Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs*, [2007] 2 RCS 801, par. 238 : « La preuve a démontré que Dell place un hyperlien menant aux conditions de vente au bas de chacune des pages de magasinage de son site, se conformant ainsi aux normes de l'industrie. De fait, c'est cet endroit que recommandait à l'époque le Bureau de la consommation d'Industrie Canada (*Votre commerce dans Internet : Gagner la confiance des consommateurs – Un guide pour la protection des consommateurs à l'intention des commerces en direct* (1999), p. 10) ».

126. Notons que ce type d'approche n'est pas unique au domaine à l'étude. Elle est en effet très courante en matière contractuelle et a reçu l'aval des tribunaux ailleurs au pays. Voir *Kanitz c. Rogers Cable Inc.*, 2002 CanLII 49415 (ON S.C.).

127. *Loi sur les valeurs mobilières*, RLRQ, c. V-1.1.

Dans l'exécution de ses obligations sous cette Convention, Wealth-Bar doit s'acquitter honnêtement, agir de bonne foi et servir aux mieux les intérêts du Client et, à cet égard, faire preuve du degré de prudence, de diligence et de compétence dont ferait preuve un gestionnaire de portefeuilles dans des circonstances similaires. Nonobstant ce qui précède, le Client reconnaît et consent à ce que le Gestionnaire ne représente pas et ne peut garantir les résultats de performance du Compte.¹²⁸

On peut souhaiter que cette reconnaissance expresse d'une obligation générale aussi importante fasse tache d'huile et influence l'approche adoptée par ce type de service.

D- L'exercice des activités dans le contexte économique actuel

À la suite de l'ouverture du compte, le client peut transférer des sommes d'argent au robot-conseiller en respectant les limites établies¹²⁹ afin que le plan d'investissement y soit appliqué. Dans cet objectif, comme la valeur des produits proposés sera appelée à varier de manière imprévisible, il sera parfois nécessaire d'apporter certains changements à la composition du portefeuille afin que celui-ci respecte toujours les caractéristiques personnelles de l'investisseur. À titre d'illustration, on peut croire qu'un portefeuille devrait être « rebalancé » lorsque celui-ci s'éloigne de la répartition d'actif cible fixé dans le plan d'investissement.

En ce sens, le contrat d'ouverture de compte prévoit habituellement que le portefeuille sera rééquilibré automatiquement au besoin selon les fluctuations du marché et les modifications apportées aux informations données par le client-investisseur en respectant les instructions fournies préalablement par un système ayant lui aussi recours à des algorithmes. Or, malgré l'importance de cette obligation pour les investisseurs, il ne semble pas exister

128. Il en va de même pour le contrat de Smart Money Invest qui indique que le conseiller doit agir dans le meilleur intérêt de chacun des comptes : « The Advisor shall exercise its powers and duties honestly, in good faith and in the best interest of each of the Accounts, and in connection therewith, shall exercise the degree of care, diligence and skill that a reasonably prudent advisor would exercise in the circumstances ».

129. Les montants sont généralement peu élevés. Par exemple, l'investissement minimal pour WealthBar et BMO SmartFolio est de 1 000 \$, mais un service plus sophistiqué comme Idema fixe le placement minimum recommandé à 25 000 \$.

de pratique commune sur la fréquence ou les facteurs déclenchant l'obligation de rééquilibrer le portefeuille d'un investisseur. Ainsi, on retrouve notamment une clause dans un contrat relatif aux services prévoyant que :

Grâce au rééquilibrage régulier, le Service vise à reproduire le plus fidèlement possible dans votre compte la pondération en pourcentage correspondant à la répartition cible (indiqué à l'Annexe A jointe aux présentes). Cependant, vous reconnaissez et acceptez qu'en raison des fluctuations régulières de la valeur des titres ainsi qu'en raison du seuil minimal d'opération établi [...], rien ne garantit que la répartition cible pourra être maintenue exactement ni que les actifs détenus dans votre compte correspondront à tout moment et en tous points à la répartition cible.

Dans une deuxième clause de cette même convention, on indique par ailleurs que le client donne l'autorisation et l'instruction de procéder au rééquilibrage mensuel des actifs détenus dans le compte afin d'en rétablir la répartition cible, et ce, au moyen d'ordres d'achat et/ou de vente visant les actifs détenus dans votre compte,

[...] à la condition que la pondération en pourcentage d'au moins un des actifs de votre compte ait subi une variation de plus de 10 % (écart relatif) par rapport à la répartition cible. Les variations d'espèces, à elles seules, ne généreront un rééquilibrage que dans la mesure où la pondération en espèce de votre compte atteint 5 % [...].¹³⁰

Une autre convention prévoit plutôt que :

Certain event may precipitate the need to rebalance your assets. [...] Your asset will be maintained in the appropriate proportions by rebalancing to the long-term policy target asset mix within the ranges specified in this Investment Policy Statement. This periodic adjustment, usually done on a quarterly basis, will take into account the impact of market returns on the underlying securities and allows us to maintain the critical balance of the portfolio.

130. Une autre convention comporte une clause similaire : « XXX rééquilibre automatiquement le portefeuille jusqu'à 12 fois par année, si nécessaire. Le rééquilibrage est généré lorsqu'un titre dévie de 10 % ou plus de son allocation cible. Vous vous assurez ainsi de maintenir l'allocation cible des actifs telle que déterminée au départ ».

Rebalancing allows you to take advantage of short-term market volatility and maintain the long-term risk/return balance you desire. Your portfolio may be rebalanced if the associated transaction costs and/or tax consequences are considered reasonable. Please note that during periods of extreme market volatility, rebalancing may not be an effective strategy. A more effective approach may be to wait for markets to stabilize and then re-evaluate your asset mix at that time.

Enfin, un autre robot-conseiller indique qu'un portefeuille devrait être rééquilibré à son allocation cible une seule fois par année à moins que les conditions de marchés n'évoluent trop rapidement.

Bref, les approches varient de manière importante entre les différents robots-conseillers et il ne semble pas y avoir consensus sur ce point. Or, comme certains l'ont soulevé, les robots-conseillers ont jusqu'à maintenant opéré dans un marché haussier, mais on ignore comment ils réagiront dans un contexte de crise ou de baisse des marchés. Si on considère par ailleurs que les investisseurs ont tendance à agir de manière irrationnelle dans un contexte baissier¹³¹, nous croyons qu'il est nécessaire que les autorités responsables se penchent sur cette question afin de maintenir la confiance nécessaire envers les marchés.

CONCLUSION

De toute évidence, la façon d'interagir avec les investisseurs qui est actuellement privilégiée par les robots-conseillers, particulièrement aux États-Unis, ébranle les modèles réglementaires auxquels on a eu recours jusqu'à maintenant. Dans ce contexte, il est possible de se demander si nous devons prendre des mesures visant à promouvoir cette nouvelle réalité tout en assurant une protection adéquate des droits des investisseurs plutôt que de considérer le phénomène comme étant marginal en lui appliquant l'encadrement traditionnel. En effet, la réglementation actuelle restreint l'étendue des avantages qui peuvent découler d'une relation d'investissement s'appuyant sur les technologies... Bien que l'utilisation d'algorithmes n'en soit qu'à ses débuts et qu'il soit difficile actuellement d'en prévoir l'évolution dans les prochaines

131. Melanie L. FEIN, « Robot Advisors: A Closer Look », 30 juin 2015, p. 5 (PDF), SSRN, en ligne : <<http://ssrn.com/abstract=2658701>>.

décennies, il est possible de croire qu'ils peuvent réellement permettre de réduire les coûts liés à la constitution d'un portefeuille et les conflits d'intérêts qui y ont traditionnellement été rattachés.

En standardisant la relation et en changeant le fonctionnement traditionnel de cette industrie, les obligations de convenance et de connaissance doivent être amenées à changer pour permettre aux investisseurs de profiter pleinement des avantages découlant des développements technologiques... tant que les règles du jeu sont claires pour tous les acteurs impliqués. En effet, les investisseurs, particulièrement ceux appartenant aux plus jeunes générations, risquent de plus en plus de gérer leurs investissements en ayant recours à des robots-conseillers. Or, force est de constater que l'encadrement par analogie de la relation existant entre un investisseur et un robot-conseiller semble connaître certaines ratées en ce qui a trait à la protection des investisseurs de détail.

Nous croyons que le développement de ces nouvelles technologies dans le domaine financier doit donner ouverture à une réflexion nécessaire pour les régulateurs afin de protéger adéquatement les investisseurs et les marchés. Cette tâche pose des défis de taille en lien avec la supervision, la surveillance et le respect des règles dans un domaine où le fonctionnement même des outils ou des structures demeure abscons... mais elle s'avère nécessaire.

L'application dans le temps de mesures pénalisantes « destinées à protéger le public »

Anne-Marie BOISVERT et Pierre-André CÔTÉ

Résumé

Les modalités d'application des nouvelles lois dans le temps peuvent susciter de nombreux questionnements. Le présent texte s'attarde à l'effet rétroactif des lois, soit la possibilité qu'une modification législative occasionne de nouvelles conséquences pour l'avenir à l'égard d'un fait déjà accompli. Les auteurs s'attaquent ainsi à l'une des questions les plus épineuses du droit transitoire canadien à savoir si le fait qu'une disposition soit « destinée à protéger le public » justifie, à lui seul, qu'on lui donne une portée rétroactive. Ils font plusieurs distinctions essentielles à la résolution de cette question et invitent notamment la Cour d'appel à appliquer le raisonnement adopté par le plus haut tribunal du pays dans une décision récente.

L'application dans le temps de mesures pénalisantes « destinées à protéger le public »

Anne-Marie BOISVERT* et Pierre-André CÔTÉ**

INTRODUCTION	93
1. DRIEDGER.....	95
2. <i>BROSSEAU</i>	96
3. CRITIQUE DE L'ALTERNATIVE PUNITION/ PROTECTION DU PUBLIC	98
4. <i>TRAN</i>	104
5. L'APPLICATION RÉTROACTIVE DES SANCTIONS DISCIPLINAIRES AU QUÉBEC.....	108
CONCLUSION.....	115

* Professeure titulaire à la Faculté de droit de l'Université de Montréal.

** Professeur émérite à la Faculté de droit de l'Université de Montréal.

INTRODUCTION

Dans un article sur le droit transitoire paru il y a 40 ans¹, le professeur Elmer A. Driedger a mis de l'avant une distinction entre les lois rétroactives et les lois qu'il désigne par le terme « rétrospectives ». Alors qu'il définit les lois rétroactives comme celles qui modifient le droit à compter d'une date antérieure à leur adoption (« *A retroactive statute is one that changes the law as of a time prior to its enactment* »), les lois rétrospectives sont définies comme celles qui assortissent un fait accompli de nouvelles conséquences pour l'avenir (« *A retrospective statute is one that attaches new consequences to an event that occurred prior to its enactment* »)².

Une revue de la jurisprudence le conduit à dégager un principe de non-rétrospectivité qui, à son avis, s'applique uniquement si les conséquences de l'application de la loi nouvelle en raison de faits accomplis sont pénalisantes plutôt qu'avantageuses pour les sujets de droit. Il estime également que la présomption contre l'effet rétrospectif des lois ne trouve pas application lorsque la disposition prévoyant de nouvelles conséquences pénalisantes (comme, par exemple, une incapacité, une disqualification ou une inhabileté) a pour finalité, non pas de sanctionner une conduite passée, mais de « protéger le public ». L'article se termine par un résumé dont le dernier élément est le suivant, concernant la présomption de non-rétrospectivité :

4. The presumption does not apply if the new prejudicial consequences are intended as protection for the public rather than as punishment for a prior event.³

Ce passage a suscité un abondant contentieux⁴ et nous n'hésitons pas à affirmer que son application soulève l'une des questions les plus épineuses du droit transitoire canadien. Cette question,

1. Elmer A. DRIEDGER, « Statutes: Retrospective Reflexions », (1978) *R. du B. Can.* 264.

2. *Id.*, p. 276.

3. *Ibid.*

4. Pour une revue de la jurisprudence autour de cette question, voir Ruth SULLIVAN, *Sullivan On the Construction of Statutes*, 6^e éd., Markham, Lexis Nexis, 2014, aux par. 25.80 à 25.92, sous le titre « Legislation intended to protect the public ».

qui fait l'objet du présent article, peut être formulée ainsi : **le fait qu'une mesure pénalisante soit « destinée à protéger le public » justifie-t-il, à lui seul, qu'on lui donne une portée rétrospective ?**

La complexité intrinsèque de la matière est accentuée par l'absence d'une terminologie généralement acceptée et comprise pour appréhender les diverses modalités d'application des lois dans le temps. Par exemple, le terme anglais *retrospective* est tantôt employé en jurisprudence comme synonyme de *retroactive*, tantôt dans le sens spécialisé proposé par Driedger. Les traducteurs des arrêts le rendent tantôt par le terme *réroactif*, tantôt par le néologisme *rérospectif*. Même dans les cas où on s'entend sur la terminologie et les concepts, des différences d'opinions peuvent apparaître lorsqu'il s'agit de qualifier une application donnée à l'aide des notions auxquelles renvoient les mots. Ainsi, Driedger considère comme *retrospective* l'application d'une loi nouvelle de manière à attacher à une conduite passée une nouvelle peine pour l'avenir tandis que Ruth Sullivan penche plutôt pour la thèse qu'il s'agit là d'un effet *retroactive*⁵.

Nous partageons sur ce sujet le point de vue de Sullivan, mais compte tenu des objectifs limités de cet article, il n'est pas opportun ou nécessaire de développer ici les motifs qui nous conduisent à cette conclusion. Nous utiliserons donc, selon le contexte, soit les termes classiques *réroactif* et *réroactivité*, soit les termes *rérospectif* et *rérospectivité*. Nous demandons aux lecteurs et lectrices de ne pas attacher d'importance au choix de terme que nous aurons fait dans un contexte donné.

Venons-en donc à la question qui nous intéresse : le fait qu'une disposition soit « destinée à protéger le public » justifie-t-il de l'appliquer invariablement en raison de faits survenus antérieurement à son entrée en vigueur ? Une certaine interprétation de l'arrêt *Brosseau*⁶ de la Cour suprême va dans ce sens, mais nous estimons que cette interprétation est critiquable et qu'elle a été effectivement profondément remise en question par la Cour suprême dans le récent arrêt *Tran*⁷.

5. *Id.*, p. 792, note 135 et n° 25.45.

6. *Brosseau c. Alberta Securities Commission*, [1989] 1 R.C.S. 301.

7. *Tran c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, [2017] 2 R.C.S. 289.

1. DRIEDGER

Contrairement à ce qu'on a pu écrire⁸, Driedger n'a jamais affirmé que la présomption à l'encontre de l'effet rétrospectif des lois est repoussée dans le cas des mesures « destinées à la protection du public ». Il a écrit simplement que la présomption ne s'applique pas à l'égard de ces mesures. Voici pourquoi.

Dans l'article paru en 1978, Driedger met de l'avant une distinction entre le cas où la loi tire des conséquences d'un fait ponctuel survenu avant son entrée en vigueur et le cas où elle attache des effets à un fait durable, une certaine manière d'être, qu'il qualifie de caractéristique ou d'état (*characteristic (status)*), un fait qui a pu commencer avant l'entrée en vigueur de la loi et qui subsiste toujours au moment de son entrée en vigueur. Commentant une décision de justice, il écrit :

This decision suggested to me two distinct kinds of “requisites” for the application of a statute “drawn for a time antecedent to its passing”, namely, (1) a characteristic (status) and an event; and I concluded that *a statute cannot be said to be retrospective if it is brought into operation by a characteristic or status that arose before it was enacted*; but that it is retrospective if it is brought into operation by a prior event described in the statute.⁹ (Nos italiques)

Cette distinction entre le fait ponctuel et la « caractéristique » ou l'« état » durables trouve notamment sa pertinence dans l'analyse de l'effet des lois qui prennent en compte des antécédents pénaux, comme cela est illustré par l'analyse que fait Driedger de l'arrêt *The Queen v. Vine*¹⁰. Dans cette affaire, une loi interdisait à une personne déclarée coupable de *felony* de vendre des spiritueux au détail. Le dénommé Vine, qui avait été reconnu coupable de *felony* avant l'entrée en vigueur de la loi, prétendit après celle-ci que le principe de la non-rétroactivité des lois s'opposait à son application dans son cas. À la majorité, sa prétention fut écartée. Voici les motifs du juge en chef Cockburn, motifs qui semblent

8. Arrêt *Brosseau*, *supra*, note 6, p. 321 : « Étant donné que la modification contestée en l'espèce est destinée à protéger le public, la présomption de non-rétroactivité de la loi (*the presumption against the retrospective effect of statutes*) est en fait repoussée ».

9. *Loc. cit.*, note 1, à la p. 267.

10. (1875) L.R. 10 Q.B. 195.

avoir fortement inspiré Driedger (traduction extraite des motifs de la Cour suprême dans l'arrêt *Brosseau*) :

Si on pouvait trouver une raison pour penser que l'intention de ce texte législatif était simplement d'augmenter la peine à l'égard d'une infraction majeure en y ajoutant cette interdiction, je serais sensible à la force de l'argument de M. Poland, qui est fondé sur la règle d'interprétation des lois selon laquelle, lorsqu'elles sont de nature pénale, elles ne peuvent être interprétées rétroactivement, si le texte peut avoir un effet pour l'avenir et n'est pas nécessairement rétroactif. Toutefois, en l'espèce, *le but du texte législatif n'est pas de punir les contrevenants, mais de protéger le public contre la possibilité que des débits d'alcool soient tenus par des personnes de mœurs douteuses* [...] le Parlement a de façon catégorique adopté une position ferme, de toute évidence *pour protéger le public*, afin que les endroits publics puissent être tenus par des *personnes de bonnes mœurs*, et il n'est pas important à cette fin de savoir si une personne a été déclarée coupable avant ou après l'adoption de la loi, car elle est tout aussi mauvaise dans un cas comme dans l'autre et ne devrait pas recevoir de permis.¹¹ (Nos italiques)

Selon la majorité de la *Court of Queen's Bench*, la loi ne tirait pas une conséquence du fait ponctuel que représentait l'acte criminel de Vine, un fait appartenant au passé, mais plutôt de la « caractéristique » durable qu'il avait d'être une personne de mœurs douteuses, ce qu'il était au moment de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle. Pour la Cour et pour Driedger, l'application de la loi nouvelle dans ces circonstances n'était pas rétrospective et, par conséquent, la présomption de non-rétrospectivité ne pouvait trouver à s'appliquer. Pour paraphraser un jugement de la Cour suprême¹², Vine n'était pas atteint par la loi nouvelle en raison de ce qu'il avait fait (l'acte de *felony*), mais *en raison de ce qu'il était*, une « mauvaise personne ». La présomption contre l'effet rétrospectif de la loi n'a pas été repoussée ; on a simplement jugé qu'elle ne s'appliquait pas dans ce cas de figure.

2. *BROSSEAU*

Dans l'arrêt *Brosseau*¹³, la Cour suprême a fait une large place aux idées de Driedger. Le dénommé Brosseau exerçait la profes-

11. *R. c. Brosseau*, *supra*, note 6, à la p. 319.

12. *Paton c. The Queen*, [1968] R.C.S. 341, p. 353 (juge Judson).

13. Précité, note 6.

sion de courtier en valeurs mobilières. Il a fait l'objet d'accusations pour avoir, dans un prospectus, fait des déclarations qui étaient fausses ou trompeuses. Les faits qui lui étaient reprochés étaient survenus entre novembre 1979 et avril 1980. La poursuite pénale sera éventuellement rejetée pour motif de prescription. Au moment des faits, en 1979-1980, s'appliquait une loi sur les valeurs mobilières qui fut remplacée en 1981 par une nouvelle loi. S'appuyant sur une disposition de cette nouvelle loi, donc une loi postérieure aux faits reprochés à Brosseau, la Commission des valeurs mobilières de l'Alberta a donné à ce dernier avis d'une audience où elle devait notamment décider s'il y avait lieu de rendre contre lui une ordonnance de cesser ses opérations sur valeurs mobilières pendant une période à être déterminée à la suite de l'audience.

Brosseau a fait valoir que les faits reprochés étant survenus avant l'entrée en vigueur de la nouvelle loi, les dispositions de celle-ci ne pouvaient s'appliquer rétroactivement. La Cour a rejeté cette prétention. La juge l'Heureux-Dubé écrit, à la page 321 :

La présente affaire concerne un redressement dont l'application est fondée sur la conduite de l'appelant avant l'adoption des articles 165 et 166. Néanmoins, le redressement n'est pas conçu comme une peine liée à cette conduite. Il vise plutôt à protéger le public.

Elle ajoute, à la page 321 :

Les dispositions en question sont destinées à empêcher que des personnes que la Commission trouve coupables d'avoir accompli des actes *qui mettent en doute leur intégrité commerciale*, d'effectuer des opérations relatives à des valeurs mobilières. Il s'agit d'une mesure destinée à protéger le public et elle est conforme au rôle général de la Commission. Étant donné que la modification contestée en l'espèce est destinée à protéger le public, la présomption de non-rétroactivité est en fait repoussée. (Nos italiques)

En somme, selon la Cour, Brosseau n'est pas menacé d'une ordonnance en raison de ce qu'il a fait en 1979-1980, mais en raison de ce qu'il est en 1984, soit une personne dont l'intégrité commerciale peut être mise en doute, ce qui peut justifier l'interdiction d'effectuer des opérations relatives aux valeurs mobilières de manière à protéger le public.

3. CRITIQUE DE L'ALTERNATIVE PUNITION/ PROTECTION DU PUBLIC

L'arrêt de la Cour suprême du Canada dans *Brosseau* a été vu comme déterminant la démarche à adopter lorsque l'application d'une disposition législative fait appel à la prise en compte d'une inconduite antérieure à la mise en vigueur de la disposition. Cette démarche reposerait essentiellement sur l'alternative punition/protection du public. Elle suppose qu'on réponde à la question suivante : la prise en compte de l'inconduite passée a-t-elle pour objectif d'attacher une punition à celle-ci ou bien a-t-elle pour fonction la protection du public¹⁴ ?

Cette méthode inférée de l'arrêt *Brosseau* doit faire l'objet de critiques de deux ordres, soit la difficulté de faire rationnellement le choix que l'alternative exige, soit que, dissociée de son contexte, cette méthode donne une portée excessive à la branche « protection du public » de l'alternative.

À sa face même, l'obligation de choisir entre la finalité de punition et la finalité de protection du public est problématique, nous irions même jusqu'à dire qu'elle a quelque chose d'absurde. Il n'est pas de mesure punitive qui n'ait pour finalité la protection de la société. La dichotomie punition/protection du public n'a donc pas de sens. La distinction que l'on voudrait fondamentale et en tout temps décisive entre la punition et la protection du public ne tient pas compte de ce que le droit pénal et le droit criminel visent, tout autant que le droit disciplinaire, la protection du public. L'article 718 du *Code criminel* du Canada prévoit explicitement que « le prononcé des peines a pour objet essentiel de protéger la société et de contribuer, parallèlement à d'autres initiatives de prévention du crime, au respect de la loi et au maintien d'une société juste paisible et sûre [...] ». En outre, il est classique de présenter les infractions pénales contre le bien-être public (les infractions dites réglementaires ou *welfare offences*) comme étant essentiellement destinées à la protection du public¹⁵. Or, en matière pénale

14. Voir l'arrêt *Thibault c. Da Costa*, 2014 QCCA 2347, au par. 34.

15. Dans l'arrêt *Wholesale Travel Group*, [1991] 3 R.C.S. 154, le juge Cory écrivait : « Les mesures [pénales] réglementaires sont le moyen principal pour les gouvernements au Canada de mettre en œuvre leurs objectifs d'intérêt public. L'enjeu ultime du présent pourvoi est la capacité des gouvernements fédéral et provinciaux de réaliser leurs objectifs sociaux par l'adoption et la mise en application de

réglementaire, la loi, en principe, ne s'applique pas de manière rétroactive¹⁶. Comment distinguer fondamentalement l'infraction destinée à protéger le public dans le cadre de la réglementation d'une activité d'exercice libre comme la conduite automobile régie par le *Code de la sécurité routière* et la violation d'une prescription destinée à protéger le public dans le cadre de la réglementation d'une activité d'exercice réservé comme l'exercice de certaines professions ? Les deux types d'infraction visent la protection du public au moyen de l'imposition de sanctions¹⁷.

Voici en quels termes, dans le récent arrêt *R. c. K.R.J.*¹⁸, la juge Karakatsanis décrit la difficulté que ce choix entre la punition et la protection du public représente dans le contexte de définition de la notion de « peine » de l'alinéa 11i) de la *Charte canadienne des droits et libertés* :

Suivant le sens ordinaire des termes employés à l'art. 718, *la protection du public relève nettement de l'essence même de l'objectif et des principes qui régissent le processus de détermination de la peine*, ce que souligne la Cour dans *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, le juge La Forest, p. 329 : « [...] l'objet fondamental du droit criminel en général et de l'imposition des peines en particulier [est] la protection de la société ». Il est par conséquent *difficile de distinguer la sanction qui vise à protéger le public de celle dont le but est de punir le contrevenant*. Le juge Doherty signale la difficulté dans le récent arrêt *R. c. Hooyer*, 2016 ONCA 44, 129 O.R. (3d) 81. Ses remarques

lois visant à assurer le bien-être public [...] Il est difficile de penser à un aspect de nos vies qui n'est pas réglementé pour notre propre avantage et pour la protection de la société dans son ensemble. Du berceau à la tombe, nous sommes protégés par des dispositions réglementaires ».

16. En outre, les personnes accusées d'avoir commis une infraction contre le bien-être public sont considérées comme des personnes « inculpées » en vertu de la *Charte* et jouissent des protections offertes par l'article 11 de cette *Charte*.
17. Voir *R. c. Sault Ste-Marie*, [1978] 2 R.C.S. 1299, aux pp. 1302-1303 : « Dans le présent pourvoi, la Cour doit examiner des infractions diversement appelées infractions « statutaires », « réglementaires », « contre le bien-être public », « de responsabilité absolue » ou « de responsabilité stricte ». Ces infractions ne sont pas criminelles au plein sens du terme, mais sont prohibées dans l'intérêt public. (*Sherras v. De Rutzen*^[31]) Bien qu'appliquées comme lois pénales par le truchement de la procédure criminelle, ces infractions sont essentiellement de nature civile et pourraient fort bien être considérées comme une branche du droit administratif à laquelle les principes traditionnels du droit criminel ne s'appliquent que de façon limitée. Elles se rapportent à des questions quotidiennes, telles les contraventions à la circulation, la vente de nourriture contaminée, les violations de lois sur les boissons alcooliques et autres infractions semblables. »
18. 2016 CSC 31, au par. 42.

sont formulées dans le contexte de la définition de la présomption de non-rétrospectivité en common law, mais elles demeurent pertinentes en l'espèce :

[TRADUCTION] Il est difficile de distinguer entre la sanction qui vise à protéger le public et celle dont le but est de punir le contrevenant lorsqu'il s'agit de déterminer la peine à infliger à l'auteur d'une infraction criminelle. De nombreuses sanctions criminelles sont conçues à la fois pour protéger le public et pour punir l'accusé. En fait, certaines protègent le public en punissant l'accusé. Souvent, on ne peut pas vraiment dissocier l'objectif de protéger le public et celui de punir, ni les considérer comme des objectifs individuels et concurrents dans le contexte de la détermination de la peine.

C'est pourquoi, explique-t-elle, la sanction qui vise à promouvoir la sécurité du public ne bénéficie pas d'une exception générale à la protection qu'offre l'alinéa 11i) et peut être considérée comme une peine.

La protection du public est un objectif qui passe le plus souvent par le moyen de l'effet dissuasif associé à la punition¹⁹. On ne peut dissocier toutefois l'effet dissuasif d'une sanction de son effet préjudiciable. La punition, soit l'imposition de conséquences désagréables, est essentielle au mécanisme de la dissuasion. Le paragraphe 718b) du *Code criminel* prévoit d'ailleurs que la dissuasion est un des objectifs pénologiques à rechercher par l'imposition de la peine. La dissuasion est un objectif pénologique basé sur l'intimidation qui ne peut être atteint que par le caractère punitif de la sanction. Pour dissuader, il faut punir. L'effet préjudiciable de la sanction est essentiel à son caractère dissuasif et à l'objectif de protection du public. Parler de sanction au lieu de parler de peine est un exercice sémantique qui ne fait qu'occulter la réalité que la distinction punition/protection du public est intenable.

Par ailleurs, l'explication voulant que plus le manquement disciplinaire est préjudiciable pour le public, plus la sanction doit

19. Ex. : « Une chambre (de la sécurité financière) a pour *mission* d'assurer la protection du public *en maintenant la discipline* et en veillant à la formation et à la déontologie de ses membres ». (Nos italiques) *Loi sur la distribution de produits et services financiers*, RLRQ, c. D-9.2, art. 312. La discipline, ce qui comprend la sanction disciplinaire, est présentée comme le premier moyen d'assurer la protection du public.

être importante, quitte à être rétroactive, pour assurer son effet dissuasif et ainsi protéger le public²⁰ propose une compréhension inusitée de la notion même de dissuasion. On peut en effet difficilement soutenir que l'imposition d'une sanction qui n'existait pas au moment où les gestes reprochés ont été posés est de nature à rétroactivement aider le contrevenant à réguler sa conduite passée. L'effet dissuasif de la loi ne peut valoir que pour l'avenir et une sanction qui n'était pas prévisible n'est, par définition, pas dissuasive.

Le second ordre de critiques adressées à la démarche basée sur l'alternative punition/protection du public met l'accent sur le fait que cette approche, lorsqu'elle est dissociée du contexte de son origine dans l'article de Driedger et dans l'arrêt *Brosseau*, conduit à donner une portée excessive à la branche « protection du public » de l'alternative, ce qui entraîne beaucoup d'incertitude dans ce domaine du droit en plus de donner lieu à des décisions qui peuvent compromettre la sécurité juridique, heurter l'équité et dont la justification n'est pas convaincante.

La protection du public au moyen de mesures législatives pénalisantes peut emprunter au moins deux voies radicalement différentes. La loi peut, c'est la voie la plus fréquente, protéger le public grâce à l'édiction de règles dont le respect sera, espère-t-on, assuré par l'effet dissuasif de la menace d'une peine. Elle peut aussi protéger le public en interdisant une activité donnée à une personne dont la conduite passée indique qu'elle n'a pas les qualités voulues pour exercer cette activité sans compromettre la sécurité du public. Ainsi, Vine ne pouvait vendre des spiritueux au détail parce que son passé indiquait qu'il n'était pas une personne de bonnes mœurs. Brosseau pouvait faire l'objet d'une ordonnance de cesser de faire des opérations relatives aux valeurs mobilières parce que sa conduite malhonnête passée faisait douter de son intégrité commerciale.

C'est indubitablement ce second type de moyen de protéger le public que Driedger avait à l'esprit dans son article et non n'importe quel moyen dont on peut dire qu'il est ultimement destiné à protéger la société.

20. Arrêt *Thibault c. Da Costa*, *supra*, note 14, au par. 38.

Le contentieux qui s'est développé autour de la question de qualification de l'effet dans le temps de l'augmentation d'une amende illustre bien notre propos. Une loi qui hausse une amende en vue d'augmenter l'effet dissuasif de cette peine peut-elle s'appliquer à une conduite tenue avant l'augmentation ? Des arrêts de Cours d'appel ont opté pour l'application rétroactive de la nouvelle sanction, en se fondant sur *Brosseau*²¹. Un arrêt, toutefois, *Thow v. B.C. (Securities Commission)*²², fait exception et refuse cette application, y voyant une interprétation de *Brosseau* qui n'est pas conforme aux enseignements de Driedger sur lesquels la Cour s'est nettement appuyée dans cette affaire.

Voici comment s'exprime le juge Groberman dans ce dernier arrêt :

While some of the language used in *Brosseau* may be interpreted as supporting a very broad "protection of the public" exception to the presumption against retrospectivity, I do not think that that was the Court's intention. The Court's reasons in *Brosseau* draw heavily on Driedger and on the cases he cites. The reasons do not suggest any intention to broaden the exception, and there was no need to do so in order to resolve the issues in the *Brosseau* case.

Soon after the decision in *Brosseau*, the Federal Court of Appeal rejected the idea that the "protection of the public" exception to the presumption against retrospectivity had been broadened. In *Re Royal Canadian Mounted Police Act*, [1991] 1 F.C. 529, at paragraph 34, MacGuigan J.A., for a unanimous court, noted that a broad "protection of the public" exception to the presumption would effectively eliminate the presumption entirely:

[I]t must at least be recognized that there cannot be any public-interest or public-protection exception, writ large, to the presumption against retrospectivity, for the simple reason that every statute, whatever its content, can be said to be in the public interest or for the public protection. No Parliament ever deliberately legislates against the public interest but always visualizes its legislative innovations as being for the public good.

MacGuigan J.A. characterized the exception to the presumption against retrospectivity much more narrowly, at paragraph 32:

21. *Alberta (Securities Commission) v. Brost*, 2008 ABCA 326 ; *Alberta (Securities Commission) v. Workum*, 2010 ABCA 405 ; *Thibault c. Da Costa*, *supra*, note 14.

22. 2009 BCCA 46.

[T]here is an exception to the presumption against retrospectivity where there is (1) a statutory disqualification, (2) based on past conduct, (3) which demonstrates a continuing unfitness for the privilege in question. To my mind this is quite a narrow exception to the general presumption [...].

I agree, generally, with that characterization of the cases underlying the exception. The cases have all involved situations in which a past conduct is used to identify a person as one who poses a particular risk for the future, and ought, therefore, to be disqualified or otherwise restricted from activities for the protection of the public. In other words, the penal sanction imposed is not intended to penalize past conduct at all (though it may, incidentally, have that effect). Instead, it is designed to directly prevent future offending conduct from occurring.²³

Nous partageons le point de vue du juge Groberman, car il s'appuie sur une interprétation des motifs de la Cour suprême dans l'arrêt *Brosseau* qui tient compte du contexte dans lequel ces motifs ont été rédigés. Il est clair que la Cour s'y est inspirée de l'article de Driedger et de la jurisprudence dont il voulait rendre compte. On ne peut pas alors donner au concept de « loi destinée à protéger le public » une signification qui englobe toutes les lois qui ont pour objectif la protection du public. Driedger avait plutôt à l'esprit un type particulier de lois, soit les lois qui font référence à des inconduites passées en vue d'identifier des personnes qui, en raison de leurs actions passées, affichent des « caractéristiques » qui donnent lieu de craindre pour la sécurité publique à l'avenir, d'où la restriction des activités futures de ces personnes. Comme ces caractéristiques constituent des faits durables qui existent au moment où la loi nouvelle entre en vigueur, l'application de celle-ci en rapport avec ces faits n'est ni rétroactive ni rétrospective²⁴. La professeure Sullivan exprime une opinion analogue à celle du juge Groberman lorsqu'elle écrit ceci au sujet de l'application dans le temps des lois qui haussent une amende :

It makes sense to argue that a newly imposed ban on an activity that relies on past conduct as evidence of current unfitness to engage in future activity is neither retroactive nor retrospective. However,

23. *Id.*, aux par. 41 à 44.

24. Dans ce sens : Pierre-André CÔTÉ, avec la collaboration de Stéphane BEAULAC et Mathieu DEVINAT, *Interprétation des lois*, 4^e éd., Montréal, Thémis, 2009, aux par. 526-527 et aux par. 530-534.

it is doubtful that such a rationale can apply when what is newly imposed is the increase in the maximum fine.²⁵

Un constat s'impose. Comme l'écrit la professeure Sullivan, « the distinction between what is punitive and what is protective of the public is elastic and uncertain »²⁶. Il était grand temps que la Cour suprême « revisite » *Brosseau*, ce qu'elle fait, à notre avis, dans l'arrêt *Tran*²⁷.

4. *TRAN*

L'affaire *Tran* met en cause l'application du sous-paragraphe 36(1)a) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*²⁸ qui prévoit l'interdiction de territoire des résidents permanents pour raison de « grande criminalité ». Cet alinéa définit comme constituant un acte de « grande criminalité » le fait d'être déclaré coupable d'une infraction à une loi fédérale passible d'un emprisonnement maximal d'au moins dix ans ou encore le fait d'être condamné à un emprisonnement de plus de six mois pour infraction à une loi fédérale. L'interdiction de territoire peut entraîner une perte de statut et la déportation.

Monsieur Tran, un résident permanent, a été accusé de production de marijuana contrairement à la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*²⁹. Au moment où il a commis l'infraction, en mars 2011, une peine maximale de sept ans d'emprisonnement était prévue en cas de condamnation. Le 6 novembre 2012, soit pendant son procès, mais avant sa condamnation, la peine maximale pour cette infraction a été portée à 14 ans d'emprisonnement à la suite de l'entrée en vigueur de la *Loi sur la sécurité des rues et des communautés*³⁰. Monsieur Tran a été déclaré coupable de production de marijuana le 29 novembre 2012 et, le 18 janvier 2013, il a été condamné à une peine de 12 mois d'emprisonnement avec sursis à purger dans la communauté³¹.

25. *Op. cit.*, note 4, au par. 25.87. Dans le même sens, le par. 25.89, *in fine*.

26. *Id.*, au par. 25.88.

27. *Tran c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2017 CSC 50.

28. L.C. 2001, ch. 27 (ci-après la *LIPR*).

29. L.C. 1996, ch. 19.

30. L.C. 2012, ch. 1, art. 41.

31. En vertu de l'alinéa 11i) de la *Charte canadienne des droits et libertés* consacrant le droit à la peine la moins sévère en cas de variation de la peine entre le moment

À la suite du prononcé de cette peine, un agent de l'Agence des services frontaliers du Canada a préparé un rapport selon lequel monsieur Tran devait être interdit de territoire au Canada. La contestation de ce rapport a, quelques années plus tard, abouti en Cour suprême du Canada et soulevé, entre autres, la question de savoir si l'expression « punissable d'un emprisonnement maximal d'au moins dix ans » employée du sous-paragraphe 36(1)a) de la *LIPR* visait l'emprisonnement en vigueur au moment des gestes reprochés à monsieur Tran ou celui prévu par la loi au moment de la décision quant à l'interdiction de territoire.

Pour les fins de notre propos, il importe de mentionner qu'en Cour suprême du Canada, c'est de l'interdiction de territoire, une sanction administrative prévue par la *LIPR*, qu'il était question et non de la peine à infliger à monsieur Tran.

La juge Côté, exprimant les motifs unanimes de la Cour suprême, a conclu que l'expression « punissable d'un emprisonnement maximal d'au moins 10 ans » prévu à l'article 36 de la *LIPR* renvoie à la peine maximale applicable *au moment de la commission de l'infraction*.

Pour en venir à cette conclusion, elle se livre à un exercice classique d'interprétation des lois éclairé par les principes généraux du droit.

Bien que je partage l'opinion de la Cour d'appel selon laquelle l'al. 11i) de la Charte ne s'applique pas à la décision du délégué du ministre, parce que la procédure n'est ni criminelle ni pénale, la présomption du caractère non rétrospectif est une règle d'interprétation législative applicable dans la présente affaire. [...] Les lois ne doivent pas être interprétées comme ayant une portée rétroactive à moins que le texte de la Loi ne le décrète expressément ou n'exige implicitement une telle interprétation.³²

Le principe de la non-rétroactivité de la loi s'applique donc en principe ; il ne peut être écarté que de façon expresse ou de façon implicite. Le principe de non-rétroactivité est écarté de

de la commission de l'infraction et l'imposition de la peine, la nouvelle peine plus sévère était inapplicable à monsieur Tran.

32. *R. c. Tran*, *supra*, note 27, au par. 43.

façon implicite suivant une démarche analytique coûts/avantages, c'est-à-dire lorsque le contexte et les circonstances permettent de conclure que le législateur a estimé que les avantages escomptés de l'effet rétroactif justifient les coûts reliés à l'atteinte aux valeurs qui sous-tendent le principe de non-rétroactivité, soit la sécurité juridique et l'équité.

[48] La présomption est un outil pour cerner la portée temporelle voulue de la loi. En l'absence d'une indication selon laquelle le législateur a envisagé qu'une loi soit rétrospective et ainsi possiblement inéquitable, il faut présumer qu'il n'a souhaité ni l'un ni l'autre :

Il n'existe aussi aucune exigence générale que la législation ait une portée uniquement prospective, même si une loi rétrospective et rétroactive peut renverser des expectatives bien établies et être parfois perçue comme étant injuste : voir E. Edinger, « Retrospectivity in Law » (1995), 29 *U.B.C. L. Rev.* 5, p. 13. Ceux qui partagent cette perception seront peut-être rassurés par les règles d'interprétation législative qui imposent au législateur d'indiquer clairement les effets rétroactifs ou rétrospectifs souhaités. Ces règles garantissent que le législateur a réfléchi aux effets souhaités et [TRADUCTION] « a conclu que les avantages de la rétroactivité (ou du caractère rétrospectif) l'emportent sur les possibilités de perturbation ou d'iniquité » : *Landgraf c. USI Film Products*, 511 U.S. 244 (1994), p. 268. (Je souligne) (*Imperial Tobacco*, par. 71, le juge Major)

[49] *La présomption existe pour garantir que les lois ne s'appliquent rétrospectivement que lorsque le législateur a clairement indiqué qu'il a mis en balance les avantages du caractère rétrospectif, d'une part, et l'iniquité potentielle, d'autre part. Sans cela, il faut présumer que le législateur n'a pas souhaité de tels effets.*³³ (Nos italiques)

Indépendamment de toute question liée à la portée de la *Charte*, qui ne s'applique pas en l'espèce, la Cour rappelle clairement que le principe de l'interprétation des lois comme n'étant pas rétroactives découle du principe de la primauté du droit qui exige que le citoyen connaisse à l'avance les conséquences qui découleront au plan juridique de la conduite qu'il adopte³⁴ et qu'il répond aussi à des exigences d'équité³⁵. Pour écarter le principe

33. *Id.*, aux par. 48 et 49.

34. *Id.*, au par. 44.

35. *Id.*, au par. 45.

de la non-rétroactivité, il faut bel et bien établir que le législateur a envisagé qu'une loi soit rétroactive et qu'il a estimé que les avantages de la rétroactivité en termes de protection de la société pouvaient justifier une atteinte aux valeurs d'équité qui sous-tendent le principe de la non-rétroactivité de la loi³⁶. On ne peut présumer cette intention.

Le seul fait qu'une loi soit destinée à protéger le public ne peut fonder la conclusion qu'elle doit avoir un effet rétroactif. La démarche binaire punition/protection du public est clairement rejetée par la Cour.

Selon la juge Côté, l'arrêt *Brosseau*, où la Cour a conclu que la présomption contre la rétroactivité des lois ne s'applique pas si les nouvelles conséquences préjudiciables visent à protéger le public plutôt qu'à punir un fait passé, ne peut être interprété de manière à englober *toute* la législation dont on peut dire qu'elle vise globalement la protection du public.

Dans *Brosseau*, la Cour a conclu que la présomption ne s'applique pas si les nouvelles conséquences préjudiciables en cause visent à protéger le public plutôt qu'à punir pour un fait passé. Le fait que l'al. 36(1)a) de la *LIPR* reflète « une intention de donner priorité à la sécurité » (*Medovarski*, par. 10) n'est pas suffisant, en soi, pour qu'il soit visé par l'exception de la « protection du public » envisagée dans *Brosseau*. *Si l'on interprétait cette exception de telle sorte qu'elle englobe toute la législation dont on peut dire qu'elle vise globalement la protection du public, cela reviendrait à faire fi de l'objectif sous-jacent à la présomption du caractère non rétrospectif*.³⁷ (Nos italiques)

Autrement dit, l'objectif général de protection du public ne justifie pas à lui seul une dérogation automatique au principe de la non-rétroactivité de la loi.

L'exception relative à la « protection du public » permet que la législation protective ait un effet rétrospectif même en l'absence d'un texte de loi exprès ou nettement implicite en ce sens, *dans la mesure où il ressort autrement de l'intention du législateur qu'il en soit ainsi*. Cela dit, conformément à l'objectif sous-jacent de la

36. *Id.*, aux par. 49 et 50.

37. *Id.*, au par. 47.

présomption, l'exception s'applique uniquement lorsque la structure de la pénalité elle-même illustre que le législateur a mis en balance les avantages du caractère rétroactif, d'une part, et ses effets inéquitables potentiels, d'autre part. Ce sera le cas lorsqu'il y a clairement un lien entre la mesure protective et les risques encourus par le public associés à la conduite antérieure à laquelle ils se rattachent. Dans de tels cas, comme dans *Brosseau*, l'étendue de la protection doit s'aligner avec les risques précis engendrés par ceux qui ont eu une conduite dommageable spécifique et elle est façonnée pour prévenir ces risques pour l'avenir : voir *Brosseau*, p. 319-320, citant *R. c. Vine* (1875), L.R. 10 Q.B. 195, p. 199 ; voir également *In re A Solicitor's Clerk*, [1957] 1 W.L.R. 1219 (Q.B.).³⁸ (Nos italiques)

On aurait cru que *Tran* avait sonné le glas, en droit transitoire, de la démarche analytique faisant appel à l'alternative punition/protection du public. L'état actuel du droit disciplinaire au Québec montre que ce n'est malheureusement pas le cas.

5. L'APPLICATION RÉTROACTIVE DES SANCTIONS DISCIPLINAIRES AU QUÉBEC

Un débat divise présentement les comités de discipline au Québec concernant la question de savoir si le récent arrêt *Tran* de la Cour suprême du Canada a écarté ou non l'arrêt *Brosseau*³⁹. Selon nous, l'arrêt *Brosseau* n'est pas écarté, mais est plutôt ramené à une portée plus limitée que celle qu'on lui a généralement attribuée, particulièrement dans la décision *Da Costa*⁴⁰ de la Cour d'appel du Québec.

Dans cette affaire, la Cour devait décider de l'application dans le temps de modifications législatives ayant augmenté l'amende applicable en cas de manquement disciplinaire entre le moment des manquements reprochés à l'accusé et le moment d'imposition de la sanction. Dans un passage régulièrement repris par les comités de discipline, la Cour d'appel a résumé ainsi l'arrêt *Brosseau* de la Cour suprême :

38. *Id.*, au par. 50.

39. Voir, en particulier, *Bichai c. Rancourt*, 2017 CanLII 64528 (QC CDCM), *Joyal c. Cordoba*, 2018 CanLII 30382 (QC CDCM) et *Inhalothérapeutes (Ordre professionnel des) c. Milmore*, 2017 CanLII 78244 (QC OPIQ), rectifiée le 11 janvier 2018.

40. *Thibault c. Da Costa*, *supra*, note 14.

La lecture des extraits de l'arrêt *Brosseau* permet de faire certains constats :

1. Le principe de la non-rétroactivité s'applique à la loi qui produit un effet préjudiciable par rapport à un événement antérieur à son entrée en vigueur ;

2. Si la peine imposée par la loi en question ne vise pas à constituer une punition pour l'événement passé, le principe de la non-rétroactivité ne s'applique pas. Cette distinction est fondée sur l'idée qu'une loi qui traite dans l'avenir de gestes passés ne peut être considérée comme une loi rétroactive si l'événement passé ne produit des effets différents qu'à compter de l'entrée en vigueur de la loi (effet rétrospectif).

i. Dans cette sous-catégorie des effets qui ne sont pas interdits par le principe de la non-rétroactivité, on retrouve les lois qui imposent une peine liée à un événement passé, lorsque le but de la peine n'est pas de punir, mais de protéger le public.

ii. Pour déterminer si une loi vise à punir, il faut « se tourner vers l'objet de la loi ». S'il s'en dégage que l'intention du législateur est de punir ou de pénaliser une personne pour ce qu'elle a fait, le principe de la non-rétroactivité s'applique. En effet, il s'agit d'un cas classique d'effet rétroactif d'une loi, c'est-à-dire qu'on ajoute une nouvelle conséquence à un événement antérieur à l'entrée en vigueur de la loi.

Examinons l'objet de l'amendement apporté à la *Loi sur la distribution* en 2009 – qui a augmenté de façon substantielle les amendes en cas de contravention – pour déterminer si le but de l'amendement est de punir le contrevenant ou plutôt de protéger le public.⁴¹

À la lecture de l'arrêt *Tran*, il est clair que l'arrêt *Brosseau* ne peut avoir la portée générale que lui a conférée la Cour d'appel du Québec dans l'arrêt *Da Costa* et qu'il est contraire au principe de la primauté du droit et aux exigences de l'équité de déclarer sans nuances que tout le droit disciplinaire, puisqu'il vise la protection du public et non la punition, est exempté de la présomption de non-rétroactivité des lois.

41. *Id.*, aux par. 34 et 35.

Dans une toute récente décision, *Bédard c. Oliveira*⁴², le Tribunal des professions du Québec peine toutefois à s'écarter de l'arrêt *Da Costa* de la Cour d'appel. Cette affaire met en cause un physiothérapeute ayant posé en 2014 des gestes à caractère sexuel constituant des actes dérogatoires à la profession au sens de l'article 59.1 du *Code des professions*⁴³. Au moment où il a posé les gestes, le physiothérapeute s'exposait à une amende de 1 000 \$ à 12 500 \$ et à une radiation dont la période était à la discrétion du conseil de discipline. Entre la commission des gestes reprochés et l'imposition de la sanction, le *Code des professions* a été modifié⁴⁴. Le nouvel article 156 du *Code des professions* prévoit depuis 2017 que l'amende est portée à un montant pouvant varier entre 2 500 \$ et 62 500 \$. En outre, la loi prévoit dorénavant qu'au chapitre des infractions à caractère sexuel, le conseil de discipline *doit* prononcer, outre une amende, une radiation d'au moins cinq ans sauf si le professionnel convainc le conseil qu'une radiation d'une durée moindre serait justifiée dans les circonstances.

Dans cette affaire, le Tribunal des professions a donc dû se pencher sur l'application de la loi nouvelle dans le temps. Et, comme il le mentionne dans sa décision, la résolution de l'affaire passe obligatoirement par les préceptes énoncés par la Cour suprême du Canada dans les affaires *Brosseau* et *Tran*, de même que par la Cour d'appel du Québec dans l'arrêt *Da Costa*⁴⁵.

La décision commence en réitérant la distinction punition/protection du public. Le Tribunal prend en outre acte de la décision de la Cour suprême dans *Tran* qui traite de la recherche de l'intention législative quant à la portée de la loi dans le temps et de la mise en balance des considérations d'équité et de primauté du droit, d'une part, et des bénéfices à retirer d'une disposition rétroactive⁴⁶. La question suivante est alors posée :

Cela dit, les modifications apportées par la loi 11 comportent-elles l'expression d'une intention législative de *modifier l'objet de la loi* en regard des sanctions applicables à une infraction à l'article 59.1

42. 2018 QCTP 25.

43. RLRQ, c. C-26.

44. *Loi modifiant diverses lois concernant principalement l'admission aux professions et la gouvernance du système professionnel*, L.Q. 2017, c. 11, art. 155.

45. *Bédard c. Oliveira*, *supra*, note 42, au par. 20.

46. *Id.*, au par. 38.

C. Prof. ? En d'autres termes, le législateur a-t-il voulu attribuer aux sanctions un caractère punitif, assujettissant ainsi la nouvelle loi au principe de non-rétroactivité ?⁴⁷ (Nos italiques)

Plus loin, le Tribunal réitère :

La structure de détermination des sanctions mise en place par le nouvel article 156 *C. Prof.* a-t-elle pour *objectif* la pénalisation des sanctions en matière d'abus sexuel ? *Si oui, il s'agira de mesures préjudiciables* sujettes à la présomption de non-rétroactivité. Si non, il s'agira de mesures protectrices, sujettes à l'exception relative à la protection du public.⁴⁸ (Nos italiques)

Poser la question en ces termes conserve intacte la démarche fondée sur la distinction punition/protection du public clairement rejetée dans l'arrêt *Tran* et maintient l'idée consacrée dans l'arrêt *Da Costa* que tout le droit disciplinaire, puisqu'il vise la protection du public, est par définition non préjudiciable et soustrait à la présomption de non-rétroactivité des lois. Cela postule que, de manière générale, l'intention du législateur qui entend protéger le public est invariablement d'écarter les considérations qui fondent le principe de non-rétroactivité puisqu'on est en matière de protection du public. Ce raisonnement circulaire, qui insiste sur l'intention législative de protéger le public et non de punir, élude totalement la question de *l'effet préjudiciable* de la loi et de l'iniquité essentielle d'une punition qui n'était pas prévisible et ne peut, par définition avoir servi à orienter la conduite du contrevenant.

En apparence, le tribunal applique la décision de la Cour suprême dans l'arrêt *Tran*, mais cette application n'est pas convaincante. En fait, la motivation de la décision révèle un paradoxe intenable : tous les éléments punitifs de la loi nouvelle sont mis de l'avant pour justifier qu'il s'agit d'une loi qui n'est pas punitive, mais qui vise la protection du public.

En augmentant la sévérité, la loi ne vise pas à transformer le régime des sanctions en instrument de punition, mais plutôt à dissuader la commission d'infractions de cette nature en imposant des sanctions plus sérieuses⁴⁹.

47. *Id.*, au par. 35.

48. *Id.*, au par. 43.

49. *Id.*, au par. 53.

Le caractère coercitif de cette mesure renforce l'objectif de protection du public en assurant une cohérence dans le traitement d'une même situation. Le but n'est pas de pénaliser le professionnel concerné, mais bien de protéger le public en évitant qu'un double régime de sanctions potentielles pour un même geste puisse avoir pour effet de saper la volonté législative de dissuasion de l'ensemble des professionnels.⁵⁰ (Nos italiques)

Le tribunal invoque la présence de facteurs d'atténuation de la sanction, qui peuvent être avancés au soutien d'une sanction plus clémentine que la radiation mandataire de cinq ans, pour soutenir que le législateur a mis en balance les intérêts du professionnel et ceux du public.

L'atténuation de la sévérité inhérente à un régime de sanctions prévoyant un seuil minimum, de même que l'adaptation de la sanction aux circonstances propres au comportement du professionnel visé, dénotent une intention de mettre en balance les effets du caractère rétrospectif et l'iniquité pouvant en découler.⁵¹

Or, la possibilité de prise en compte de facteurs atténuants au moment de la détermination de la sanction pour l'adapter à la conduite du contrevenant suggère moins une intention législative de tempérer l'iniquité d'une application rétroactive de la loi que de s'approcher d'un processus classique de détermination de la peine, ce qui pointe vers le caractère punitif de la nouvelle sanction.

Ce dont traite l'arrêt *Tran*, ce n'est pas de déterminer si le législateur avait l'intention de protéger ou de punir. Ce qu'il faut mettre en balance, ce sont, d'une part les coûts de la rétroactivité en termes d'équité et de sécurité juridique et, d'autre part, les avantages escomptés de la rétroactivité.

Lorsqu'on suit cette approche, il est clair que les valeurs de sécurité et d'équité sont sacrifiées alors qu'il a très peu d'avantages à mettre au compte de la rétroactivité. Manifestement, comme nous l'avons déjà souligné, une disposition rétroactive ne peut servir à orienter les conduites passées et n'a donc, en elle-même, aucun

50. *Id.*, au par. 55.

51. *Id.*, au par. 69.

effet en termes de dissuasion. À ce chapitre, donc, aucun bénéfice à mettre dans le plateau de la balance.

Dans la recherche de l'intention législative, le Tribunal fait appel à des éléments des débats parlementaires susceptibles de faire ressortir les motifs ayant conduit à l'intervention du législateur⁵². On apprend en consultant ces travaux⁵³ qu'un comité formé pour conseiller le gouvernement a conclu qu'en matière d'inconduite sexuelle d'un professionnel, « [l]es peines minimales actuelles sont jugées insuffisantes [...] ». Ce qui est mis en cause ici, ce n'est pas la loi ancienne, qui autorisait effectivement des peines très sévères allant jusqu'à la radiation permanente, mais son application par les conseils de discipline : les peines effectivement imposées en cas d'inconduite sexuelle ont été jugées insuffisantes, malgré la présence de peines minimales (c'est le *mischief* de la common law), d'où la proposition de hausser le niveau des peines minimales de manière à mieux encadrer le travail des conseils de discipline (c'est le *remedy*).

Le fait de prévoir une peine minimale plus lourde augmentera à l'avenir l'effet dissuasif des décisions disciplinaires aussi bien à l'égard du professionnel reconnu coupable que des autres professionnels. Cela dit, la dissuasion reliée à l'imposition d'une sanction doit être distinguée de l'effet dissuasif que constitue la menace de sanction brandie par la loi elle-même. Une loi, le lendemain de son adoption et indépendamment des sanctions qui seront un jour imposées, a vocation à exercer une influence sur la conduite des sujets de droit notamment grâce à l'effet dissuasif de la menace d'une peine. Et c'est pourquoi la ministre de la Justice présente la loi comme répondant à la nécessité de « lancer un message clair », il faut que « le message soit très fort », on veut « lancer un signal fort », explique-t-elle, « [...] l'inconduite sexuelle doit être réprimée de façon sévère. Le message doit être très clair à cet effet ».

Ces passages illustrent parfaitement les visées dissuasives de la loi nouvelle. Mais qui veut-on dissuader ? À qui s'adressent ces « messages » ? Vers qui ces « signaux » sont-ils lancés ? Il ne s'agit pas de dissuader les conseils de discipline, qui font l'objet

52. *Id.*, au par. 51.

53. Voir le *Journal des débats de la Commission des institutions*, vol. 44, n° 193, 18 mai 2017.

d'une mesure non pas dissuasive, mais impérative : en cas d'inconduite sexuelle d'un professionnel, ils sont tenus, par la loi nouvelle, d'imposer notamment et en principe une radiation minimale de cinq ans.

Les destinataires des « messages » ne peuvent être que les professionnels, qui sont, par l'effet de la loi nouvelle, davantage mis en garde par la sévérité de la sanction qu'ils ne l'étaient auparavant. Mais de quels professionnels parle-t-on ? Il ne peut s'agir que des professionnels qui sont en mesure de « capter le message » et de se conduire de manière à éviter la nouvelle sanction. Vise-t-on également les professionnels dont l'inconduite est antérieure à la loi nouvelle ? Une réponse négative semble s'imposer. Le législateur ne peut lancer de message ni de signal vers le passé. Ce qui est fait est fait, et le législateur n'a aucune prise sur les conduites passées. L'objectif dissuasif propre à la loi n'a de sens que s'il vise les conduites qui seront tenues dans l'avenir. Il faut le répéter : la dissuasion ne rétroagit pas.

Si l'effet dissuasif qu'exerce la loi elle-même ne peut favoriser la conclusion que le législateur a voulu la rétroactivité d'une loi nouvelle, il en va autrement de l'effet dissuasif associé à une condamnation. Une condamnation exerce un effet dissuasif sur l'accusé, qui est dissuadé de récidiver et sur les tiers qui sont, par l'effet exemplaire de la sanction, dissuadés d'imiter l'accusé. Il faut reconnaître que le respect du principe de la non-rétroactivité de la loi a pour conséquence normale de reporter dans le temps l'effet dissuasif de la condamnation. Il faudra normalement attendre des mois sinon des années avant qu'une personne qui a contrevenu à la loi nouvelle après son entrée en vigueur soit poursuivie, jugée et condamnée. Par contre, la rétroactivité optimalise cet effet dissuasif en l'accélérant, car il peut théoriquement se faire sentir dans les jours ou les semaines qui suivent l'entrée en vigueur de la nouvelle sanction, pour les instances disciplinaires en cours à ce moment-là.

Cette optimisation est toutefois obtenue au prix d'une atteinte aux valeurs que le principe de non-rétroactivité a pour mission de sauvegarder. La présomption de la non-rétroactivité de la loi a pour effet d'obliger l'interprète à considérer que le législateur a estimé que l'accélération de l'effet dissuasif de la

condamnation ne pouvait, à elle seule, justifier de donner un effet rétroactif à la loi nouvelle.

CONCLUSION

Manifestement, il est difficile, pour les tribunaux disciplinaires, de renoncer à l'héritage de l'affaire *Da Costa*. À notre avis, la Cour d'appel devrait, le plus tôt possible, prendre acte de l'arrêt de la Cour suprême du Canada dans *Tran*, de la démarche analytique qui y est proposée en remplacement de l'alternative punition/protection du public et elle devrait écarter la jurisprudence *Da Costa* voulant que la sanction disciplinaire échappe inévitablement, par sa nature ou sa vocation à la protection du public, à l'application du principe fondamental de la non-rétroactivité des lois.

Un Sénat plus indépendant : la réforme Trudeau face au *Renvoi relatif à la réforme du Sénat*

Étienne MORIN-LÉVESQUE

Résumé

Cet article se penche sur la constitutionnalité de l'instauration unilatérale par le gouvernement Trudeau d'un comité consultatif indépendant chargé de fournir au premier ministre des recommandations pour la sélection des sénateurs. L'auteur rappelle d'abord certains aspects théoriques de la protection constitutionnelle du Sénat, comme détaillés dans le *Renvoi relatif à la réforme du Sénat*. Il vise à démontrer que la modification apportée au Sénat ne nécessitait pas de recourir à un amendement constitutionnel puisqu'elle ne modifie pas ses rôles fondamentaux. Plutôt, elle les renforce.

Un Sénat plus indépendant : la réforme Trudeau face au *Renvoi relatif à la réforme du Sénat*

Étienne MORIN-LÉVESQUE*

INTRODUCTION	121
I- LE SÉNAT : MODÈLE THÉORIQUE, DÉFICITS DE LÉGITIMITÉ ET PROTECTION CONSTITUTIONNELLE	122
II- LE RENVOI RELATIF À LA RÉFORME DU SÉNAT : CONCLUSIONS ET MOTIFS	125
III- VALIDITÉ DE LA RÉFORME TRUDEAU	127
A- La réforme Trudeau : s'attaquer à la partisanerie pour un Sénat efficace	128
B- La réforme Trudeau requiert-elle un amendement constitutionnel ?	128
1. La réforme Trudeau modifie-t-elle le rôle réflexif du Sénat ?	129
2. La réforme Trudeau modifie-t-elle le rôle fédéral du Sénat ?	130

* Étudiant en troisième année au baccalauréat en droit à l'Université de Montréal et étudiant en droit chez IMK s.e.n.c.r.l.

L'auteur tient à remercier Noura Karazivan, professeure à la Faculté de droit de l'Université de Montréal, pour ses précieux conseils.

3. La réforme Trudeau modifie-t-elle le « mode de sélection des sénateurs » ?.....	132
CONCLUSION.....	135

INTRODUCTION

Largement considéré comme un organe législatif inutile, un « appendice superflu décrié par tout le monde et son père »¹, le Sénat a fait l'objet de multiples propositions infructueuses de réforme². Le gouvernement conservateur avait même récemment tenté de réformer la Chambre haute, mais la Cour suprême avait conclu que le Parlement canadien n'avait pas la compétence pour modifier unilatéralement le Sénat³. En réaction au Renvoi, plusieurs auteurs prédisaient alors que le Sénat était contraint au statu quo⁴. Cependant, le gouvernement Trudeau a mis en place une réforme importante à son arrivée au pouvoir pour tenter de réduire la partisanerie au Sénat (ci-après la « réforme Trudeau »)⁵. L'instauration d'une telle réforme nécessitait-elle un amendement constitutionnel ? Pour se pencher sur cette question, nous commencerons par présenter le rôle, les lacunes et la protection constitutionnelle du Sénat (I), avant de nous attarder au *Renvoi* et à l'interprétation récente de la portée de la procédure d'amendement constitutionnel (II). L'examen du projet de réforme mis en place par le gouvernement Trudeau nous amènera à conclure que l'implantation de la réforme Trudeau ne nécessitait pas d'amendement constitutionnel puisqu'il ne fait que renforcer les rôles protégés du Sénat, sans les modifier (III).

-
1. Lowell MURRAY, « Le Sénat et ses détracteurs », dans Serge JOYAL (dir.), *Protéger la démocratie canadienne : Le Sénat en vérité...*, Montréal & Kingston, McGill-Queen's University Press, 2003, p. 143, à la page 148.
 2. Alain ROUSSY, « La réforme du Sénat au Canada », (2013-2014) 45:1 *R.D. Ottawa* 93.
 3. *Renvoi relatif à la réforme du Sénat*, 2014 CSC 32 (ci-après : « *Renvoi* »).
 4. Voir par ex. : Frederick L. MORTON, « Constitutional Gridlock: How the Supreme Court (unnecessarily) Killed Senate Reform », (2016) 73 *S.C.L.R.* (2d) 185, 194 : « Canadians are stuck with a dysfunctional and discredited second chamber for at least another generation ».
 5. Joan BRYDEN, « Réforme du Sénat : Trudeau créera un comité non partisan », *La Presse*, 2 décembre 2015, en ligne : <<http://www.lapresse.ca/actualites/politique/politique-canadienne/201512/02/01-4927221-reforme-du-senat-trudeau-creera-un-comite-non-partisan.php>> (consulté le 20 novembre 2017).

I- LE SÉNAT : MODÈLE THÉORIQUE, DÉFICITS DE LÉGITIMITÉ ET PROTECTION CONSTITUTIONNELLE

Avant d'aborder la constitutionnalité de la réforme Trudeau, il convient de présenter le Sénat en tant qu'organe idéalisé et critiqué pour comprendre pourquoi il a fait l'objet d'autant de tentatives de réformes malgré son degré élevé de protection constitutionnelle.

En vertu de la *Loi constitutionnelle de 1867*, le Parlement canadien est composé de « la Reine, d'une chambre haute appelée le Sénat, et de la Chambre des Communes »⁶. Originellement, le Sénat était donc conçu pour jouer un rôle vital et autonome au sein du pouvoir législatif, puisque l'adoption d'une loi fédérale est subordonnée à son assentiment⁷. De tels pouvoirs extensifs se justifient historiquement par les volontés de tempérer les excès démocratiques de la Chambre des communes et d'assurer une meilleure représentation géographique au sein du Parlement⁸. Les sénateurs ne sont donc pas élus, mais plutôt nommés par le gouverneur général⁹ (sur recommandation du premier ministre¹⁰) jusqu'à l'âge de 75 ans¹¹. Ces raisons historiques justifient aussi l'exigence que la composition du Sénat soit effectuée selon une distribution régionale : le Québec, l'Ontario, les Maritimes et l'Ouest doivent tous être représentés par 24 sénateurs, alors qu'un sénateur représente chacun des territoires et que Terre-Neuve en compte six¹². Ces caractéristiques structurelles du Sénat mettent en lumière les rôles que lui ont conférés les rédacteurs de la Constitution, soit ceux d'une Chambre capable de s'opposer à une « démocratie sans frein » (rôle réflexif)¹³ et de « protéger les intérêts locaux de chaque

6. *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (R.-U.), art. 17 (ci-après : « LC 1867 »).

7. Nicole DUPLÉ, *Droit constitutionnel : principes fondamentaux*, 6^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2014, p. 207.

8. Henri BRUN, Guy TREMBLAY et Eugénie BROUILLET, *Droit constitutionnel*, 6^e éd., Montréal, Éditions Yvon Blais, 2014, n° V-1.280-281.

9. LC 1867, préc., note 6, art. 24.

10. N. DUPLÉ, préc., note 7, p. 207.

11. LC 1867, préc., note 6, par. 29(2).

12. *Id.*, art. 22.

13. CONSEIL LÉGISLATIF. *Débats parlementaires sur la question de la Confédération des provinces de l'Amérique britannique du Nord*, 3^e sess., 8^e parlement provincial du Canada, 6 février 1865, p. 44 (John A. Macdonald).

province » (rôle fédéral)¹⁴, mais qui n'ose pas « s'opposer aux vœux réfléchis et définis des populations » (rôle complémentaire)¹⁵.

Cependant, force est de constater que le Sénat est aujourd'hui confronté à un déficit de légitimité, que nous qualifierons d'à la fois « structurel », en lien avec la constitution du Sénat, et « conjoncturel », en lien avec l'état actuel de cette Chambre¹⁶. D'une part, sur le plan structurel, plusieurs auteurs¹⁷ ont souligné que certaines des caractéristiques fonctionnelles du Sénat minent sa légitimité, soit la nomination, la durée du mandat des sénateurs et leur représentativité régionale. En effet, pour certains, le fait que les sénateurs soient nommés plutôt qu'élus en fait un organe illégitime, surtout à notre époque, vu l'absence d'assise démocratique des sénateurs¹⁸. De plus, la représentation des provinces au Sénat peut sembler problématique puisqu'elle est désormais loin de correspondre à la distribution géographique de la population canadienne¹⁹. Les provinces de l'Ouest sont notablement sous-représentées : par exemple, seuls six sénateurs viennent de la Colombie-Britannique alors que le Nouveau-Brunswick peut compter dix sénateurs. Finalement, la nomination des sénateurs jusqu'à l'âge de 75 ans, surtout en l'absence de mécanisme de reddition de compte, peut sembler excessive²⁰. Ce sont notamment de tels constats sur l'incompatibilité entre la structure du Sénat et les considérations contemporaines (démocratiques et démographiques) qui poussent certains auteurs à qualifier le Sénat d'« anachronisme en tant qu'organe législatif »²¹.

D'autre part, sur le plan conjoncturel, la partisanerie, l'inactivité et les scandales du Sénat en font une institution qui s'éloigne de sa conception d'origine. D'abord, les nominations des

14. *Id.*, p. 35.

15. *Id.*, p. 36.

16. Cette distinction nous sera utile puisque nous sommes d'avis que seul le déficit de légitimité structurel est protégé constitutionnellement.

17. Voir notamment Adam DODEK, « Addressing the Senate's "Triple-Deficit": The Senate as Driver of its own Reform », (2015) 24:2 *Constit. Forum* 39 ; Peter HOGG, « Senate Reform and the Constitution », (2015) 68 *S.C.L.R.* (2d) 591 ; A. ROUSSY, préc., note 2.

18. Voir notamment H. BRUN, G. TREMBLAY et E. BROUILLET, préc., note 8, n° V-1.288.

19. A. ROUSSY, préc., note 2, 117.

20. P. HOGG, préc., note 17, 593.

21. H. BRUN, G. TREMBLAY et E. BROUILLET, préc., note 8, n° V-1.283.

sénateurs sont très majoritairement partisans et peuvent être perçues comme une « récompense politique »²². Les décisions des sénateurs étant ainsi influencées par la ligne de parti²³, le Sénat s'éloigne du rôle idéalisé de chambre de réflexion pouvant véritablement influencer les projets de loi. L'impact du Sénat sur les projets de loi est donc plutôt discret, surtout quand on considère sa relative inactivité. En effet, le nombre d'amendements adoptés par la Chambre haute est plutôt faible²⁴ et ceux-ci sont d'ailleurs généralement minimales²⁵. Notons enfin que les scandales liés aux réclamations indues de remboursement des dépenses de certains sénateurs²⁶ mettent en évidence l'écart entre le Sénat « théorique » imaginé lors de sa conception et le Sénat « factuel » de l'époque contemporaine²⁷.

Considérant les nombreuses critiques concernant le déficit de légitimité du Sénat (autant conjoncturel que structurel), il n'est pas étonnant que cette institution ait fait l'objet de plusieurs débats concernant sa forme optimale et même son existence²⁸. Toutefois, un tel projet est difficile à réaliser dans le contexte constitutionnel canadien. Effectivement, puisque la loi ayant créé le Sénat²⁹ fait partie de la Constitution canadienne, elle ne peut être modifiée qu'en conformité avec la procédure d'amendement constitutionnel prévue dans la *Loi constitutionnelle de 1982*³⁰. Celle-ci exige habituellement l'autorisation du Sénat, de la Chambre des communes

22. Noura KARAZIVAN, « De la structure constitutionnelle dans le Renvoi relatif au Sénat : vers une gestalt constitutionnelle ? », (2015) 60:4 *R.D. McGill* 793, 836.

23. A. ROUSSY, préc., note 2, 117.

24. Andrew HEARD, *Canadian Constitutional Conventions: The Marriage of Law and Politics*, 2^e éd., Don Mills, Oxford University Press, 2014, p. 144 : Entre 1994 et 2011, seuls 8,3 % des projets de loi en provenance de la Chambre des communes ont été amendés par le Sénat.

25. Joel I. COLÓN-RÍOS et Allan C. HUTCHINSON, « Constitutionalizing the Senate: A Modest Democratic Proposal », (2015) 60:4 *R.D. McGill* 599, 615 : « [M]ost bills arise in the House of Commons and will receive the approval of the Senate, with only minor amendments or friendly changes ».

26. SOCIÉTÉ RADIO-CANADA, « Le scandale des dépenses au Sénat », *Radio-Canada*, 15 avril 2014, en ligne : <<http://ici.radio-canada.ca/sujet/senat>> (consulté le 22 novembre 2017). Notons toutefois que le seul sénateur ayant fait face à des poursuites pénales a été déclaré non coupable dans *R. v. Duffy*, 2016 ONCJ 220.

27. A. ROUSSY, préc., note 2, 96 : « pâturage dans lequel vont brouter les anciens acolytes politiques des premiers ministres en vue d'une douce retraite ».

28. J.I. COLÓN-RÍOS et A.C. HUTCHINSON, préc., note 25, 603 : En 1885, par exemple, le parti libéral proposait l'instauration d'élections sénatoriales.

29. LC 1867, préc., note 6.

30. Annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11 (R.-U.), par. 52(3) (ci-après : « LC 1982 »).

et des assemblées législatives d'au moins sept provinces dont la population représente au moins la moitié de la population du pays (communément appelée « procédure 7/50 »)³¹. Cette procédure est d'ailleurs applicable aux modifications « [aux] pouvoirs du Sénat et [au] mode de sélection des sénateurs »³². De leur côté, les modifications à la Constitution considérées comme étant fondamentales sont soumises à la procédure de consentement unanime³³. Finalement, l'article 44 prévoit que le Parlement canadien a compétence exclusive pour modifier des dispositions de la Constitution relatives au Sénat qui ne tombent pas sous le coup de la procédure 7/50 ou celle exigeant l'unanimité³⁴.

Bref, le Sénat est un organe conçu pour jouer un rôle législatif complémentaire, réflexif et fédéral, mais, grandement critiqué pour ses déficits de légitimité structurel et conjoncturel. Malgré cet écart entre le Sénat théorique et factuel, les tentatives de réforme de cet organe sont demeurées largement infructueuses vu son degré de protection constitutionnelle élevé et la difficulté de modifier la Constitution canadienne³⁵.

II- LE RENVOI RELATIF À LA RÉFORME DU SÉNAT : CONCLUSIONS ET MOTIFS

Malgré tout, une tentative de réforme du Sénat a récemment vu le jour sous le gouvernement conservateur. Son projet de loi C-7 prévoyait, entre autres, la tenue d'élections consultatives pour sélectionner les sénateurs ainsi que la réduction du mandat des sénateurs à neuf ans³⁶. En 2014, pour déterminer si sa proposition de réforme pouvait être accomplie par le biais d'une loi fédérale, le gouvernement Harper s'est adressé à la Cour suprême du Canada

31. LC 1982, art. 38.

32. *Id.*, al. 42(1)b).

33. *Id.*, art. 41.

34. *Id.*, art. 44.

35. Richard ALBERT, « The Difficulty of Constitutional Amendment in Canada », (2015) 53:1 *Alta L. Rev.* 85 : L'auteur soutient que la Constitution canadienne serait peut-être plus difficile à modifier que celle des États-Unis, souvent considérée comme la constitution démocratique la plus difficile à modifier.

36. *Loi concernant la sélection des sénateurs et modifiant la Loi constitutionnelle de 1867 relativement à la limitation de la durée du mandat des sénateurs*, projet de loi n° C-7 (dépôt et 1^{re} lecture – 21 juin 2011), 1^{re} sess., 41^e légis. (Can.), art. 2 et 5.

dans un renvoi qui établit le cadre constitutionnel applicable aux modifications du Sénat.

Les réponses données par la Cour ont rapidement mis fin au projet du gouvernement. En effet, autant sur la question des élections consultatives que sur celle de la réduction de la durée des mandats des sénateurs, la Cour en est venue à la conclusion que le Parlement ne pouvait unilatéralement adopter de telles modifications, qui tombent sous le coup de la procédure 7/50³⁷.

Pour tirer ses conclusions, la Cour spécifie que la protection constitutionnelle du Sénat ne se limite pas au texte des lois constitutionnelles, mais s'étend bien à « son architecture »³⁸, ce qui inclut « le rôle tenu par le Sénat dans notre ordre constitutionnel »³⁹. Elle procède donc en identifiant que le rôle du Sénat dans la structure constitutionnelle est celui d'« un organe législatif complémentaire chargé de porter un second regard attentif aux lois »⁴⁰. Conséquemment, ce rôle est protégé contre une modification unilatérale, puisque toute atteinte à ce rôle met en cause les intérêts des provinces⁴¹.

En l'espèce, d'une part, une modification de la durée du mandat des sénateurs serait susceptible de miner l'indépendance des sénateurs, une des caractéristiques permettant au Sénat de poser un « second regard attentif » sur les projets de loi⁴². D'autre part, la tenue d'élections sénatoriales consultatives transformerait le rôle du Sénat puisqu'il pourrait être soumis aux pressions

37. *Renvoi relatif à la réforme du Sénat*, préc., note 3, par. 70 et 82. Elle a aussi dû trancher sur les qualifications en matière de propriété et sur l'abolition du Sénat, mais ces questions sont moins pertinentes dans le cadre de notre analyse.

38. *Id.*, par. 27.

39. *Id.*, par. 54. Voir aussi la description de la méthode d'interprétation utilisée par la Cour proposée par N. KARAZIVAN, préc., note 22, 811 : « On utilise l'analyse structurelle pour identifier les "parties" qui composent le "tout" et pour protéger les caractéristiques essentielles à leur bon fonctionnement ».

40. *Renvoi relatif à la réforme du Sénat*, préc., note 3, par. 63.

41. *Id.*, par. 77. Selon le juge Sébastien Grammond (alors professeur), la Cour analyse la loi constitutionnelle selon la « théorie du Pacte », c.-à-d. à la manière d'un contrat, et commande donc le respect de l'intention des parties prenantes au compromis. Voir : Sébastien GRAMMOND, « Compact is Back: The Supreme Court of Canada's Revival of the Compact Theory of Confederation », (2016) 53 *Osgoode Hall L.J.* 799, 808.

42. *Renvoi relatif à la réforme du Sénat*, préc., note 3, par. 79.

populaires de l'arène politique, ce qui pourrait miner sa capacité à jeter un « second regard attentif » aux projets de loi⁴³.

La Cour confirme d'ailleurs sa conclusion quant aux élections dans une seconde étape qui consiste à interpréter la procédure d'amendement constitutionnel. Plus précisément, l'exigence de passer par la formule 7/50 pour les modifications « [au] mode de sélection des sénateurs » ne vise pas uniquement la nomination des sénateurs, mais plutôt l'ensemble du processus de sélection des sénateurs⁴⁴. La prise en considération des résultats électoraux par le premier ministre pour nommer des sénateurs est donc incluse dans ce « mode de sélection »⁴⁵.

Bref, l'analyse de la Cour lui avait permis de conclure que, conformément à la volonté des Pères de la fédération, le Sénat doit jouir d'une certaine légitimité pour revoir les projets de loi avec impartialité⁴⁶. Cependant, cette légitimité doit être limitée pour assurer la complémentarité de cet organe législatif, pour éviter les « dangers de conflits entre les deux chambres »⁴⁷. En d'autres mots, l'étude du rôle réflexif du Sénat permettait de constater que le déficit de légitimité structurel du Sénat mérite d'être protégé constitutionnellement, justifiant ainsi le rejet d'élections sénatoriales mises en place unilatéralement⁴⁸.

III- VALIDITÉ DE LA RÉFORME TRUDEAU

À présent, nous nous attarderons aux nouvelles politiques concernant le Sénat établies sous le gouvernement libéral actuel (A-) en nous demandant si elles modifient les rôles du Sénat (B-)

43. *Id.*, par. 60.

44. *Id.*, par. 65.

45. *Id.*, par. 65.

46. L'intention des Pères de la fédération serait elle-même source de droit constitutionnel. Pour un portrait plus complet de cette approche originaliste, voir Léonid SIROTA et Benjamin OLIPHANT, « Originalist Reasoning in Canadian Constitutional Jurisprudence », (2017) 50 *UBC L. Rev.* 505, 517.

47. *Renvoi relatif à la réforme du Sénat*, préc., note 3, par. 58 citant CONSEIL LÉGISLATIF, préc., note 13, p. 37.

48. *Renvoi relatif à la réforme du Sénat*, préc., note 3, par. 60 : « Ces élections affaibliraient le rôle du Sénat en tant qu'entité chargée de porter un second regard attentif aux projets de loi et lui confèreraient la légitimité démocratique voulue pour bloquer systématiquement les projets de la Chambre des communes, contrairement à la fonction constitutionnelle qui lui était assignée ».

pour déterminer si elles pouvaient être mises en place unilatéralement.

A- La réforme Trudeau : s'attaquer à la partisanerie pour un Sénat efficace

Durant la campagne électorale fédérale de 2015, Justin Trudeau, le chef du Parti libéral du Canada, a proposé une nouvelle vision du Sénat, cherchant à rendre cet organe plus indépendant et à rétablir la confiance populaire envers cette institution⁴⁹.

Peu après l'élection du parti, le gouvernement Trudeau met son plan à exécution en créant un comité consultatif indépendant chargé de fournir au premier ministre « des recommandations non contraignantes fondées sur le mérite »⁵⁰. Le comité soumet une liste de candidats potentiels à considérer qui doivent pouvoir « agir indépendamment de tout intérêt partisan et favoritisme, refléter une diversité d'expériences et de compétences et représenter les intérêts des régions du Canada et des groupes minoritaires »⁵¹. Après avoir pris en considération les noms recommandés par le comité, le premier ministre fournit ensuite ses recommandations pour nomination au Sénat au gouverneur général⁵².

B- La réforme Trudeau requiert-elle un amendement constitutionnel ?

Après avoir présenté la réforme Trudeau, il convient toutefois de se demander si le gouvernement était habilité à réformer unilatéralement le Sénat. Conformément à l'esprit de la structure constitutionnelle, nous examinerons si la réforme Trudeau transforme les nature et rôle fondamentaux du Sénat. Une évaluation

49. J. BRYDEN, préc., note 5.

50. *Décret constituant le Mandat du Comité consultatif indépendant sur les nominations au Sénat et modalités de nominations des membres*, TR/2016-11 (Gaz. Can. II).

51. *Id.*

52. *Id.* Voir aussi Huguette LABELLE, « Rapport du Comité consultatif indépendant sur les nominations au Sénat – Processus permanent (juillet à novembre 2016) », 13 décembre 2016, p. 53 : « La priorité sera accordée aux personnes qui représentent les peuples autochtones et les communautés linguistiques, minoritaires et culturelles, et ce, afin d'assurer la représentation de ces groupes au Sénat, conformément au rôle du Sénat quant à la représentation des minorités. » (Je souligne)

successive des rôles réflexif (1.) et fédéral (2.) du Sénat nous permet de comprendre que seul le déficit de légitimité conjoncturel est visé par les nouvelles mesures. Si elle ne modifie pas un rôle essentiel du Sénat, nous ne croyons donc pas que la réforme Trudeau soit visée par le libellé de la Section V de la LC 1982 (3.). Conséquemment, elle peut être mise en place unilatéralement parce qu'elle ne met pas en cause les intérêts des provinces.

1. La réforme Trudeau modifie-t-elle le rôle réflexif du Sénat ?

Premièrement, la réforme Trudeau ne transforme pas le rôle du Sénat comme « second regard attentif » aux projets de loi puisqu'elle ne vise qu'à rapprocher le Sénat actuel de celui imaginé par les Pères de la fédération. Il convient de rappeler que le premier rôle du Sénat est d'être un organe législatif complémentaire dont l'indépendance est requise pour qu'il puisse évaluer les projets de loi attentivement et efficacement⁵³. À cet égard, George Brown spécifiait : « On a voulu faire de la Chambre haute un corps parfaitement indépendant, la tribune qui serait la mieux placée pour étudier sans passion les mesures de cette chambre, et défendre les intérêts publics contre toute mesure législative trop hâtive ou partisane »⁵⁴.

En l'espèce, la réforme Trudeau ne transforme pas le rôle essentiel du Sénat. Elle a plutôt l'effet de renforcer ce rôle protégé⁵⁵, s'attaquant uniquement à la partisanerie du Sénat (un élément de son déficit de légitimité conjoncturel) qui l'empêche d'exercer un contrôle efficace des projets de loi de la Chambre des communes. Puisqu'elle ne modifie pas la complémentarité du Sénat (le déficit de légitimité structurel)⁵⁶, la procédure d'amendement constitutionnel n'est donc pas requise pour mettre en place la réforme Trudeau.

53. N. KARAZIVAN, préc., note 22, 830 : « La caractéristique essentielle du Sénat n'est donc pas le fait d'être nommé, mais bien le fait d'être indépendant et d'exercer un réel contrôle de manière à forcer l'exécutif à revoir ses propositions ou décisions, et ce, même en situation de gouvernement majoritaire. »

54. CONSEIL LÉGISLATIF, préc., note 13, p. 88 (George Brown).

55. Voir, par exemple, l'éditorial de Paul JOURNET, « Le Sénat n'est pas devenu un monstre », *La Presse*, 26 juin 2017, en ligne : <<http://www.lapresse.ca/debats/editoriaux/paul-journet/201706/25/01-5110666-le-senat-nest-pas-devenu-un-monstre.php>> (consulté le 12 mai 2018) : « Le Sénat a très bien fait son travail de relecture dépassionnée des projets de loi », sans avoir « outrepassé son rôle ».

56. Stéphane DION, « Time for Boldness on Senate Reform, Time for the Trudeau Plan », (2015) 24:2 *Constit. Forum* 61, 63 : « [The Trudeau proposal] does nothing

2. La réforme Trudeau modifie-t-elle le rôle fédéral du Sénat ?

Deuxièmement, il convient de déterminer si la réforme Trudeau modifie le deuxième rôle essentiel du Sénat, soit sa fonction « d'assurer la protection des divers intérêts régionaux au Canada quant à l'adoption de la législation fédérale »⁵⁷. Même si ce rôle n'a pas fait l'objet d'un examen aussi approfondi dans le Renvoi de 2014, la réforme Trudeau ne peut le modifier puisqu'il jouit de la même protection constitutionnelle⁵⁸. À cet égard, Christy Clark, l'ancienne première ministre britanno-colombienne, a indiqué que le processus de sélection des sénateurs « ne fera que conférer de la légitimité à une chambre haute non élue et non tenue de rendre des comptes où sa province demeurera largement sous-représentée »⁵⁹. La question est pertinente : la réforme Trudeau accorde-t-elle *trop* de légitimité au Sénat, transformant ainsi une des fonctions essentielles de l'institution en minant la protection des intérêts des provinces de l'Ouest ?

D'abord, il serait erroné de déduire que le rôle fédéral du Sénat nécessite une représentation provinciale proportionnelle. À cet égard, il faut rappeler que le caractère fédéral du Sénat est limité. En effet, les rédacteurs de la Constitution ont inscrit la complémentarité de cette institution dans la structure constitutionnelle canadienne, notamment par la représentation régionale égalitaire et l'absence de rôle des provinces dans le processus de sélection des sénateurs. Conséquemment, dans la mesure où le Sénat assure une représentation régionale égalitaire et qu'il demeure un organe législatif complémentaire, sa fonction de protection des intérêts provinciaux ne sera pas modifiée. En l'espèce,

to change the fundamental nature harmonize with the Court's definition of the Upper House's fundamental nature ».

57. *Renvoi : Compétence du Parlement relativement à la Chambre haute*, [1980] 1 R.C.S. 54, p. 71.

58. La notion d'équité régionale du Sénat était nécessaire pour conclure le pacte fédératif canadien. Voir CONSEIL LÉGISLATIF, préc., note 13, p. 87 (George Brown) : « Nos amis du Bas-Canada ne nous ont concédé la représentation d'après la population qu'à la condition qu'ils auraient l'égalité dans le conseil législatif. Ce sont là les seuls termes possibles d'arrangement et, pour ma part, je les ai acceptés de bonne volonté ».

59. LA PRESSE CANADIENNE, « Trudeau va empirer la situation au Sénat, dit la PM de la Colombie-Britannique », *Radio-Canada*, 6 décembre 2015, en ligne : <<http://ici.radio-canada.ca/nouvelle/753775/senat-christy-clark-colombie-britannique-reforme>> (consulté le 20 octobre 2017).

la réforme Trudeau ne modifie pas la représentation provinciale du Sénat et n'accroît pas la légitimité fédérale ou démocratique de l'institution, ne modifiant donc pas la complémentarité de l'institution. Même si elle peut inciter le Sénat à jouer un plus grand rôle dans le processus d'adoption des lois, la réforme Trudeau ne requiert donc pas un amendement constitutionnel.

De plus, un Sénat plus indépendant et plus actif ne signifie pas que les intérêts de l'Ouest seront moins bien représentés. Au contraire, en l'absence de considérations partisans, le rôle fédéral du Sénat devrait être renforcé, le rapprochant ainsi de l'institution capable de protéger les intérêts régionaux imaginée par les rédacteurs de la Constitution. C'est notamment l'avis de Peter Hogg : « A Senate composed of federal appointees cannot be an effective protector of provincial interests, and there does not seem to be any recorded occasions where the Senate has defeated a bill for the purpose of protecting provincial interests »⁶⁰. D'ailleurs, ce même argument s'applique à la protection des minorités au sens large (un principe constitutionnel implicite reconnu⁶¹). La représentation de divers groupes sous-représentés à la Chambre des communes, au cœur du rôle du Sénat⁶², pourrait incidemment avoir un effet plus senti sur les lois adoptées par le Parlement.

Cette responsabilité accrue s'est ressentie au Sénat dans les dernières années. Par exemple, le Sénat a notamment entendu les appels du Québec en dénonçant le projet de loi C-29, qui aurait permis aux banques de contourner la *Loi sur la protection du consommateur*, ce qui aurait constitué un empiètement sur la compétence législative provinciale⁶³. Le gouvernement a alors réexaminé et modifié son projet de loi en conséquence.

60. P. HOGG, préc., note 17, 593 (note omise).

61. *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, par. 79-82.

62. *Renvoi relatif à la réforme du Sénat*, préc., note 3, par. 15 : « Il a servi de tribune aux femmes ainsi qu'à des groupes ethniques, religieux, linguistiques et autochtones auxquels le processus démocratique populaire n'avait pas toujours donné une opportunité réelle de faire valoir leurs opinions ».

63. Joël-Denis BELLAVANCE, « Le Sénat redevient l'allié des provinces », *La Presse*, 7 mai 2018, en ligne : <<http://www.lapresse.ca/actualites/politique/politique-canadienne/201805/07/01-5173418-le-senat-redevient-lallie-des-provinces.php>> (consulté le 8 mai 2018).

3. La réforme Trudeau modifie-t-elle le « mode de sélection des sénateurs » ?

Malgré l'absence de modification d'un rôle essentiel du Sénat, certains pensent que la réforme Trudeau est visée par l'alinéa 42(1)b) de la LC 1982, qui prévoit que les modifications au « mode de sélection des sénateurs » doivent faire l'objet d'un amendement constitutionnel. Thomas Mulcair, l'ancien chef du NPD⁶⁴, et le professeur Hugo Cyr⁶⁵ affirment que les motifs du rejet des élections consultatives sénatoriales par la Cour suprême s'appliquent à la réforme Trudeau. Selon eux, le premier ministre ne peut lier son pouvoir discrétionnaire avec des listes de candidats sénatoriaux « dont seraient censés se servir les premiers ministres au moment de procéder à des nominations au Sénat »⁶⁶. Le professeur Richard Albert est du même avis :

Although the prime minister retains the discretion to choose whom to nominate, the range of discretion is narrowed. The creation of the Advisory Body is a significant change that would have been appropriately passed as a constitutional amendment had it been possible to amend the Constitution without opening the door to collateral matters.⁶⁷

Un tel argument n'est pas convaincant pour deux raisons : la réforme Trudeau ne restreint pas la discrétion du premier ministre et la protection constitutionnelle du « mode de sélection des sénateurs » est limitée aux changements à la nature et au rôle fondamentaux du Sénat. Nous les aborderons successivement.

D'abord, l'utilisation d'une liste de recommandations d'un comité indépendant ne signifie pas que la discrétion du premier

64. Joan BRYDEN, « Mulcair's Comments on Trudeau Senate Full of Baloney? », *Huffington Post*, 1^{er} mai 2014, en ligne : <http://www.huffingtonpost.ca/2014/05/01/thomasmulcair-justin-trudeau-senate-baloney_n_5245793.html> (consulté le 20 octobre 2017).

65. Hugo CYR, « Justin Trudeau's Senate Reform Plan Has no Teeth », *Toronto Star*, 11 mai 2014, en ligne : <http://www.thestar.com/opinion/commentary/2014/05/11/justin_trudeaus_senate_reform_plan_has_no_teeth.html> (consulté le 20 octobre 2017).

66. *Renvoi relatif à la réforme du Sénat*, préc., note 3, par. 65. En anglais : « from which prime ministers would be expected to choose ».

67. Richard ALBERT, « Quasi-Constitutional Amendments », (2017) 65:4 *Buffalo Law Review* 763.

ministre est réduite. La réforme Trudeau ne lie pas expressément la discrétion du premier ministre puisque les recommandations du comité sont uniquement consultatives⁶⁸. Certes, cet argument avait été rejeté par la Cour suprême dans le *Renvoi*⁶⁹. Cependant, contrairement au projet de réforme étudié dans le *Renvoi*, la réforme Trudeau ne lie pas implicitement la discrétion du premier ministre. En effet, elle ne confère aucun mandat populaire aux candidats figurant sur la liste remise au premier ministre, ce qui est au cœur de la nécessité de procéder par amendement constitutionnel pour la Cour suprême :

Les projets de loi C-20 et C-7 ont été conçus pour entraîner la nomination au Sénat de candidats choisis par la population des provinces et des territoires. Le projet de loi C-7 est le plus explicite des deux puisqu'il prévoit que le premier ministre « tient compte » des personnes dont le nom figure sur la liste des candidats élus. Certes, en théorie, le premier ministre pourrait ignorer les résultats des élections et ne recommander au gouverneur général que rarement, voire jamais, les gagnants des élections consultatives. Cependant, l'objet des projets de loi est clair : que le Sénat devienne une entité dotée d'un mandat populaire. Nous ne pouvons tenir pour acquis que les futurs premiers ministres contrecarreront cet objet en ignorant les résultats d'élections consultatives coûteuses et âprement disputées.⁷⁰ (Nous soulignons)

Bref, la Cour ne semble pas avoir rejeté la tenue d'élections simplement parce que le premier ministre pouvait se fier à sa liste, mais bien parce que la prise en considération d'une telle liste modifierait la nature fondamentale d'un Sénat nominatif plutôt qu'électif, minant ainsi son rôle complémentaire. En l'absence d'une telle modification fondamentale, on ne peut présumer que la réforme Trudeau limite la discrétion du premier ministre quant à sa décision finale. Elle ne fait que mettre en place un comité indépendant similaire à celui recommandant les nominations des juges au gouvernement⁷¹.

68. J. BRYDEN, préc., note 64. Le professeur Macfarlane y est cité : « As long as reforms don't bind that (prime ministerial) discretion [...] they should be free and clear ».

69. *Renvoi relatif à la réforme du Sénat*, préc., note 3, par. 63.

70. Voir *id.*, par. 62.

71. Errol P. MENDES, « Constitutional Options after the Supreme Court's Decision in Reference Re Senate Reform; Restoring Trust and Credibility through Senate Reform », (2015) 35 *N.J.C.L.* 85, 104, 94 : « The unfettered power of the Governor General, on the advice of the federal cabinet, to make appointments to the superior courts is not constitutionally undermined by the advisory committees' ».

Ensuite, puisque la réforme Trudeau ne restreint pas la discrétion du premier ministre quant à la sélection des sénateurs, elle ne modifie donc pas le « mode de sélection des sénateurs » au sens de l'alinéa 42(1)b) de la LC 1982. Certes, la Cour précise que « [l']alinéa 42b) renvoie au mode de *sélection*, et non au mode de nomination, des personnes aptes à être nommées »⁷², ce qui pourrait laisser entendre que l'ensemble du processus de sélection fait l'objet d'une protection constitutionnelle. Cependant, lue dans son contexte, il appert que l'exigence d'amendement constitutionnel pour les modifications au « mode de sélection des sénateurs » est uniquement liée à une modification aux nature et rôle fondamentaux du Sénat. C'est de cette façon que la Cour qualifie l'exigence d'amendement constitutionnel tout au long du *Renvoi*. Par exemple, quand elle analyse si le Parlement peut unilatéralement modifier les dispositions établissant les qualifications que doivent posséder les sénateurs en matière de propriété, elle précise que :

[La procédure unilatérale fédérale de modification de la Constitution] ne permet pas les modifications mettant en cause les intérêts des provinces en modifiant la nature fondamentale ou le rôle du Sénat. La question consiste donc à déterminer si l'élimination de la condition relative à l'avoir net modifierait la nature fondamentale ou le rôle du Sénat.⁷³

De plus, l'interprétation très large du « mode de sélection des sénateurs » proposée par ceux qui prétendent que le plan Trudeau nécessite un amendement constitutionnel signifierait que le principe du *Renvoi sur la Chambre haute* a été altéré par la LC 1982. Dans ce renvoi, la Cour suprême a conclu que le Parlement ne pouvait unilatéralement « apporter des modifications qui porteraient atteinte aux caractéristiques fondamentales ou essentielles attribuées au Sénat »⁷⁴. Il s'agissait de l'état de la protection constitu-

recommendations. Just as a federal cabinet could choose to ignore the recommendations of such judicial advisory committees, but usually don't, likewise the advice of a non-partisan advisory Commission regarding persons who would be suitable appointees to the Senate could be ignored by the Prime Minister if paying attention to the "constitutional design" of the Senate required it ».

72. *Renvoi relatif à la réforme du Sénat*, préc., note 3, par. 65, citant John D. WYTE, « Senate Reform: What Does the Constitution Say? », dans Jennifer SMITH (dir.), *The Democratic Dilemma: Reforming the Canadian Senate*, Montréal & Kingston, McGill-Queen's University Press, 2009, p. 97, à la page 106. (Italiques dans l'original)

73. *Renvoi relatif à la réforme du Sénat*, préc., note 3, par. 87.

74. *Renvoi : Compétence du Parlement relativement à la Chambre haute*, préc., note 57, p. 78. Cette analyse a été effectuée en vertu du paragraphe 91(1) LC 1867, qui

tionnelle du Sénat lors du Rapatriement. Or, la réforme du Sénat a fait l'objet de débats dans les mois précédant le Rapatriement et les parties ont décidé de laisser la Chambre haute intacte⁷⁵. En conséquence, puisque les nouvelles dispositions de la LC 1982 étaient simplement censées remplacer le paragraphe 91(1) de la LC 1867, son interprétation donnée dans le *Renvoi sur la Chambre haute* devrait continuer de s'appliquer⁷⁶.

Bref, nous sommes d'avis que l'instauration du comité consultatif, de la même manière que la condition relative à l'avoir, ne met pas en cause les intérêts des provinces. Il ne fait que « met[tre] à jour le cadre constitutionnel régissant le Sénat sans toucher à ses nature et rôle fondamentaux »⁷⁷. Conséquemment, puisque l'objet de la réforme Trudeau ne rend pas le Sénat plus démocratique, ne modifiant ainsi ni la complémentarité ni le rôle réflexif du Sénat, l'amendement constitutionnel n'est pas nécessaire pour l'implanter.

CONCLUSION

En conclusion, la réforme Trudeau n'exigeait pas d'amendement constitutionnel puisqu'elle ne transforme pas les rôles réflexif, fédéral ou complémentaire du Sénat. En situant adéquatement cette institution dans la structure constitutionnelle canadienne, il appert que le déficit de légitimité structurel du Sénat impose des limites aux rôles réflexif *et* fédéral du Sénat pour s'assurer de sa complémentarité et que ce déficit jouit d'une protection constitutionnelle. En l'occurrence, la réforme Trudeau ne fait que s'attaquer au déficit de légitimité conjoncturel du Sénat pour qu'il soit

permettait au Parlement de modifier la Constitution du Canada, sous réserve de certains sujets énumérés dans ce paragraphe.

75. J. Gareth MORLEY, « Dead Hands, Living Trees, Historic Compromises: The Senate Reform and Supreme Court Act References Bring the Originalism Debate to Canada », (2016) 53 *Osgoode Hall L.J.* 745, 790. Le ministre de la Justice de l'époque, Jean Chrétien, avait d'ailleurs affirmé que « the drafter did not want to change those powers » : House of Commons, Proposed Resolution respecting the Constitution of Canada (6 October 1980), s. 48, Québec's Record, Vol. I, Tab 5, p. 118.

76. C'est ce que les provinces ont plaidé durant le *Renvoi relatif à la réforme du Sénat*, préc., note 3 : Factum du PG Alberta, par. 10 ; Factum du PG Manitoba, par. 12 ; Factum du PG Terre-Neuve et Labrador, par. 23 ; Factum du PG Ontario, par. 1 ; Factum du PG Québec, par. 43 ; Factum du PG Saskatchewan, par. 71 ; Factum du PG de l'Île-du-Prince-Édouard, par. 33 ; Factum du PG Nouvelle-Écosse, par. 39 ; Factum du PG Colombie-Britannique, par. 6.

77. *Renvoi relatif à la réforme du Sénat*, préc., note 3, par. 90.

en mesure de mieux fonctionner, conformément au rôle imaginé par les rédacteurs de la Constitution.

Une telle compréhension du rôle constitutionnel du Sénat, soit celui d'agir comme une chambre de réflexion *indépendante* chargée de revoir les projets émanant de la Chambre des communes, nous aide aussi à identifier comment les sénateurs devraient agir quand ils sont chargés d'apporter un second regard attentif à des projets de loi. À cet égard, nous ne partageons pas l'avis du sénateur Pratte, qui prétend que les sénateurs ne pouvaient empêcher la légalisation du cannabis sans aller « à l'encontre de [leur] rôle constitutionnel » puisqu'ils feraient obstacle à un projet de loi découlant d'un engagement électoral du gouvernement élu démocratiquement⁷⁸. Au contraire, quand les sénateurs se penchent sur de grands enjeux, comme sur la question de la légalisation du cannabis, leur rôle constitutionnel est alors plus criant, particulièrement en contexte de gouvernement majoritaire où la chambre basse ne peut pas facilement faire infléchir le gouvernement. Si les sénateurs soupèsent de manière indépendante et impartiale les facteurs pertinents comme l'opinion de la population, les témoignages d'experts et la santé des Canadiens et qu'ils estiment devoir voter contre le projet de loi, ils agiraient précisément dans le respect de leur rôle constitutionnel.

78. André PRATTE, « Le rôle du Sénat n'est pas de bloquer ou de retarder le projet de loi sur le cannabis », *Le Devoir*, 16 mars 2018, en ligne : <<https://www.ledevoir.com/opinion/idees/522818/le-role-du-senat-n-est-pas-de-bloquer-ou-de-retarder-indument-le-projet-de-loi-sur-le-cannabis>> (consulté le 28 mars 2018).

La timide évolution de la prestation compensatoire

Laurence SAINT-PIERRE HARVEY

Résumé

Ce texte analyse les conséquences doctrinales d'une réforme passée, néanmoins peu étudiée, qui a mené à l'adoption de la prestation compensatoire, alors que cette institution est de nouveau mise de l'avant comme solution législative au « problème » de l'union de fait. Le texte soutient l'argument que la prestation compensatoire est aujourd'hui un mécanisme stagnant du droit matrimonial québécois. L'analyse qu'il propose se décline en deux temps, par l'étude d'abord de l'adoption de la prestation compensatoire, puis de son amendement. Pour chacune de ces deux périodes, le texte étudie les débats parlementaires et les arrêts de principe, ainsi que la réaction doctrinale qui s'en suivit. Il suggère la nécessité d'une étude jurisprudentielle approfondie dans l'optique de trancher en définitive l'efficacité de la prestation compensatoire comme mesure de répartition des injustices découlant de la conjugalité.

La timide évolution de la prestation compensatoire

Laurence SAINT-PIERRE HARVEY*

1.	INTRODUCTION	141
2.	DE 1980 À 1988 : LES DÉBUTS D'UNE INSTITUTION PROMETTEUSE	142
2.1	Adoption de la prestation compensatoire, un « instrument d'équilibre »	143
2.2	<i>Poirier c Globensky</i> : la Cour d'appel partagée. . . .	145
2.3	Réponse doctrinale mitigée	148
2.3.1	Courant formaliste	149
2.3.2	Courant réaliste.	151
3.	DE 1989 À 2016 : DE L'ÉCHEC VERS L'OUBLI	153
3.1	Intervention législative : création du patrimoine familial impératif.	153
3.2	Vaut-il mieux tard que jamais ? Les critères dégagés par la Cour suprême	155

* Directrice adjointe du Centre Paul-André Crépeau de droit privé et comparé (Université McGill), l'auteure est avocate (2013), diplômée de l'Université de Montréal (LL.B. 2012) et de l'Université McGill (LL.M. 2018). Ce texte est inspiré d'un mémoire de maîtrise qui a bénéficié du soutien financier du Conseil de recherche en sciences humaines du Canada. L'auteure remercie Robert Leckey pour son accompagnement et ses généreuses réflexions, ainsi que Sophie Asselin, Melissa Beaulieu-Lussier, Angela Campbell, Daniel Crespo, Valérie Héon et Vincent Riendeau pour leurs judicieux commentaires.

3.2.1	Affaire <i>Lacroix c Valois</i> : prestation compensatoire et faillite	156
3.2.2	Affaire <i>M(ME) c L(P)</i> : compensation de l'apport aux charges du mariage	157
3.3	Prestation compensatoire dans l'ombre doctrinale du patrimoine familial.	159
3.3.1	Institution législative acceptée.	160
3.3.2	Réflexions féministes.	164
4.	CONCLUSION	165

1. INTRODUCTION

Cet article s'adresse à deux lectorats. Dans un premier temps, il parle aux avocates et avocats qui pratiquent le droit de la famille ou à ceux qui, plus largement, s'intéressent au droit matrimonial. Dans un deuxième temps, il s'adresse à ceux qui espèrent une réforme législative du droit familial québécois. Il pose comme objet d'étude la prestation compensatoire. Porteuse d'espoir dès son adoption, en 1980, comme mécanisme pour combattre l'inégalité entre les conjoints, et entre les genres, la prestation compensatoire est tombée dans l'oubli doctrinal après l'adoption du patrimoine familial, en 1989. En ce sens, son étude permet de faire le point sur une première réforme du droit familial qui mène à la création de la prestation compensatoire, au moment où celle-ci est perçue comme solution législative à un deuxième « problème », l'absence d'encadrement législatif des unions de fait.

À la suite de l'arrêt *Québec c A*¹, appelé communément *Éric c Lola*, le Comité consultatif sur le droit de la famille (« le Comité ») articule une proposition de réforme dans son rapport *Pour un droit de la famille adapté aux nouvelles réalités conjugales et familiales* (« le Rapport »), dans lequel il suggère d'étendre l'application de la prestation compensatoire aux unions de fait². Comme le gouvernement du Québec reste plutôt passif et ne manifeste aucune intention de réagir aux propositions³, il est peu probable que le *Rapport* ait un réel impact législatif, mais ses réflexions restent néanmoins importantes dans le cadre d'un débat sur l'avenir du droit familial québécois face aux réalités contemporaines⁴.

1. 2013 CSC 5.

2. Québec, Ministère de la Justice, produit par le Comité consultatif sur le droit de la famille sous la présidence d'Alain Roy, *Pour un droit de la famille adapté aux réalités conjugales et familiales*, Montréal, Éditions Thémis, 2015 aux pp 150-153 [Rapport].

3. À l'exception de la *Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives en matière d'adoption et de communication de renseignements*, LQ 2017, c 12, adoptée le 16 juin 2017.

4. Régine Tremblay, « Quebec's Filiation Regime, The Roy Report's Recommendations, and the 'Interest of the Child' » (2018) 31:1 Can J Fam L 199 aux pp 202-203.

Le texte tente de démontrer que la prestation compensatoire n'a jamais connu l'essor attendu, mais qu'elle est en réalité une institution stagnante du droit matrimonial, particulièrement depuis l'adoption du patrimoine familial, et ce malgré l'intention législative de créer, à travers elle, une institution qui s'attaque activement aux injustices découlant du mariage en séparation de biens. Fait étonnant, peu d'études doctrinales s'intéressent à la prestation compensatoire relativement à celles qui analysent le patrimoine familial, la pension alimentaire ou la société d'acquêts. Le présent texte n'étudie pas le développement jurisprudentiel de la prestation compensatoire⁵. Plutôt, pour démontrer cette sclérose, il aborde de manière succincte l'évolution de la prestation compensatoire depuis 1980, à la lumière des débats parlementaires menant à son adoption et son amendement, des premières décisions de principe et des écrits doctrinaux.

L'attention se porte d'abord sur la conception et le développement de la prestation, ainsi que sur le constat d'échec rapidement exprimé par plusieurs acteurs du milieu judiciaire (2). Ensuite, l'étude démontre l'éclipse de la prestation compensatoire après l'adoption du patrimoine familial, et ce malgré les arrêts dans lesquels la Cour suprême clarifie le cadre juridique qui l'entoure (3). Dans chacune de ces parties seront étudiés les débats législatifs, les décisions de principe rendues par la Cour d'appel et la Cour suprême et les réactions doctrinales suscitées par ces développements jurisprudentiels.

2. DE 1980 À 1988 : LES DÉBUTS D'UNE INSTITUTION PROMETTEUSE

De 1980 à 1988, les tribunaux favorisent une interprétation restrictive de la prestation compensatoire, une approche d'ailleurs préconisée par certains auteurs dès son adoption. Cette interprétation provoque une importante critique doctrinale, puisqu'elle rend impossible d'accomplir l'objectif que législateur poursuivait en l'adoptant.

5. Pour une analyse critique de la jurisprudence développée autour de la prestation compensatoire depuis l'adoption du patrimoine familial, notamment sur les apports en travail au foyer, et pour une étude de l'interaction entre plusieurs propositions du *Rapport*, voir Laurence Saint-Pierre Harvey, « Prestation compensatoire et union de fait : critique du discours judiciaire » (2018) 31:2 Can J Fam L [à paraître].

2.1 Adoption de la prestation compensatoire, un « instrument d'équilibre »⁶

Le législateur adopte la prestation compensatoire pour remédier aux injustices vécues au moment du divorce par les femmes mariées en séparation de biens, notamment celles qui sont femmes au foyer et qui, à ce titre, n'ont ni patrimoine ni revenu d'emploi. Même si certains propos aux relents traditionnels y sont tenus⁷, le discours en chambre exprime le désir de rompre avec l'inégalité qui résulte des normes du droit de la famille.

Confronté à la situation précaire dans laquelle se retrouvaient ces femmes en cas de divorce, le législateur constate l'inefficacité de la société d'acquêts, adoptée comme régime matrimonial légal en 1970⁸, en prenant conscience qu'une majorité de couples optent contractuellement pour un régime matrimonial de séparation de biens⁹. Sous ce régime, au moment de la dissolution de l'union, chaque époux conserve les biens dont il est propriétaire, le couple n'étant pas tenu de partager l'actif ou le passif acquis pendant l'union¹⁰. Afin de concilier la liberté contractuelle des conjoints avec une meilleure protection de la conjointe vulnérable, le législateur édicte deux principes fondateurs de la réforme : l'égalité des sexes et la liberté dans l'organisation de la famille¹¹. De ces « préceptes fondamentaux »¹² découle la prestation compensatoire.

La prestation compensatoire permet au tribunal d'« ordonner à l'un des époux de verser à l'autre, en compensation de l'apport, en

6. « Projet de loi 89, Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille », 2^e lecture, Québec, Assemblée nationale, *Journal des débats*, 31^e lég, 6^e sess, vol 23, n^o 15 (4 décembre 1980) à la p 609 (Marc-André Bédard) [« Projet de loi 89 », 2^e lecture (4 décembre 1980)].

7. Au cours des travaux parlementaires, plusieurs députés ont référé à une crise des valeurs, plaidant pour que le législateur ait comme objectif de maintenir « la cohésion de la cellule familiale », d'assurer une reconnaissance à « l'unité de vie qui s'appelle la femme, l'homme et les enfants », « d'éviter la dislocation de la famille » et d'éviter que la « famille se fissure comme l'atome » : « Projet de loi 89 », 2^e lecture (4 décembre 1980) aux pp 613, 634, 638.

8. *Loi concernant les régimes matrimoniaux*, LQ 1969, c 77.

9. « Projet de loi 89 », 2^e lecture (4 décembre 1980), *supra* note 6 à la p 609 (Marc-André Bédard).

10. Brigitte Lefebvre, *Les régimes matrimoniaux : contrat de mariage, séparation de biens, société d'acquêts*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2011 à la p 36.

11. « Projet de loi 89 », 2^e lecture (4 décembre 1980), *supra* note 6 à la p 606 (Marc-André Bédard).

12. *Ibid.*

biens ou services, de ce dernier à l'enrichissement du patrimoine de son conjoint, une prestation payable au comptant ou par versements, en tenant compte, notamment, des avantages que procurent le régime matrimonial et le contrat de mariage »¹³.

Le législateur a en tête deux situations distinctes en adoptant la prestation compensatoire. Il vise l'apport en travail non rémunéré d'une épouse collaboratrice auprès de l'entreprise de son conjoint ainsi que le travail domestique effectué par les femmes au foyer. Tant le ministre de la Justice, Marc-André Bédard, que les représentants de l'opposition officielle s'entendent sur l'importance d'inclure dans le champ d'application de la prestation le travail au foyer. Leur divergence d'opinions lors des débats porte plutôt sur la formulation idéale de l'article.

Lors de l'étude détaillée du projet de loi devant la Commission des institutions, le ministre de la Justice plaide pour que la prestation puise sa source dans une disposition rédigée selon la tradition civiliste, avec un texte général et ouvert. Il propose que la compensation vise tout apport en biens ou en services. Selon lui, le législateur serait mal avisé d'inclure expressément le travail de la collaboratrice et celui effectué au foyer, puisque les tribunaux pourraient alors y voir, à tort, une énumération restrictive¹⁴.

Quant aux députés de l'opposition, ils affirment que l'adoption de la prestation vise à rompre avec une tradition bien établie dans la jurisprudence, en vertu de laquelle le travail au foyer ne donne ouverture à aucun recours. Le choix d'omettre les travaux au foyer est en ce sens risqué, les juges pouvant en inférer une volonté de poursuivre dans cette voie. Une rédaction de l'article précisant la portée de la pensée législative invite à une évolution des mentalités et à une conception plus large de l'apport que celle qui a été retenue traditionnellement¹⁵.

Face à la possibilité qu'une interprétation restrictive résultant des deux techniques de rédaction législative, le législateur

13. *Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille*, LQ 1980, c 39, art 559.

14. « Projet de loi 89, Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille », étude détaillée par la Commission permanente de la justice, Québec, Assemblée nationale, *Journal des débats*, 31^e lég, 6^e sess, n° 25 (17 décembre 1980) à la p B-977 (Marc-André Bédard).

15. *Ibid* aux pp B-976-B-978 (Thérèse Lavoie-Roux).

opte pour un texte ouvert. La vision perspicace des députés de l'opposition allait se matérialiser dès la première décision de principe rendue par la Cour d'appel, dans *Poirier c Globensky*, qui fera maintenant l'objet d'une analyse.

2.2 *Poirier c Globensky* : la Cour d'appel partagée

Dans *Poirier c Globensky*¹⁶, c'est une Cour d'appel divisée qui rédige le premier jugement de principe portant sur la prestation compensatoire. Face à un jugement de première instance qui ordonne le versement d'une petite prestation compensatoire de monsieur à madame, le juge Nichols rejette l'appel, tandis que le juge Beauregard, dissident, aurait accordé l'appel aux fins d'augmenter le montant de la prestation compensatoire accordé. Quant au juge Vallerand, dont le raisonnement valse entre les opinions des deux autres juges, il conclut à l'instar du juge Nichols de rejeter l'appel.

Dans cette affaire, les parties sont mariées pendant 22 ans sous le régime de la séparation de biens. Au moment du mariage, madame quitte l'emploi d'enseignante qu'elle occupe depuis quatre ans. Monsieur étudie en sciences. Madame déménage avec lui au Nouveau-Brunswick pour qu'il poursuive ses études. Deux enfants naissent de leur union¹⁷. Cinq ans après le mariage, monsieur amorce sa carrière. Celle-ci l'amènera à voyager beaucoup, laissant madame s'occuper seule des deux enfants du couple. En plus du travail ménager, madame est employée à temps partiel comme enseignante de maternelle. Elle s'occupe de dépenses ménagères et d'une portion des frais de scolarité des enfants à l'école privée. Monsieur est propriétaire d'une maison familiale à laquelle il contribue seul financièrement¹⁸. Au moment du divorce, l'actif de madame, d'environ 20 000 \$, est composé de meubles et de liquidités. Celui de monsieur est évalué à 100 000 \$. Il inclut le domicile familial, des placements et un fonds de pension. Monsieur gagne entre 40 000 \$ et 45 000 \$ annuellement, alors que la rémunération de madame est d'environ 7 000 \$¹⁹.

16. *Droit de la famille* – 67, [1985] CA 135 [*Poirier c Globensky*].

17. *Ibid* à la p 138.

18. *Ibid* à la p 139.

19. *Ibid*.

Le juge d'instance reconnaît que, dans une certaine mesure, l'apport de madame facilite l'achat d'une propriété par monsieur. Comme cet actif, qui a fructifié avec l'inflation, est toujours dans le patrimoine de monsieur, le juge d'instance accorde à madame une prestation compensatoire de 5 000 \$²⁰.

En appel, le juge Nichols affirme que la prestation compensatoire ne vise qu'à « remédier [...] partiellement [...] [au déséquilibre économique entre les conjoints] en permettant aux tribunaux d'intervenir pour indemniser le conjoint dont l'apport en biens et en services a contribué à l'enrichissement du patrimoine de l'autre »²¹. Selon lui, la prestation doit s'interpréter en harmonie avec le droit civil, notamment avec le principe fondamental de liberté contractuelle. Le juge Nichols prône une interprétation restrictive de la prestation, qui ne peut indemniser le travail au foyer. Conclure autrement reviendrait à concevoir la prestation compensatoire comme une forme « déguisée de partage au mépris des principes de la liberté conventionnelle et de l'autonomie administrative »²². Or, selon le juge Nichols, « il ne faut pas voir dans [...] [ce] remède une panacée sociale quand le mal qu'on a voulu guérir est une simple pathologie légale. Le remède doit être compatible à l'état général du patient au même titre qu'une mesure légale remédialrice doit s'harmoniser à la codification dont elle participe »²³. Pour lui, seul un apport « mesurable, identifiable et quantifiable »²⁴ peut être compensé.

Dans sa dissidence, le juge Beauregard distingue la prestation compensatoire des mécanismes entraînant automatiquement le partage égal du patrimoine accumulé pendant le mariage par les époux. Il définit la prestation ainsi :

[a]u conjoint qui n'a pas de droits substantifs à la reconnaissance de son apport à l'enrichissement de l'autre, la loi offre un droit d'action fondé sur l'équité, notion qui s'affermite de plus en plus au Québec comme source d'obligations [...]. En d'autres termes, la séparation de biens au cours du mariage ne se transforme pas en une communauté de biens après la rupture des conjoints. Mais, lors

20. *Poirier c Globensky*, *supra* note 16 à la p. 139.

21. *Ibid* à la p 150.

22. *Ibid* à la p 145.

23. *Ibid*.

24. *Ibid*.

d'une rupture, le conjoint qui a fait un apport à l'enrichissement de l'autre doit être traité équitablement par ce dernier. Sinon, le juge y voit [soulignements dans l'original].²⁵

Le juge Beauregard adopte une interprétation large et libérale de l'article instituant la prestation compensatoire. Comme le législateur ne spécifie aucun type d'apport particulier, il ne peut exclure le travail au foyer. Quant à la causalité recherchée entre l'appauvrissement et l'enrichissement, elle n'a pas à être directe. Selon lui, c'est au juge qu'il revient d'apprécier l'ensemble de la preuve pour trancher, de manière globale, la causalité²⁶. Le juge Beauregard conclut que, dans les faits qui lui sont présentés, le travail au foyer joint à un emploi à temps partiel constitue un apport. Or, comme le montant accordé en première instance « blesse [sa] conscience judiciaire »²⁷, il aurait accueilli l'appel et ordonné un versement de 25 000 \$²⁸.

Dans ses motifs, le juge Vallerand tangué entre les visions adoptées par ses deux collègues. Pour lui, le travail ménager n'est pas exclu des apports pouvant entraîner compensation. Comme il l'a écrit, « dès qu'une contribution [...] [participe à l'enrichissement du patrimoine du conjoint], elle cesse, coïncidence ou pas, d'être purement conjugale et devient exorbitante des devoirs essentiels reliés au mariage »²⁹. Ainsi,

[seule une] activité qui dépasse de façon appréciable ce à quoi on s'attend normalement pourra faire de l'épouse une professionnelle gratuite des relations extérieures de l'époux et à ce titre en droit de recevoir une prestation compensatoire pour les services professionnels gratuits rendus, au même titre que si elle avait tenu ses livres ou fait office de secrétaire complaisante [nos soulignements].³⁰

Après avoir rappelé que la relation de causalité doit, dans le respect de la tradition civiliste, être directe³¹, le juge Vallerand conclut que l'existence d'une « relation causale adéquante, assez

25. *Poirier c Globensky*, *supra* note 16 aux pp 141-142.

26. *Ibid* à la p 142.

27. *Ibid*.

28. *Ibid* aux pp 142-143.

29. *Ibid* à la p 153.

30. *Ibid* à la p 153.

31. *Ibid*.

étroite » [soulignements dans l'original]³² suffit en matière de prestation compensatoire.

2.3 Réponse doctrinale mitigée

Dès l'adoption de la prestation compensatoire, l'attention doctrinale se tourne vers cette institution de droit nouveau. Peu d'auteurs se contentent d'invoquer la prestation sans en contester les fondements ou les effets³³. Si la déception doctrinale semble autrement généralisée, deux courants principaux s'opposent quant aux motifs derrière cette déception. La distinction entre ces deux courants en est une qui a déjà été observée en droit de la famille³⁴. D'une part, certains auteurs, appartenant à un courant formaliste, critiquent l'adoption de la prestation compensatoire qui, selon eux, ne cadre pas dans la forme des règles de droit matrimonial. Ils articulent leur critique de la prestation en mettant à l'avant-plan de leur argumentation une conception contractuelle du partenariat économique résultant du mariage. D'autre part, un courant réaliste propose une critique de la prestation davantage axée sur le rôle social et sur l'effet réel attendu de celle-ci plutôt que sur l'harmonie entre les normes du droit familial. Les auteurs de ce courant, bien qu'ils soient satisfaits de l'institution telle qu'adoptée, critiquent son interprétation jurisprudentielle. Pour eux, la prestation compensatoire dans son application ne matérialise pas le droit familial promis, qui offre aux juges des outils pour concrétiser l'égalité réelle entre les conjoints. Ils empruntent, parfois implicitement, parfois explicitement, aux théories féministes du droit. Ces deux courants doctrinaux se reflètent pour l'essentiel dans les positions prises par le juge Nichols et par le juge Beauregard dans *Poirier c Globensky*, la position adoptée par le juge Vallerand étant inspirée partiellement des deux courants.

32. *Poirier c Globensky*, *supra* note 16 à la p 154.

33. Sylvie Massé, « L'interprétation jurisprudentielle de la prestation compensatoire depuis le 1^{er} décembre 1982 » (1984-1985) 87 R du N 145 ; Suzanne Pilon, « La prestation compensatoire au Québec, art. 559 C.C.Q. », (1983) 43 R du B 922 ; Jean-Pierre Sénécal, *Séparation, divorce et procédure : après la réforme du droit de la famille*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1983 aux pp 123-138.

34. À la lumière de la distinction observée par la professeure Christine Morin quant à la contractualisation du mariage comme exemple des fonctions du Code civil dans le livre *De la Famille*, dans Christine Morin, « La contractualisation du mariage : réflexions sur les fonctions du Code civil du Québec dans la famille » (2008) 49 C de D 527.

2.3.1 Courant formaliste

Pour les tenants du courant formaliste, la prestation compensatoire est une protection patrimoniale accordée à un conjoint. Elle se cristallise au moment de la dissolution du mariage et son appréciation est laissée en grande partie aux tribunaux³⁵. Par rapport au droit familial dans son ensemble, la prestation est une institution qui « distorsionne le régime primaire et [...] déränge les règles de partage du régime secondaire »³⁶.

Le courant formaliste manifeste certaines préoccupations quant à l'intégrité du droit civil québécois, la prestation étant une institution de nature étrangère, dont l'inspiration pourrait être française, canadienne ou même allemande³⁷. Peu après son adoption, certains lui reprochent d'être intrusive. Ils invitent à ce que cette « greffe de *common law* [...] se [développe] et [porte] ses fruits avec la sève du droit civil »³⁸, en d'autres termes, à ce qu'elle soit « civilis[ée] »³⁹. Plusieurs auteurs de ce courant affirment que la prestation compensatoire tire son origine du recours en enrichissement sans cause, la prestation étant son adaptation en droit familial⁴⁰. Néanmoins, un intéressant revirement se produit après l'interprétation restrictive de la prestation compensatoire consacrée par la Cour d'appel dans *Poirier c Globensky*. Les auteurs font volte-face et laissent tomber leur critique. Vraisemblablement rassurés par l'interprétation de la Cour d'appel qui limite la portée de l'article qui prévoit la prestation compensatoire, certains se réapproprient l'institution, plaidant son caractère typiquement civiliste. Tant que la discrétion judiciaire est assortie de limites précises, voire même contraignantes, la prestation « ne bouleverse aucun principe de droit civil »⁴¹ puisqu'elle n'est qu'une application matrimoniale de l'enrichissement injustifié⁴².

35. Ernest Caparros, « La prestation compensatoire dans le droit civil nouveau » (1983) 14 RGD 137 à la p 148 [Caparros, « Droit civil nouveau »].

36. *Ibid* à la p 142.

37. Jean Pineau et Danielle Burman, *Effets du mariage et régimes matrimoniaux*, Montréal, Thémis, 1984 aux pp 90-92.

38. Caparros, « Droit civil nouveau », *supra* note 35 à la p 164.

39. André Cossette, « Le régime de la séparation de biens est-il disparu avec la naissance de la prestation compensatoire ? » (1984-1985) 87 R du N 456 à la p 468.

40. Caparros, « Droit civil nouveau », *supra* note 35 aux pp 148-150.

41. Jean Pineau et Danielle Burman, « La prestation compensatoire à la lumière de l'arrêt de la Cour d'appel dans l'affaire *Poirier c Globensky* » (1985) 19 RJT 281 à la p 284 [Pineau et Burman, « Prestation compensatoire et *Poirier* »].

42. *Ibid* aux pp 291 et s.

Les auteurs rappellent l'importance de la liberté contractuelle des parties à une union. Ces valeurs fondamentales encouragent les parties à encadrer comme elles le souhaitent les conséquences, notamment économiques, découlant de leur mariage. Les auteurs consacrent l'importance du régime matrimonial « choisi » par les parties. Ce « choix » prend la plupart du temps la forme d'un contrat matrimonial mettant de l'avant le régime matrimonial de la séparation de biens. Rappelons que, traditionnellement, dans les familles bourgeoises, le contrat de mariage était le moyen employé pour assurer la protection financière de l'épouse. Ceci était vrai même lorsque les parties « choisissaient » le régime de séparation de biens, l'époux donnant fréquemment à son épouse sans emploi, par contrat de mariage, les meubles de la maison⁴³. Celle-ci trouvait dans le régime de séparation de biens une protection face aux éventuels créanciers de l'entreprise de son époux. La prestation compensatoire, par son caractère impératif, annihile le « choix » formulé par les parties et, selon Ernest Caparros, constitue une sorte de « régime légal parasitaire »⁴⁴.

Les auteurs du courant formaliste préconisent une interprétation restrictive de la prestation compensatoire, qui respecte la cohérence du système civiliste, les valeurs fondamentales du droit familial ainsi que l'importance accordée au « choix » d'un régime matrimonial. Ces auteurs manifestent une réticence face à la discrétion judiciaire permise par le législateur. Selon eux, la magistrature ne doit pas laisser libre cours à sa « conscience judiciaire »⁴⁵ ; elle doit plutôt se soumettre aux précédents établis par les tribunaux supérieurs⁴⁶. Seule une interprétation qui respecte l'égalité et l'autonomie incarnées par le régime de séparation de biens est acceptable. La prestation, arguent Jean Pineau et Danielle Burman, ne permet pas de réformer une injustice qui découle non pas du mariage, mais du mauvais « choix » de régime matrimonial⁴⁷.

43. Jean Pineau et Marie Pratte, *La famille*, Montréal, Éditions Thémis, 2006 à la p 192.

44. Caparros, « Droit civil nouveau », *supra* note 35 à la p 144.

45. Expression utilisée par le juge Bearegard dans sa dissidence dans *Poirier c Globensky*, *supra* note 16 à la p 142.

46. Pineau et Burman, « Prestation compensatoire et *Poirier* », *supra* note 41 aux pp 289-291.

47. *Ibid* à la p 287. Dans cet article, les auteurs vont même jusqu'à affirmer que c'est le régime de communauté de biens qui, par sa « répartition équilibrée des pouvoirs entre le mari et la femme [...] [est] la mesure idéale de protection pour la

2.3.2 *Courant réaliste*

Pour les tenants du courant réaliste, la prestation est une institution d'équité qui accorde aux tribunaux une discrétion judiciaire devant être exercée « à la lumière des normes et des critères proposés dans les textes de loi »⁴⁸, dans l'optique de rétablir les injustices typiquement vécues par les femmes lors de la dissolution du mariage⁴⁹.

Contrairement aux formalistes, qui fondent leur mécontentement sur les valeurs traditionnellement véhiculées par le droit familial, les réalistes insistent sur les valeurs ayant mené à l'adoption de la prestation. En ce sens, la valeur d'égalité des conjoints est pour eux essentielle à tout questionnement portant sur la prestation. Ces auteurs entrevoient cette institution comme la manifestation législative d'un désir d'établir clairement une égalité formelle des conjoints aux yeux de la loi⁵⁰.

En raison de la perspective féministe qu'ils adoptent, les auteurs de ce courant ne sont pas préoccupés par l'interaction entre la prestation compensatoire et les régimes matrimoniaux. S'il n'est aucunement souhaitable de retourner vers la communauté de biens, qui consacre la dépendance juridique des épouses, certaines auteures prétendent que la séparation de biens laisse également les épouses, au moment du divorce, en situation de dépendance et dans un état de pauvreté⁵¹. En ce sens, la prestation rétablit l'équilibre rompu entre les époux en raison de la liberté contractuelle et des soi-disant « choix » qui en découlent.

Les auteurs de ce courant préconisent l'adoption d'une interprétation large et libérale des articles sur la prestation, notam-

femme qui n'a pas d'activité rémunératrice et pour des époux soucieux de justice et d'égalité dans la différence économique » : à la p 286.

48. Roger Comtois, « La prestation compensatoire : une mesure d'équité » (1982-83) 85 R du N 367 à la p 373.

49. Albert Mayrand, « Égalité en droit familial québécois » (1985) 19 RJT 249 à la p 269.

50. Michelle Boivin, « L'évolution des droits de la femme au Québec : un survol historique » (1986-1988) 2 CJWL 53 à la p 65, où Boivin affirme que malgré la situation encore très aléatoire des femmes au foyer, la prestation compensatoire contribue à l'égalité formelle des conjoints devant la loi, laquelle est à distinguer de l'égalité réelle (à la p 64).

51. Renée Joyal-Poupard, « La prestation compensatoire et les chemins tortueux de l'égalité » (1985-1986) 1 CJWL 206 à la p 207 [Joyal-Poupard, « Chemins tortueux »].

ment lorsque l'apport est constitué par le travail au foyer. Avant *Poirier c Globensky*, Mireille Castelli avançait l'argument perspicace qu'une contribution proportionnelle aux charges du ménage aurait pour conséquence d'obliger l'époux à consacrer la totalité de ses revenus au ménage si son épouse consacrait tout son temps à travailler au foyer⁵².

L'interprétation restrictive mise de l'avant par la Cour d'appel complexifie la démonstration d'un apport en services menant à l'enrichissement du conjoint, ce type d'apport provenant généralement des épouses⁵³. La situation est encore plus difficile lorsque l'apport se fait par le travail au foyer. La prestation, bien que conçue pour remédier à ces injustices, s'avère beaucoup plus efficace pour indemniser un apport monétaire qui, en règle générale, sera fait par l'époux. Ces constats amènent Pierrette Rayle à conclure que « [t]ant qu'on ne reconnaîtra qu'un type d'apport susceptible de compensation (celui, direct et immédiat, en dollars), tant qu'on refusera à l'apport général du parent au foyer d'être *susceptible* de compensation, on imposera *l'identité de rôle* comme condition préalable essentielle à *l'égalité des conjoints* » [italiques dans l'original]⁵⁴.

Dans l'optique d'optimiser la prestation compensatoire et ses effets au moment d'un divorce, les auteurs du courant réaliste

52. Mireille D Castelli, « La répartition des charges du mariage et la prestation compensatoire : vers un revirement des solutions traditionnelles en pratique et en jurisprudence » (1984) 44 R du B 724 à la p 730. Cette interprétation a été abandonnée après la décision de la Cour d'appel, Castelli se rangeant derrière une vision plus restreinte de la prestation selon laquelle seules les contributions excédant l'obligation légale de contribuer aux charges du ménage permettraient d'indemniser le travail au foyer : Mireille D Castelli, « La Cour d'appel et la prestation compensatoire » (1985) 16 RGD 625 à la p 646.

53. Pierrette Rayle, « La prestation compensatoire et la Cour d'appel cinq ans plus tard » (1988) 48 R du B 225 à la p 236 ; Renée Joyal, « La famille, entre l'éclatement et le renouveau : la réponse du législateur » dans Renée B-Dandurand, dir, *Couples et parents des années quatre-vingt*, Québec, Institut québécois de recherche sur la culture, 1987 aux pp 147 et s.

54. Rayle, *supra* note 53 à la p 236. En 1989, Pierrette Rayle et Suzanne Amphousse publient un article analysant les derniers jugements rendus en 1988 et 1989. Leurs conclusions tranchent avec celles de l'article publié par Rayle en 1988. Selon elles, la tendance observée dans les jugements de la Cour d'appel des deux dernières années précédant la réforme est renversée. Les tribunaux optent majoritairement pour l'approche générale quant au degré de preuve requis : Pierrette Rayle et Suzanne Amphousse, « Prestation compensatoire : les derniers jugements de la Cour d'appel » dans *Nouveaux développements en droit familial : les aspects économiques d'une rupture*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 1989 aux pp 151 et s.

proposent certaines solutions pratiques favorisant l'interprétation large de la prestation. Pierrette Rayle suggère d'abord un assouplissement des règles de preuve permettant de démontrer plus facilement l'apport, notamment lorsqu'il est constitué de services rendus. Ensuite, alors que les tribunaux tiennent généralement compte du régime matrimonial et du patrimoine familial afin de réduire le montant de la prestation, Rayle suggère d'adopter une approche inversée de ce critère. À titre d'exemple, lorsque le régime matrimonial permet à un époux d'accumuler des actifs dès le premier jour du mariage, le tribunal devrait en tenir compte lorsqu'il évalue l'opportunité d'accorder une prestation et le montant de celle-ci⁵⁵.

André Cossette, quant à lui, avance l'idée d'affirmer le droit égal des époux d'accéder au marché du travail. Celui qui remplit à la fois sa contribution au foyer et celle de son conjoint subit forcément un préjudice économique qu'il revient à l'autre conjoint d'indemniser. Juridiquement, Cossette suggère de présumer qu'un apport au foyer entraîne un appauvrissement qui enrichit le patrimoine du conjoint⁵⁶.

Bartha Knoppers, enfin, propose un nouveau mode d'évaluation du travail au foyer qui fixerait la valeur réelle du travail. Selon cette auteure, seule une telle méthode permettrait d'indemniser l'épouse pour son travail au foyer sans que celle-ci ne soit victime d'injustices économiques et sociales⁵⁷.

3. DE 1989 À 2016 : DE L'ÉCHEC VERS L'OUBLI

3.1 Intervention législative : création du patrimoine familial impératif

En 1989, afin de remédier aux injustices toujours vécues par les femmes au prononcé du divorce, le législateur entreprend une nouvelle réforme. Même s'il modifie la prestation compensatoire à certains égards, le législateur choisit de conserver en grande partie

55. Rayle, *supra* note 53 aux pp 244-248.

56. Cossette, *supra* note 39 à la p 467.

57. Bartha Knoppers, « Evaluation of Homemaking Services in Quebec » dans Sheilah L Martin et Kathleen E Mahoney, dir, *Equality and Judicial Neutrality*, Toronto, Carswell, 1987 aux pp 266-268.

intacte cette institution. Il confirme son utilité pour compenser un apport quantifiable, notamment lors du versement d'une somme d'argent sur un bien appartenant à l'autre époux, ou encore pour un travail accompli par l'époux collaborateur à l'entreprise de son conjoint. Pour les autres types d'apports, notamment celui de la femme au foyer, le législateur change son fusil d'épaule et introduit le patrimoine familial.

Par le projet de loi 146⁵⁸, le législateur entérine deux modifications à la prestation. Celles-ci mettent en lumière l'importance, pour le législateur, d'améliorer le traitement de l'épouse collaboratrice à une entreprise familiale qui appartient à son conjoint. La première modification vise le moment à partir duquel la demande de prestation compensatoire peut être formulée⁵⁹. Afin d'éviter que le conjoint propriétaire d'une entreprise n'aliène celle-ci avant la fin de l'union, rendant ainsi difficile l'obtention d'une prestation pour du travail non rémunéré, le nouvel article de loi prévoit que la demande de prestation peut être faite dès la fin de sa collaboration à l'entreprise⁶⁰. La deuxième modification vise à faciliter la preuve nécessaire à l'octroi d'une prestation, en permettant à chaque époux de démontrer son apport par tous moyens⁶¹.

Au moment de la réforme, le législateur est au fait de la jurisprudence majoritaire qui refuse d'accorder une prestation compensatoire à l'époux dont l'apport prend la forme du travail au foyer, ce travail étant perçu comme sa contribution légalement requise aux charges du ménage⁶². Plutôt que d'opter pour un remaniement

58. *Loi modifiant le Code civil du Québec et d'autres dispositions législatives afin de favoriser l'égalité économique des époux*, LQ 1989, c 55.

59. « Projet de loi 146, Loi modifiant le Code civil du Québec et d'autres dispositions législatives afin de favoriser l'égalité économique des époux », 2^e lecture, Québec, Assemblée nationale, *Journal des débats*, 33^e lég, 2^e sess, vol 30, n^o 125 (8 juin 1989) à la p 6488 (Monique Gagnon-Tremblay) [« Projet de loi 146 », 2^e lecture (8 juin 1989)].

60. « Projet de loi 146, Loi modifiant le Code civil du Québec et d'autres dispositions législatives afin de favoriser l'égalité économique des époux », étude détaillée par la Commission des institutions, Québec, Assemblée nationale, *Journal des débats*, 33^e lég, 2^e sess, vol 30, n^o 66 (12 juin 1989) aux pp CI-2711-2712.

61. « Projet de loi 146 », 2^e lecture (8 juin 1989), *supra* note 59 à la p 6488 (Monique Gagnon-Tremblay).

62. Le Conseil du statut de la femme, en 1980, s'était ainsi préoccupé à juste titre de l'interaction néfaste entre cette reconnaissance légale du travail au foyer et les dispositions de la prestation compensatoire : « Projet de loi 89, Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille », étude détaillée par la Commission permanente de la justice, Québec, Assemblée nationale, *Journal*

en profondeur de la prestation, le législateur préfère instaurer un patrimoine familial auquel nul ne peut déroger. En vertu de cette réforme, dès le mariage, un patrimoine familial est formé des résidences familiales, des biens meublant ces résidences, des véhicules automobiles de la famille ainsi que des droits qui seront accumulés par les époux pendant le mariage à leurs régimes de retraite⁶³. Sous réserve de certains biens qui en sont exclus⁶⁴ et de certaines déductions⁶⁵, le patrimoine familial accorde à chacun des époux un droit de créance sur la moitié de la valeur des biens accumulés durant le mariage⁶⁶. Comme l'explique la ministre déléguée à la Condition féminine, Monique Gagnon-Tremblay, lors de l'étude détaillée du projet de loi : « [L]a constitution du patrimoine familial rend inutile l'élargissement de la notion de prestation compensatoire du droit actuel [...] Le partage du patrimoine familial indemniserait indirectement le travail au foyer »⁶⁷.

Lors de l'étude détaillée du projet de loi, l'opposition officielle soulève la possibilité que la prise en considération du patrimoine familial dans le calcul de la prestation ait un effet négatif sur celle-ci⁶⁸. Il sera question ci-dessous de cette interaction entre la prestation compensatoire et le patrimoine familial.

3.2 Vaut-il mieux tard que jamais ? Les critères dégagés par la Cour suprême

Au début des années 1990, la Cour suprême se prononce pour la première fois sur l'interprétation à donner à la prestation compensatoire. En rendant deux arrêts de principe, la Cour préconise une approche plus souple et plus large que celle qui a été développée dans *Poirier c Globensky*⁶⁹.

des débats, 31^e lég, 6^e sess, n^o 7 (10 décembre 1980) à la p B-221 (Thérèse Lavoie-Roux).

63. Art 415 CcQ.

64. Sont exclus du patrimoine familial les biens échus à l'époux par donation ou succession pendant le mariage : art 415 al 4 CcQ.

65. Art 418 CcQ.

66. Art 416 CcQ.

67. « Projet de loi 146, Loi modifiant le Code civil du Québec et d'autres dispositions législatives afin de favoriser l'égalité économique des époux », étude détaillée par la Commission des institutions, Québec, Assemblée nationale, *Journal des débats*, 33^e lég, 2^e sess, vol 30, n^o 64 (8 juin 1989) à la p CI-2650 (Monique Gagnon-Tremblay).

68. *Ibid* à la p CI-2665 (Louise Harel).

69. *Supra* note 16.

3.2.1 Affaire Lacroix c Valois : prestation compensatoire et faillite

Par cette décision, la Cour aborde l'impact de la faillite d'un conjoint sur une réclamation de prestation compensatoire ainsi que la norme d'intervention à adopter en appel d'un jugement qui tranche une telle réclamation. Dans cette affaire, les parties sont mariées en séparation de biens. Madame jouit d'un actif d'un peu moins de 200 000 \$, qu'elle acquiert avant le mariage à la suite du décès de son premier époux, et pendant l'union en raison du décès de son père. Durant le mariage, elle l'investit avec son conjoint dans plusieurs entreprises. Or, face à l'échec de ces entreprises, monsieur fait cession de ses biens, et madame se retrouve sans le sou. Au moment du divorce, monsieur a été libéré de sa faillite et est actionnaire d'une compagnie, ce qui lui assure un revenu. Il est copropriétaire d'une résidence. Madame demande le versement d'une prestation compensatoire de 55 000 \$; le juge d'instance lui accorde 40 000 \$. La Cour d'appel casse le jugement et rejette la demande de prestation⁷⁰. Madame se pourvoit de ce jugement en Cour suprême, celle-ci accueille le pourvoi et rétablit le jugement de première instance.

Sous la plume du juge Gonthier, la Cour suprême précise d'entrée de jeu que le pourvoi ne lui permet pas de trancher la principale question soulevée dans le débat sur la prestation et les règles qui la régissent, soit la compensation du travail au foyer⁷¹.

L'arrêt articule pour une première fois la vision de la Cour suprême quant à la prestation compensatoire. Celle-ci enseigne que, si la prestation ne peut pas tenir lieu de société d'acquêts judiciaire rétroactive, elle ne peut non plus être interprétée restrictivement en brandissant à outrance le principe de la liberté contractuelle. Ce principe fondamental du droit familial, dont il ne faut pas exagérer la portée, ne saurait justifier un contournement de l'intention législative, qui est préoccupée par un rétablissement de l'équilibre économique entre les conjoints⁷². Pour la Cour, « la prestation compensatoire vise à rétablir l'équilibre injustement

70. *Lacroix c Valois*, [1990] 2 RCS 1259 aux pp 1264-1265 [*Lacroix c Valois*].

71. *Ibid* à la p 1264.

72. *Ibid* à la p 1277.

rompu entre deux patrimoines par le déroulement de la relation matrimoniale »⁷³.

La Cour confirme les quatre critères dégagés par la Cour d'appel pour l'octroi d'une prestation compensatoire, soit (i) l'apport, (ii) l'enrichissement, (iii) la causalité et (iv) la proportion dans laquelle l'apport permet l'enrichissement. Une appréciation globale et souple de la preuve est de mise, notamment quant à la causalité. La Cour rappelle à ce titre la similitude de la prestation compensatoire avec l'enrichissement injustifié, où la preuve d'une simple corrélation est suffisante⁷⁴. Elle rappelle en outre que la Cour d'appel doit une grande déférence au tribunal de première instance quant à l'appréciation des faits⁷⁵.

Selon la Cour suprême, comme le recours en prestation compensatoire ne se cristallise qu'au moment du divorce, la créance due en vertu d'une prestation n'est pas une réclamation prouvable au sens du droit de la faillite. Ainsi, la faillite d'un conjoint n'est pas une fin de non-recevoir à une réclamation en prestation compensatoire, même si les critères lui donnant ouverture se matérialisent avant la faillite. Un enrichissement doit subsister au moment du divorce ; s'il est peu probable que l'enrichissement existe toujours, la preuve d'une faillite ne permet pas de présumer l'absence d'enrichissement au moment du divorce⁷⁶.

3.2.2 Affaire *M(ME) c L(P)* : compensation de l'apport aux charges du mariage

L'affaire *M(ME) c L(P)*⁷⁷ permet à la Cour suprême d'aborder enfin les questions qui soulèvent les passions de la communauté juridique. Dans cette affaire, alors que les parties sont mariées sous le régime de la séparation de biens, madame élève les deux enfants du couple, s'occupe des travaux domestiques et travaille à temps partiel. Monsieur occupe un emploi régulier et gagne de modestes revenus. Madame achète la résidence familiale peu de temps avant le mariage ; monsieur contribue à l'achat. L'essentiel du prix d'achat de la résidence est prêté par le père de madame.

73. *Lacrois c Valois*, *supra* note 70, à la p 1283.

74. *Ibid* aux pp 1277-1279.

75. *Ibid* à la p 1275.

76. *Ibid* aux pp 1282-1286.

77. *M(ME) c L(P)*, [1992] 1 RCS 183 [*M(ME) c L(P)*].

C'est monsieur qui rembourse l'hypothèque chaque mois. Pendant le mariage, madame vend la maison et en achète une nouvelle dont elle est encore l'unique propriétaire. Un nouveau prêt est contracté avec le père de madame, et monsieur rembourse l'hypothèque selon la même entente. La maison vaut 54 000 \$ au moment du divorce. Le juge d'instance rejette la demande de prestation compensatoire de monsieur, qui réclame 40 000 \$ à madame. Selon lui, les apports des conjoints ont été à peu près équivalents. La Cour d'appel accueille le pourvoi, infirme le jugement et ordonne le versement d'une prestation de 40 000 \$ à monsieur, voyant dans les versements hypothécaires faits par ce dernier un apport devant être compensé⁷⁸.

Quant à elle, la Cour suprême souligne que l'approche souple développée dans *Lacroix c Valois* guide le juge et lui permet de cerner tous les apports. S'il est certes plus simple pour le juge de déceler un apport monétaire, il doit également être sensible aux contributions « fluides »⁷⁹, moins susceptibles d'être démontrées par preuve directe, comme les contributions aux charges du ménage. L'évaluation globale, souple et généreuse évite la perpétuation d'injustices⁸⁰. Selon la Cour, « l'apport même normal aux charges du mariage peut certainement enrichir le patrimoine de l'autre conjoint » [soulignements dans l'original]⁸¹. Le caractère « normal » de l'apport est pris en compte par les juges quant à l'existence d'une cause ou d'une justification à l'enrichissement.

La Cour profite de cet arrêt pour joindre aux quatre critères développés dans *Lacroix c Valois* deux nouveaux critères. Ainsi, un recours en prestation compensatoire nécessite désormais que soient démontrés les éléments suivants : (i) un apport en biens ou en services, (ii) un enrichissement, (iii) un lien causal, (iv) la proportion dans laquelle l'apport cause l'enrichissement, (v) un appauvrissement concomitant et (vi) l'absence de cause ou de justification à l'enrichissement. En ajoutant ces deux derniers critères, la Cour confirme davantage la proximité entre la prestation compensatoire et l'enrichissement injustifié⁸². Le contrat de mariage et les clauses qu'il contient, le régime matrimonial et les

78. *M(ME) c L(P)*, *supra* note 77 aux pp 187-188.

79. *Ibid* à la p 198.

80. *Ibid* aux pp 197-198.

81. *Ibid* à la p 198.

82. *Ibid* aux pp 199-201.

autres contrats pertinents (vente, donation), conclus par l'un des époux, sont autant d'éléments pertinents à considérer quant au dernier critère, soit la cause ou la justification à l'enrichissement, bien que le poids de ce facteur soit laissé à la discrétion du juge d'instance. Dans le cadre du pourvoi, la Cour conclut que l'entente entre les conjoints vise à avantager madame en lui accordant la propriété de la résidence et à protéger celle-ci des créanciers de monsieur⁸³. La Cour accueille le pourvoi afin de rétablir les conclusions du juge d'instance, rejetant ainsi la demande de prestation compensatoire⁸⁴.

Ainsi, avec *Lacroix c Valois* et *M(ME) c L(P)*, la Cour suprême rectifie l'interprétation de la prestation faite par les tribunaux d'instance et les cours d'appel. Elle propose une interprétation large et libérale du mécanisme, combinée à une appréciation souple et flexible de la preuve. Ces arrêts sont rendus dix ans après l'adoption de la prestation compensatoire. En dix ans, les tribunaux inférieurs ont pu établir une abondante jurisprudence consacrant une vision restrictive de la prestation. De plus, pendant cette période, le législateur a procédé à une importante réforme du droit encadrant les conjoints, admettant pratiquement l'échec de la prestation compensatoire dans la quête de l'égalité conjugale. Aussi justes et pertinents que puissent être les principes directeurs et l'interprétation de la prestation par la Cour suprême, cette nouvelle jurisprudence arrive-t-elle trop tardivement pour influencer significativement les tribunaux inférieurs ? Une analyse de la doctrine portant sur la prestation de 1989 à aujourd'hui permet de répondre partiellement à cette interrogation.

3.3 Prestation compensatoire dans l'ombre doctrinale du patrimoine familial

Depuis la réforme de 1989, la prestation compensatoire retient différemment l'attention doctrinale. D'une part, la plupart

83. *M(ME) c L(P)*, *supra* note 77 aux pp 208-209.

84. *Ibid* aux pp 201-204. Peu de temps après *M(ME) c L(P)*, la Cour rend l'arrêt *T(KN) c P(GR)*, [1992] 1 RCS 210, où elle renvoie à ses motifs dans *M(ME) c L(P)*. Puis, en 1996, elle rend la décision *P(S) c R(M)*, [1996] 2 RCS 842, dans laquelle elle revoit l'application des principes développés dans *Lacroix c Valois* et *M(ME) c L(P)*. Dans cette affaire, la Cour énonce qu'une donation d'un conjoint à l'autre, faite notamment dans le but d'avantager un conjoint, ne pourrait donner ouverture à une prestation compensatoire : *P(S) c R(M)* aux pp 861-867.

des auteurs qui abordent la prestation le font en acceptant l'institution, sans mettre en doute ses fondements. D'autre part, une doctrine féministe critique se développe à l'égard des décisions rendues jusqu'en 1991. Plusieurs auteures qui n'adoptent pas cette posture féministe réfèrent néanmoins aux écrits féministes, sans remettre fondamentalement en question les développements jurisprudentiels depuis 1991.

3.3.1 Institution législative acceptée

Rares sont les études en droit familial⁸⁵ qui se consacrent spécifiquement à la prestation compensatoire⁸⁶. En 1991, Albert Bohémier et Brigitte Lefebvre écrivent un article qui aborde les impacts de la faillite du conjoint débiteur ou du conjoint créancier sur la prestation compensatoire, en continuité avec l'arrêt *Lacroix c Valois*⁸⁷. La même année, Roger Comtois s'intéresse également à l'arrêt *Lacroix c Valois*⁸⁸, de même qu'à la prestation compensatoire comme mode de révision des contrats intervenus entre les conjoints, notamment ceux qui déclarent la conjointe unique propriétaire de la résidence familiale alors que son conjoint débourse les frais qui y sont afférents⁸⁹. En 1992, Carolle Piché-Burton publie un recueil où elle recense plus de 161 jugements traitant de la prestation compensatoire rendus entre 1983 et 1991⁹⁰. Il faudra ensuite attendre l'article publié par Marie-Claire Belleau

85. Pour un compte-rendu de la prestation compensatoire comme limitation à la liberté testamentaire : Christine Morin, *L'émergence des limites à la liberté de tester en droit québécois : étude socio-juridique de la production du droit*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2009.

86. L'auteure Isabelle E Morin a rédigé un mémoire de maîtrise sur la prestation compensatoire qu'il est impossible de trouver : Isabelle E Morin, *La reconnaissance de l'apport en services des conjoints de faits : analogie entre la prestation compensatoire et l'enrichissement injustifié*, mémoire de maîtrise en droit, Université Laval, 1997 [non publié]. Son existence est connue par le recensement effectué par la Revue de droit de l'Université McGill : « Recension des thèses » (1996-1997) 42:4 RD McGill 1065 à la p 1082.

87. Albert Bohémier et Brigitte Lefebvre, « Les nouvelles règles concernant les rapports économiques entre époux et la faillite : la faillite et la prestation compensatoire » (1991) 25 RJT 1.

88. Roger Comtois, « La libération de l'époux failli ne constitue pas un obstacle à une demande de prestation compensatoire » (1990-91) 93 R du N 335.

89. Roger Comtois, « Quand la prestation compensatoire devient un mode de révision des contrats » (1990-91) 93 R du N 329.

90. Carolle Piché-Burton, *Prestation compensatoire 1983-1991*, coll Atout-Maitre, Montréal, SOQUIJ, 1992. Les jugements répertoriés dans cette étude formeront le corpus de décisions à la base de l'analyse féministe de Lucille Cipriani dont il sera question ci-dessous.

et Guillaume Talbot-Lachance en 2008 pour que soit abordée comme sujet principal d'un article la prestation compensatoire, et plus précisément le poids des ententes conclues entre conjoints à titre de règlement d'une réclamation de prestation compensatoire⁹¹. En 2016, la *Revue canadienne droit et société* consacre un numéro spécial aux transferts économiques entre ex-époux après le divorce. Deux textes abordent la prestation compensatoire en contexte d'abord européen puis français, où cette notion réfère davantage à la pension alimentaire⁹². L'absence de réflexions sur la prestation compensatoire québécoise, évincatrice, est un signe de la stagnation de la prestation compensatoire.

Pour certains, la prestation compensatoire sert d'illustration dans le cadre d'une thèse élaborée plus généralement. À titre d'exemple, Jean-Maurice Brisson et Nicholas Kasirer publient en 1995 une étude où ils présentent l'argument que le parcours vers l'égalité formelle entre les hommes et les femmes s'est fait simultanément avec l'évolution du droit matrimonial, qui migre d'un système juridique colonialiste vers un système nationaliste⁹³.

De 1989 à 2018, la plupart des articles et des ouvrages de doctrine traitant de la prestation compensatoire sont descriptifs. Bien qu'elle ait échoué à rétablir l'équilibre patrimonial entre les conjoints, la prestation est devenue pour plusieurs auteurs une institution bien établie en droit familial, ses critères étant dorénavant clairement définis. Ces auteurs ont continué d'invoquer la prestation sans en interroger la pertinence⁹⁴. Les auteurs de

91. Marie-Claire Belleau et Guillaume Talbot-Lachance, « La valeur juridique des ententes issues de la médiation familiale : présentation des mésententes doctrinales et jurisprudentielles » (2008) 49 C de D 607.

92. Nathalie Dandoy, Frédérique Granet et Yann Favier, « Les logiques implicites de la prestation compensatoire dans le divorce : approches comparées européennes » (2016) 31:2 RCDS 139 ; Safia Bouabdallah et Isabelle Sayn, « Les justifications de la prestation compensatoire dans le discours juridique français » (2016) 31:2 RCDS 161.

93. Jean-Maurice Brisson et Nicholas Kasirer, « The Married Woman in Ascendance, the Mother Country in Retreat: from Legal Colonialism to Legal Nationalism in Quebec Matrimonial Law Reform, 1866-1991 » (1995) 23 Man LJ 406 aux pp 435, 442.

94. Marcel Guy, « Le Code civil du Québec : un peu d'histoire, beaucoup d'espoir » (1992) 23 RDUS 453 aux pp 475-477 ; Guy Lefrançois, *Les conventions et les partages entre conjoints*, 2^e éd, coll bleue, série répertoire de droit, Montréal, Wilson & Lafleur, 2008 aux pp 106-111 ; Alain Roy, « L'encadrement législatif des rapports pécuniaires entre époux : un grand ménage s'impose pour les nouveaux ménages » (2000) 41 C de D 657 à la p 663 ; Alain Roy, *Le contrat de mariage réinventé : perspectives socio-juridiques pour une réforme*, Montréal, Éditions Thémis, 2002

monographies générales sur le droit de la famille, quant à eux, se sont attardés à établir les tendances jurisprudentielles, sans toutefois remettre fondamentalement en question l'institution⁹⁵.

Il est étonnant de constater l'absence de réaction doctrinale à l'arrêt *M(ME) c L(P)*, qui tranche des questions qui avaient soulevé les passions pendant une dizaine d'années. Après cet arrêt, seules les auteures féministes ont réellement questionné la pertinence de la prestation, tel qu'il en sera question ci-dessous. À première vue, l'absence d'intérêt doctrinal a de quoi surprendre. Dans *M(ME) c L(P)*, la Cour suprême renverse la tendance jurisprudentielle établie et prônée par plusieurs auteurs ; elle met en place une interprétation large et libérale de la prestation compensatoire au bénéfice du conjoint vulnérable.

Or, l'éclipse de la prestation compensatoire s'explique simplement. Dès le début des années 1990, avec la réforme de 1989, c'est plutôt grâce au patrimoine familial qu'on pense pouvoir atteindre l'égalité réelle entre les conjoints⁹⁶. Vu son impact sur les relations patrimoniales entre conjoints, le patrimoine familial remplace la prestation compensatoire comme sujet de prédilection des chercheurs en droit de la famille. Ainsi, il devient usuel, dans les ouvrages sur le patrimoine familial, d'aborder la prestation compensatoire comme une relique du passé, constatant son échec et rappelant rapidement les critères pouvant donner ouverture à ce recours⁹⁷.

aux pp 31-36 ; Alain Roy, « Le contrat de mariage en droit québécois : un destin marqué du sceau du paradoxe » (2005-2006) 51 RD McGill 665 aux pp 671-672.

95. Mireille D Castelli et Dominique Goubau, *Le droit de la famille au Québec*, 5^e éd, Sainte-Foy, Presses de l'Université Laval, 2005 aux pp 141-155 ; Pineau et Pratte, *supra* note 43 aux pp 163-185 ; Michel Tétrault, *Droit de la famille : le mariage, l'union civile, les conjoints de fait*, vol 1, Montréal, Éditions Thémis, 2010 aux pp 666-705.

96. La justification égalitaire à l'adoption du patrimoine familial ne convainc pas tous les chercheurs. Pour Ernest Caparros, le patrimoine familial suscite l'indignation puisqu'il propose « sous la pression d'idéologies égalitaristes outrées » une solution électoraliste, une réponse législative malhabile qui ne cadre pas avec la nature civiliste des régimes matrimoniaux. Face au caractère impératif du patrimoine familial, il écrit : « [L]es époux ploient désormais, sous une chape de plomb et sont plutôt entraînés vers une jachère de chardons arrosés par l'eau de la méfiance ». Ernest Caparros, « Le patrimoine familial : une qualification difficile » (1994) 25:2 RGD 251 à la p 257 [Caparros, « Patrimoine familial »].

97. Danielle Burman et Jean Pineau, *Le « patrimoine familial » (projet de loi 146)*, Montréal, Éditions Thémis, 1991 à la p 24 ; Jean-Pierre Sénécal, *Le partage du patrimoine familial et les autres réformes du projet de loi 146*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1989 aux pp 127-132 ; Caparros, « Patrimoine familial », *supra* note 96 à la p 256.

Carmen Lavallée et Luce Samoisette, quant à elles, étudient l'interaction entre le patrimoine familial et la prestation compensatoire. Elles constatent que les tribunaux font preuve de retenue lorsque l'enrichissement d'un conjoint découle des règles du patrimoine familial. Il faut selon elles éviter que la prestation compensatoire permette de partager inégalement le patrimoine familial, de manière détournée⁹⁸.

Enfin, Nicholas Kasirer aborde la prestation compensatoire dans deux articles à propos du patrimoine familial. En 1994, il analyse l'influence du concept civiliste d'équité et de la faute lors du partage inégal du patrimoine familial, plaidant pour une interprétation transsystémique de l'article 422 CcQ. Dans ce contexte, il aborde la prestation compensatoire à titre d'exemple où les tribunaux refusent de comparer et de faire dialoguer la prestation compensatoire avec l'enrichissement injustifié en matière patrimoniale, tel que le conçoit la common law. La prestation compensatoire illustre pour Kasirer la relation complexe entre l'« equity as one of the supereminent principles of the civil law and the rules of positive law »⁹⁹. Il constate que le recours en prestation compensatoire est une manifestation supplémentaire de l'inertie des tribunaux civilistes confrontés à réparer l'iniquité découlant parfois du mariage. En ce sens « [t]he principal role for the compensatory allowance in legal history, it would seem, is to stand as a metaphor for the inhibiting force that positive law can have on the civil law's inherent creative energy »¹⁰⁰.

Un an plus tard, il aborde à nouveau la prestation compensatoire de manière incidente dans un article où il démontre que le patrimoine familial consacre des normes coutumières du droit familial québécois. Celles-ci confirment la nature économique du partenariat que constitue le mariage. Ainsi, il ne s'agit pas d'un élément de droit totalement nouveau, certaines normes, dont la prestation compensatoire, témoignant avant 1989 de cette vision du mariage¹⁰¹.

98. Carmen Lavallée et Luce Samoisette, « Le patrimoine familial : aspects civils et fiscaux » (1997-98) 28 RDUS 257 à la p 270.

99. Nicholas Kasirer, « Couvrez cette communauté que je ne saurais voir : Equity and Fault in the Division of Quebec's Family Patrimony » (1994) 25 RGD 569 à la p 579.

100. *Ibid* à la p 582.

101. Nicholas Kasirer, « Testing the Origins of the Family Patrimony in Everyday Law » (1995) 36 C de D 795 aux pp 800 et 820.

3.3.2 *Réflexions féministes*

Certaines auteures adoptant une posture féministe se sont questionnées sur le patrimoine familial, n'étudiant la prestation compensatoire qu'accessoirement. En ce sens, Marlène Cano publie deux articles où elle prétend que le droit de la famille québécois et son patrimoine familial mettent de l'avant l'égalité formelle plutôt que l'égalité réelle des conjoints. Cette approche, prétend-elle, renforce l'inégalité de pouvoir entre les conjoints plutôt que de la déconstruire. Dans ses deux articles, elle aborde l'interprétation restrictive de la prestation qui, avant l'instauration du patrimoine familial, consacrait les inégalités entre les conjoints en favorisant l'époux le plus fortuné¹⁰².

Lucille Cipriani rédige quant à elle une étude critique de la prestation compensatoire¹⁰³ en analysant les 161 jugements rendus entre 1983 et 1991 recensés par Carolle Piché-Burton¹⁰⁴. En portant son regard sur les couples, les familles et leurs actifs répertoriés dans les jugements, Cipriani démontre, quantitativement, l'inefficacité des tribunaux à rétablir l'équilibre économique entre les conjoints¹⁰⁵. Puis, par une analyse qualitative des jugements, et plus spécifiquement des demandes de prestation compensatoire formulées par les parties¹⁰⁶ et des motifs des jugements, Cipriani met en évidence la résistance judiciaire à transformer les rapports conjugaux vers un partenariat économique qui répartit équitablement les avantages et désavantages économiques découlant du mariage. Elle appuie son raisonnement principalement sur les deux grands motifs de refus d'une prestation compensatoire, soit l'existence d'un contrat¹⁰⁷ et les règles de la preuve civile¹⁰⁸. Ces motifs servent de rationalisation pour justifier toute conclusion découlant

102. Marlène Cano, « L'égalité formelle c. l'égalité véritable : exemples législatifs et jurisprudentiels en droit de la famille au Québec » (1992-1993) 11 CJWL 233 ; Marlène Cano, « La réforme Québécoise sur les rapports pécuniaires entre conjoints (Loi 146) : Le concept de "liberté de choix" » (1990-1991) 4 CJWL 190.

103. Lucille Cipriani, « La justice matrimoniale à l'heure du féminisme : analyse critique de la jurisprudence québécoise sur la prestation compensatoire, 1983-1991 » (1995) 36 C de D 209.

104. Piché-Burton, *supra* note 90.

105. Cipriani, *supra* note 103 aux pp 216-221.

106. Cipriani étudie spécifiquement les jugements invoquant comme apport les tâches domestiques, le travail pour l'entreprise du conjoint et l'apport financier : *ibid* aux pp 222-227.

107. *Ibid* aux pp 230-233.

108. Cipriani, *supra* note 103 aux pp 234-239.

d'une conception personnelle et, la plupart du temps, traditionnelle de l'union d'un homme et d'une femme. Selon Cipriani, il n'existe qu'une constante découlant de la primauté contractuelle et des règles de preuve civilistes, soit de rendre difficile, voire impossible, toute tentative de déstabiliser l'ordre familial traditionnel établi.

Les conclusions de recherche de Cipriani ont été reprises et étudiées par deux auteures préoccupées par le sort des femmes, plus spécifiquement celui des conjointes de fait¹⁰⁹ et des mères au foyer¹¹⁰. Vu l'absence d'analyse de la jurisprudence postérieure à 1989, ce sujet a été l'objet d'une autre étude dont il ne sera pas davantage question¹¹¹.

4. CONCLUSION

En résumé, après la réforme de 1980, la jurisprudence de la Cour d'appel consacre une interprétation restrictive de la prestation compensatoire. Les auteurs, pendant des années, polarisent le débat en proposant deux conceptions opposées de la prestation compensatoire et des attentes quant à son impact en cas de rupture. Puis, après la réforme de 1989 qui institue le patrimoine familial, et malgré deux décisions fondamentales rendues par la Cour suprême du Canada, le débat doctrinal se transforme. À l'exception d'une certaine doctrine féministe critique, les auteurs préfèrent majoritairement s'intéresser au patrimoine familial plutôt qu'à la prestation compensatoire, traitant de celle-ci uniquement afin de rappeler son existence, l'historique de son échec et les critères, très restreints, pouvant y donner ouverture.

Ce texte avait pour objectif d'étudier le portrait doctrinal de la prestation compensatoire. L'évolution de sa conception dans les textes doctrinaux démontre son immobilisme grandissant dans le paysage du droit de la famille. Depuis qu'elle a déçu les acteurs judiciaires, dès sa première interprétation jurisprudentielle d'importance, puis lorsque le patrimoine familial l'a éclipsé, la pres-

109. Jocelyne Jarry, *Les conjoints de fait au Québec : vers un encadrement légal*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2008 aux pp 95-100.

110. Dominique Barsalou, *Ma mère ne travaille pas : le traitement juridique de la mère au foyer en droit québécois de la famille*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2013 aux pp 144-145.

111. Saint-Pierre Harvey, *supra* note 5.

tation compensatoire n'a plus gagné le lustre qu'on lui espérait. Outre l'évolution de cette institution en doctrine, une étude de son application purement jurisprudentielle aurait permis de renforcer la prétention du caractère stagnant de la prestation compensatoire. Ensemble, ces deux analyses permettraient de faire le point sur un legs important de la réforme de 1980 et sur son efficacité pour répartir les injustices économiques qui découlent du mariage. Les arguments qui y sont présentés suffisent à soulever un doute face à la proposition de réforme du Comité. Si plusieurs auteures ont étudié la jurisprudence de la prestation compensatoire, tant avant l'adoption du patrimoine familial qu'après, aucune analyse jurisprudentielle ne s'est spécifiquement posé à comparer l'application de la prestation compensatoire en contexte matrimonial et celle de l'enrichissement injustifié en contexte conjugal. Si l'une ou l'autre de ces institutions se démarque par son efficacité, l'étude permettrait de déterminer quel mécanisme est le plus adapté pour répartir les inégalités découlant d'une union conjugale et, ce faisant, contribuer au débat sur l'encadrement législatif des unions de fait.

Droit et littérature : La magie des mots Le droit constitue-t-il une forme de littérature ?

Josiane RIOUX COLLIN

Résumé

Tout comme la littérature, le droit fait usage de mots. Bien qu'il puisse être véhiculé par la tradition orale, il est aujourd'hui majoritairement écrit. Tout en reconnaissant avec humour que le *Code civil du Québec* ne soit pas le livre de chevet préféré des Québécois, l'auteure se demande s'il pourrait néanmoins être conçu comme un récit, reflétant les valeurs de notre société. Autrement dit, elle se demande si le droit peut être conçu comme une œuvre littéraire. Après avoir présenté successivement les différents courants en droit et en littérature que constituent le droit de la littérature, le droit dans la littérature et le droit par la littérature, elle aborde le courant qui envisage le droit comme une forme de littérature et conclut de son analyse que, sans être le pendant de l'autre, le droit comporte des similitudes avec la littérature, et, tout comme cette forme d'art, par son enchaînement de mots, recèle des pouvoirs inestimés.

Droit et littérature : La magie des mots Le droit constitue-t-il une forme de littérature ?

Josiane RIOUX COLLIN*

INTRODUCTION	171
1. PRÉSENTATION DE TROIS COURANTS DISTINCTS EN DROIT ET EN LITTÉRATURE.....	172
1.1 Droit de la littérature	172
1.2 Droit dans la littérature	173
1.3 Droit par la littérature/littérature dans le droit ...	174
2. DROIT COMME LITTÉRATURE	178
2.1 Quelle littérature ?	179
2.2 La place de l'imaginaire	181
2.3 L'interprétation du droit et de la littérature	184
CONCLUSION.....	188
BIBLIOGRAPHIE	190

* Avocate, chargée de cours à l'Université de Sherbrooke (communication juridique) et étudiante au doctorat en droit à l'Université de Sherbrooke (droit de l'alimentation).

INTRODUCTION

Sans mots pour l'exprimer, le droit existe-t-il ? Selon Simone Goyard-Fabre, il n'existe pas de « norme extra ou a-langagière » : pour assumer sa vocation régulatrice, le droit doit être « dit en sa spécificité »¹. Son sens et sa portée sont forgés et véhiculés par des mots, des phrases. En d'autres termes, « [p]enser la normativité en sa signification ne peut se faire qu'à travers les mots et les propos qui la disent »².

Pour exister, le droit n'a toutefois pas besoin d'être écrit³. Même les sociétés ne mobilisant pas l'écriture peuvent ou pouvaient posséder des institutions juridiques, entretenir des rapports sociaux, conclure des ententes et régler des conflits. Par exemple, en Inde classique, une civilisation juridique s'est développée par la mémorisation, sans écriture⁴. Aujourd'hui, toutefois, le droit est majoritairement écrit. C'est cette écriture qui lui confère une certaine stabilité⁵. Les règles qui le composent sont ainsi accessibles grâce aux textes rédigés par les assemblées législatives du pays. Ces textes de lois, disponibles électroniquement comme en version papier, sont lus et relus par nombre de personnes : les avocat-e-s et les juges, certes, mais aussi les membres des conseils municipaux, les dirigeant-e-s d'entreprises, les étudiant-e-s en droit, les locataires, les parents...

1. Simone Goyard-Fabre, *La normativité du droit. Son autorité ; sa légitimité*, Paris, Edilivre, 2015, p. 1011-2.
2. Simone Goyard-Fabre, *La normativité du droit. Son autorité ; sa légitimité*, Paris, Edilivre, 2015, p. 1011-2.
3. Jean-Claude Bonnan, « Écrire le droit pour commander. Technique et signification de l'écriture dans quelques droits orientaux », dans Claude Thomasset et Danièle Bourcier, *Interpréter le droit : Le sens, l'interprète, la machine*, Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 33. Le droit est compris ici à titre d'« [e]nsemble des règles régissant la vie dans une société donnée et qui sont sanctionnées par une autorité publique » : *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, 2016, en ligne : <<https://dictionnaire-reid.caij.qc.ca/>>.
4. Jean-Claude Bonnan, « Écrire le droit pour commander. Technique et signification de l'écriture dans quelques droits orientaux », dans Claude Thomasset et Danièle Bourcier, *Interpréter le droit : Le sens, l'interprète, la machine*, Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 36.
5. Sanford Levinson, « Law as Literature », (1982) 60-3 *Texas Law Review* 373, 375 ; Jonathan Culler, *Structuralist Poetics. Structuralism, Linguistics and the Study of Literature*, Cornell University Press, 1976, 131, 134.

Le droit nous affecte tous, à un moment ou à un autre de notre vie. Bien souvent, on n'en lira qu'une ou deux dispositions, celles qui nous apparaissent les plus pertinentes. Rares sont ceux et celles considérant le *Code civil du Québec* comme leur livre de chevet, et l'ayant lu d'une couverture à l'autre comme un roman des plus divertissants. Est-il même possible de considérer une loi comme un récit ? La lecture d'un corpus de lois permet-elle de tirer un portrait des valeurs d'une société ? Les lois racontent-elles une histoire, comprennent-elles un scénario qui inclurait une intrigue, des personnages en opposition, un narrateur ? Bref, sommes-nous en mesure de considérer le droit, et plus particulièrement les lois, comme une œuvre littéraire ? Ces questions m'ont amenée à m'intéresser au courant « droit et littérature », au sein duquel interagissent les disciplines littéraire et juridique. Les pages qui suivent présenteront successivement différents courants en droit et littérature, soit le droit de la littérature ; le droit dans la littérature ; et le droit par la littérature, pour ensuite s'attarder plus précisément au courant qui envisage le droit comme une forme de littérature. Cette seconde partie nous permettra de comprendre dans quelle mesure le droit s'apparente à cette autre discipline.

1. PRÉSENTATION DE TROIS COURANTS DISTINCTS EN DROIT ET EN LITTÉRATURE

1.1 Droit de la littérature

Au Canada, l'univers de la littérature est encadré de lois et de règlements, au niveau fédéral comme au niveau provincial. Ces normes juridiques garantissent notamment la liberté d'expression d'un-e auteur-e. Par exemple, la *Charte canadienne des droits et libertés* protège, à son article 2, « la liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression, y compris la liberté de la presse et des autres moyens de communication » des Canadien-ne-s⁶. De façon similaire, au niveau provincial, la *Charte des droits et libertés de la personne* garantit quant à elle la liberté de conscience, d'opinion et d'expression de toute personne⁷.

Cette liberté d'expression comprend toutefois des limites. Par exemple, selon la Cour suprême du Canada, « [u]ne activité

6. *Charte canadienne des droits et libertés*.

7. *Charte des droits et libertés de la personne*, RLRQ, c. C-12, art. 3.

qui (1) ne transmet pas ni ne tente de transmettre une signification et qui est donc expression sans contenu, ou (2) qui transmet une signification par une forme d'expression violente, ne relève pas du champ des activités protégées » par la Charte québécoise⁸. Dans le même ordre d'idées, le *Code criminel* du Canada interdit toute communication publique incitant à la haine contre un groupe indentifiable lorsqu'une incitation de la sorte est susceptible d'entraîner une violation de la paix⁹.

En plus de cet encadrement juridique de la liberté d'expression, le cadre juridique canadien s'intéresse à la littérature plus particulièrement en attribuant certains droits à l'auteur d'une œuvre. Notamment, l'auteur d'une œuvre détient « le droit exclusif de produire ou reproduire la totalité ou une partie importante de l'œuvre, sous une forme matérielle quelconque, d'en exécuter ou d'en représenter la totalité ou une partie importante en public et, si l'œuvre n'est pas publiée, d'en publier la totalité ou une partie importante [...] ». La *Loi sur le droit d'auteur* lui permet de céder la plupart de ses droits¹⁰ et prévoit également quels recours sont à sa disposition en cas de violation de ses droits.

1.2 Droit dans la littérature

Le droit occupe aussi une place importante dans nombre de romans plus variés les uns que les autres. On peut bien sûr penser aux séries policières et autres romans dont un procès occupe une place centrale, par exemple *My Sister's Keeper* de Jodi Picoult, *The Lincoln Lawyer* écrit par Michael Connelly ou encore les romans policiers de John Grisham. Mis à part ces ouvrages où les avocats et les juges sont omniprésent-e-s, d'autres récits évoluent dans un univers coloré par des normes construites de toutes pièces. Par exemple, les personnages de la série *Harry Potter*, de J. K. Rowling, sont gouvernés par un ministère de la Magie, des lois, des ententes de coopération internationale et des tribunaux indépendants du

8. *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 RCS 927.

9. *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 319.

10. Les droits moraux d'un auteur, soit le droit à l'intégrité de son œuvre, celui d'en revendiquer, même sous pseudonyme, la création, et le droit à l'anonymat, sont toutefois incessibles bien qu'ils puissent faire l'objet d'une renonciation : *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. 1985, c. C-42, art. 14.1.

monde « réel » (ou plutôt du monde des « moldus »¹¹)¹². La série *Game of Thrones*, de George R. R. Martin, quant à elle, détaille un univers basé sur le système féodal, où sept royaumes sont dirigés par des monarchies. Le mariage, les taxes, l'esclavage et certaines activités sexuelles sont sujettes à diverses lois et coutumes.

Plus qu'un simple objet de divertissement, la littérature est pertinente quant au droit en ce qu'elle « contribue directement à la formulation et l'élucidation des principales questions relatives à la justice, à la loi et au pouvoir »¹³. Chez les jeunes plus particulièrement, le régime juridique d'un univers fantastique peut contribuer à créer des attentes envers leur propre régime juridique¹⁴. Ces univers peuvent aussi constituer des « laboratoires » où certaines normes peuvent être testées sans conséquences sur le monde réel¹⁵.

Certain-e-s avancent même qu'il y a de ces œuvres qui enseignent des leçons si valables pour le droit, par exemple en matière d'interprétation ou de justice naturelle, qu'elles pourraient faire partie du cursus scolaire des futur-e-s juristes¹⁶.

1.3 Droit par la littérature/littérature dans le droit

La littérature peut être utilisée par les juges pour imager leurs propos et les rendre accessibles à un public plus large, « la référence littéraire opér[ant] alors comme une ornementation humaniste susceptible d'éclairer la sécheresse d'une démonstra-

11. Dans le monde de Harry Potter, le terme « moldus » désigne les personnes n'ayant pas de pouvoirs magiques.

12. Pour une analyse plus complète du droit dans *Harry Potter*, voir notamment : Aaron Schwabach, « Harry Potter and the Unforgivable Curses: Norm-formation, Inconsistency, and the Rule of law in the Wizarding World », (2006) 11-2 *Roger Williams University Law Review* 309.

13. François Ost, « Droit et littérature : Variété d'un champ, fécondité d'une approche », (2015) 49 *R.J.T.U.M.* 3, 14.

14. Aaron Schwabach, « Harry Potter and the Unforgivable Curses: Norm-formation, Inconsistency, and the Rule of law in the Wizarding World », (2006) 11-2 *Roger Williams University Law Review* 309, 310.

15. Aaron Schwabach, « Harry Potter and the Unforgivable Curses: Norm-formation, Inconsistency, and the Rule of law in the Wizarding World », (2006) 11-2 *Roger Williams University Law Review* 309, 311 ; Tzvetan Todorov, *La littérature en péril*, Paris, Éditions Flammarion, 2007, p. 88 et 89 ; François Ost, (2015) 49 *R.J.T.U.M.* 3, 5.

16. Vincent Caron, « Alice au pays des merveilles dans le monde juridique », (2017) 47-2 *Revue générale de droit* 433, 457 ; François Ost, « Droit et littérature : Variété d'un champ, fécondité d'une approche », (2015) 49 *R.J.T.U.M.* 3, 4 et s.

tion juridique »¹⁷, comme ce fut le cas dans l'arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick* lorsque l'honorable juge Binnie, alors dissident, se penchait sur une question de droit administratif et de contrôle judiciaire :

Modifier l'appellation de l'ancienne analyse pragmatique et fonctionnelle constitue une modeste avancée, mais comme dit le poète :

Qu'y a-t-il dans un nom ?

Ce que nous appelons une rose embaumerait autant sous un autre nom.

(*Roméo et Juliette*, acte II, scène ii)¹⁸

La référence à de grands classiques de la littérature afin d'appuyer, d'imager ou de vulgariser leurs propos constitue une façon pour les juges d'amalgamer droit et littérature. Mentionnons au passage que les juges ne peuvent prétendre détenir l'exclusivité en matière de mobilisation de littérature. La doctrine juridique se plaît, elle aussi, à revisiter ses classiques. Les œuvres de Lewis Carroll, notamment, semblent inspirer plus d'un-e juge, mais aussi plus d'un-e auteur-e¹⁹. Des allusions à l'univers d'Alice au pays des merveilles peuvent prendre place dans l'introduction ou le préambule d'un texte, dans un titre ou un sous-titre, directement dans l'analyse ou encore en conclusion d'un article de doctrine²⁰.

Autrement, les jugements même peuvent être considérés comme des œuvres littéraires lorsqu'ils empruntent à cette discipline des techniques de rédaction tel le poème ou la métaphore. Par exemple, en 1979, le juge Jacques Pagé, alors qu'il siégeait à

17. François Ost, « Droit et littérature : Variété d'un champ, fécondité d'une approche », (2015) 49 *R.J.T.U.M.* 3, 32.

18. *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, par. 121 (juge Binnie, dissident).

19. Vincent Caron, « Alice au pays des merveilles dans le monde juridique », (2017) 47-2 *Revue générale de droit* 433, recense de nombreux articles de doctrine faisant référence à l'univers d'Alice au pays des merveilles, par exemple : Barry E. Adler, « Efficient Breach Theory Through the Looking Glass », (2008) 83-1 *N.Y.U. L. Rev.* 1679 ; Rollie D. A. Thompson, « The Cheshire Cat, or Just His Smile? Evidence Law in Child Protection », (2003) 21 *Can. Fam. L.Q.* 319 ; Joshua E. Rosenkranz, « The Pollution Exclusion Clause Through the Looking Glass », (1986) 74 *Geo. L.J.* 1237 ; Yoine Goldstein, « The Quebec Law of Privileges or Alice in Wonderland Revisited », (1976) 22 *Can. Bankruptcy Reports (New Series)* 1.

20. Vincent Caron, « Alice au pays des merveilles dans le monde juridique », (2017) 47-2 *Revue générale de droit* 433, 436-437.

la Cour des poursuites sommaires dans le district de Saint-François, s'affaira à rédiger l'entièreté d'un jugement en alexandrins. En voici un extrait :

La preuve devant la Cour fut brève et sans éclat
Des gestes de l'accusé, l'agent en fit état.
Et ainsi décrivant d'un pêcheur hasardeux
Près d'un ruisseau tranquille, les agirs scandaleux.
« Il scruta de ces ondes la bouche d'une épuisette »
« Mais des nombreuses perchaudes j'ignore le décompte net »
« Et plusieurs fois je vis cet outil dangereux »
« Fouiller en profondeur les eaux calmes de ces lieux. »

En vain l'œil attentif chercha les règlements
Qui devaient prohiber ces gestes si fréquents.
La Cour scrutant la loi chercha la règle écrite ;
La Couronne fit de même car c'était sa poursuite.
Mais constata enfin que rien dans toutes les lois
Ne justifiait soudain l'assaut d'un tel émoi.

Pour ces motifs la Cour, de l'acte reproché
À défaut d'interdit, acquitte l'accusé.²¹

Il va sans dire que la lecture d'un jugement portant sur une activité de pêche à la perchaude sans permis aura rarement été aussi agréable !

En 1995, de façon un peu moins poétique mais tout autant divertissante, l'honorable Raymond P. Boyer, alors juge à la Cour du Québec, a quant à lui choisi d'inclure dans sa décision en matière de responsabilité civile extracontractuelle quelques phrases en argot :

À minuit, le 24 juin 1992, au début de la journée fériée de la St-Jean-Baptiste, le défendeur se gobergeait d'une consommation au bar l'Ambiance, à Salaberry-de-Valleyfield. Campé devant le zinc, il a vu le défendeur faire son entrée dans la place. Comme le demandeur venait de payer la tournée générale, le défendeur lui a également offert une bouteille de bière.

Quelques instants plus tard, en goguette et d'humeur rigolarde, le défendeur s'est avancé vers le demandeur avec sa boutanche en

21. *R. c. Mailhot* (C.P.S., 1979-05-08), SOQUIJ AZ-51087097.

l'aspergeant par l'arrière de la moussante que ce dernier venait de lui offrir. Tarabusté de souffrir cette affusion inopinée, le défendeur lui a bourradé un ramponneau dans la tronche. Certains témoins ont décrit le geste. Il est difficile de déterminer si le défendeur s'est effectivement retourné vers le demandeur pour lui coller un pain ; on peut toutefois conclure que le geste a été posé avec une détermination certaine dans le but de se défaire d'un importun luron en ribote.²²

Dans un autre ordre d'idées, on compte aussi les métaphores parmi les techniques de rédaction mobilisées par la littérature comme par l'univers juridique. En droit, les métaphores peuvent bien sûr constituer des éléments de style, mais elles peuvent également être créatrices de sens. Plus que seulement communiquer un savoir, elles contribuent aussi « à le construire »²³. Les métaphores peuvent notamment être utilisées par les théoricien-ne-s du droit s'aventurant sur les berges de l'interdisciplinarité²⁴. Elles peuvent aussi marquer l'imaginaire d'une communauté juridique lorsqu'elles forment l'assise d'un arrêt constitutionnel, comme ce fut le cas dans l'affaire *Edwards*, aussi connue sous le nom de « l'affaire personnes », où Lord Sankey, au nom du Conseil privé, écrivait : « The B.N.A. Act planted in Canada a living tree capable of growth and expansion within its natural limits »²⁵.

Cette métaphore, visant à illustrer le caractère évolutif de la Constitution du Canada, a été reprise par les différents cours du pays à de nombreuses reprises²⁶. Notamment, la Cour suprême s'est appuyée sur cette dernière en 2004 dans son *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*²⁷ pour affirmer : « Le raisonnement fondé sur l'existence de "concepts figés" va à l'encontre de l'un des principes les plus fondamentaux d'interpréta-

22. *Desmeules c. Faubert* (C.Q., 1995-12-21), SOQUIJ AZ-51087100.

23. Finn Makela, « Des champs et des clôtures : la métaphore et la recherche interdisciplinaire », dans Violaine Lemay et Frédéric Darbellay (dir.), *L'interdisciplinarité racontée. Chercher hors frontières, vivre l'interculturalité*, Berne, Peter Lang, 2014, p. 35.

24. À cet égard, voir Finn Makela, « Des champs et des clôtures : la métaphore et la recherche interdisciplinaire », dans Violaine Lemay et Frédéric Darbellay (dir.), *L'interdisciplinarité racontée. Chercher hors frontières, vivre l'interculturalité*, Berne, Peter Lang, 2014, p. 29.

25. *Edwards v. Canada (Attorney General)*, [1930] 1 D.L.R. 98, 107.

26. En date du 19 avril 2018, une recherche rapide de « living tree » dans le moteur de recherche CanLII permet de repérer l'expression dans 276 décisions canadiennes différentes.

27. 2004 CSC 79, par. 22.

tion de la Constitution canadienne : notre Constitution est un arbre vivant qui, grâce à une interprétation progressiste, s'adapte et répond aux réalités de la vie moderne. » Cette métaphore, non seulement esthétique, a ainsi permis à la Cour de conclure que le mot « mariage » figurant au par. 91(26) de la *Loi constitutionnelle de 1867* n'exclut pas le mariage entre personnes du même sexe.

Comment expliquer cette affection des juges pour la littérature ? Tel que mentionné précédemment, un souci d'esthétisme ou de pédagogie peut être invoqué. Plus encore, selon le professeur Vincent Caron, la présence, dans la jurisprudence, d'une œuvre littéraire telle *Alice au pays des merveilles* « s'explique peut-être par le fait que certains magistrats conçoivent leur fonction comme étant non seulement adjudicative, mais également comme un exercice littéraire »²⁸.

2. DROIT COMME LITTÉRATURE

Maintenant que plusieurs interactions entre le droit et la littérature ont été discutées, une autre question reste en suspens : le droit peut-il être considéré comme une forme de littérature ? La réponse à cette question dépend des auteur-e-s.

Par exemple, pour Christopher Columbus Langdell, juriste américain et doyen de la faculté de droit de l'Université Harvard de 1870 à 1895, le droit est « a literary enterprise »²⁹. À cet égard, selon François Ost, bien que plusieurs parallèles existent entre les deux disciplines³⁰, il faut toutefois se garder d'assimiler le droit à la

28. Vincent Caron, « Alice au pays des merveilles dans le monde juridique », (2017) 47-2 *Revue générale de droit* 433, 442. Selon le juge Samuel Freedman, toutefois, les juges et les avocat-e-s ne devraient pas tenter à tout prix de produire de la « littérature » : « If literature results, it should come as a byproduct, not as a matter of actual design. » Samuel Freedman, « The Law as Literature », (1984) 49 *Sask. L. Rev.* 319, 319.

29. Sanford Levinson résume la pensée de Langdell : « a science of extracting meaning from words that would enable one to believe in law as a process of submission to the commands of authoritative texts (the rule of law) rather than as the creation of wilful interpreters (with submission concomitantly producing the rule of men). » Sanford Levinson, « Law as Literature », (1982) 60-3 *Texas Law Review* 373, 374.

30. Voir notamment les propos imagés de François Ost lorsqu'il explique que le droit trouve son origine dans les faits, ou même dans le *récit* : « Tout se passe comme si, parmi toute la gamme des scénarios qu'imagine la fiction, la société sélectionnait une intrigue-type qu'elle normalisait ensuite sous forme de règle impérative assortie de sanctions. Mais les choses n'en restent pas là : sitôt posés, ces choix

littérature : « s'il s'agit effectivement de deux imaginaires sociaux qui peuvent parfois se recouvrir ou se renforcer, il est vrai également qu'ils s'opposent souvent et que des spécificités importantes les distinguent »³¹. De façon éloquente, il ajoute : « entre la plume et le glaive, les malentendus sont légion, les exclusions monnaie courante et les collaborations souvent suspectes »³².

2.1 Quelle littérature ?

Avant de traiter du sujet plus en détail, il est pertinent de se demander : à quoi fait-on référence lorsqu'on parle de « littérature » ? Selon Posner, ceux qui considèrent qu'une analogie peut être faite entre les textes littéraires et les textes juridiques précisent rarement quel genre littéraire est le plus adéquat à cette réflexion, exception faite de Dworkin, pour qui l'analogie la plus appropriée entre le droit et la littérature est celle du roman à la chaîne³³. Dworkin ne considère pas que la pratique du droit se limite à découvrir l'intention du législateur puis à appliquer le droit en respectant cette intention ni, à l'opposé, qu'il s'agit d'attribuer une signification au droit conformément à une théorie juridique ou morale particulière. Selon lui, le droit constitue plutôt une chaîne d'activités interprétatives. Comme les auteurs d'un roman à la chaîne qui doivent interpréter ce que leur prédécesseur a écrit et créer une suite à l'histoire, le juge de common law doit consulter la jurisprudence qui le précède puis poursuivre dans cette voie pour déterminer l'issue du procès qu'il préside³⁴. Or, Posner critique cette analogie de Dworkin pour plusieurs raisons. Selon lui, d'abord, le roman à la chaîne place beaucoup moins de contraintes sur les auteurs subséquents que sur les juges : les auteurs subséquents peuvent décider de faire mourir tous les personnages existants et

sont discutés, nuancés, modifiés – dans les coulisses judiciaires notamment, qui sont comme l'anti-chambre d'une légalité assouplie. À peine stabilisée, l'intrigue juridique retourne à la fable dont elle s'origine : les personnages réels débordent le rôle convenu des personnes juridiques, tandis que des péripéties imprévues contraignent l'auteur à modifier le script. » François Ost, « Droit et littérature : Variété d'un champ, fécondité d'une approche », (2015) 49 *R.J.T.U.M.* 3, 31.

31. François Ost, « Droit et littérature : Variété d'un champ, fécondité d'une approche », (2015) 49 *R.J.T.U.M.* 3, 12.

32. François Ost, « Droit et littérature : Variété d'un champ, fécondité d'une approche », (2015) 49 *R.J.T.U.M.* 3, 18.

33. Richard A. Posner, *Law and Literature*, Cambridge, Harvard University Press, 1998, p. 246 ; Ronald Dworkin, *Law's Empire*, 1986, p. 228-250, 313.

34. Isaak I. Dore, *The Epistemological Foundations of Law. Readings and Commentary*, Durham, Carolina Academic Press, 2007, p. 711-712.

de drastiquement changer l'histoire. Ensuite, tous les auteurs du roman à la chaîne détiennent la même autorité sur l'histoire, alors que les interprètes d'un texte législatif se situent à une position inférieure au texte lui-même. Or, l'analogie de Dworkin place les juges interprétant la Constitution au même niveau que les auteurs de la constitution³⁵.

Si Posner n'est pas convaincu par la proposition de Dworkin, il n'accepte pas plus l'exercice de comparaison du droit et des pièces de théâtre avancé par Stanford Levinson voulant qu'il y ait autant de lectures plausibles de la Constitution des États-Unis qu'il y a de versions de la pièce *Hamlet*³⁶. Selon Posner, les deux diffèrent notamment parce que la pièce a été écrite près de 200 ans avant la Constitution américaine ; qu'elle a été écrite dans un autre pays ; qu'elle ne comprend aucune indication des intentions de l'auteur, exception faite de ce qui se trouve déjà dans le texte ; qu'elle a été écrite pour être jouée et non lue ; que les pièces de théâtre sont faites pour laisser une certaine liberté au jeu des acteurs et aux détails des décors ; que la fascination envers *Hamlet* est notamment due au nombre d'interprétations qu'elle présente ; et finalement que nous ne nous intéressons pas à ce que Shakespeare tentait d'accomplir par l'entremise de sa pièce³⁷.

Le droit pourrait-il alors se reconnaître dans la traduction ? James Boyd White, voyant la traduction comme « the composition of a particular text by one individual mind in response to another text »³⁸, considère que la traduction et l'interprétation de la Constitution s'apparentent. Posner s'oppose à cette vision. Il fait valoir que certaines phrases peuvent être traduites sans qu'aucun changement dans le sens du texte ne soit effectué par le traducteur, par exemple les instructions pour assembler une table de cuisine, ou encore la disposition de la Constitution américaine prévoyant que l'âge minimal pour être président des États-Unis est de 35 ans³⁹. Lawrence Lessig affirme quant à lui que le traducteur est habi-

35. Richard A. Posner, *Law and Literature*, Cambridge, Harvard University Press, 1998, p. 246-247.

36. Stanford Levinson, « Law as Literature », (1982) 60 *Texas Law Review* 373, 391.

37. Richard A. Posner, *Law and Literature*, Cambridge, Harvard University Press, 1998, p. 247-248.

38. James Boyd White, *Justice as Translation : An Essay in Cultural and Legal Criticism*, 1990, 254.

39. Richard A. Posner, *Law and Literature*, Cambridge, Harvard University Press, 1998, p. 253.

lité à changer un texte afin d'en préserver la signification et, selon lui, le même raisonnement devrait être appliqué à l'interprétation de la Constitution. Au contraire, selon Posner, le traducteur n'est autorisé à changer le texte que pour deux raisons qui ne trouvent pas application en droit, soit lorsque la langue dans laquelle le texte est traduit ne comprend pas de terme équivalent au terme initial, ou encore lorsqu'un changement est nécessaire afin que la traduction soit agréable à lire. De surcroît, alors qu'il est possible de consulter la version initiale de la traduction pour s'assurer de son exactitude, un tel exercice est impossible en matière d'interprétation juridique⁴⁰.

On remarque clairement que les opinions sur l'épineuse question à laquelle nous tentons de répondre sont partagées. Mettant de côté l'identification d'un genre littéraire particulier, attardons-nous désormais à la place de l'imaginaire et au rôle de l'interprète dans les deux disciplines, particulièrement en droit.

2.2 La place de l'imaginaire

Pour White, le droit peut être considéré comme une activité intellectuelle et imaginative⁴¹. Selon lui, bien que cette perception ne soit pas nécessairement descriptive du droit telle qu'il est actuellement pratiqué par la majorité des juges et des avocat-e-s, il s'agit, à tout le moins, d'une façon possible de percevoir le droit⁴².

Pour certain-e-s encore, le droit est considéré « comme l'expression d'un idéal (d'un imaginaire) »⁴³ ; l'« expression symbolique

40. Richard A. Posner, *Law and Literature*, Cambridge, Harvard University Press, 1998, p. 254.

41. James Boyd White, *From Expectation to Experience: Essays on Law and Legal Education*, Ann Arbor, University of Michigan Press, 1999, p. ix ; Gary Minda, « Cool Jazz but Not So Hot Literary Text in Lawyerland: James Boyd White's Improvisations of Law as Literature », (2001) 13 *Cardozo Stud. L. & Literature* 157, 165.

42. James Boyd White, *Heracles' Bow*, Madison, University of Wisconsin, 1985 ; Gary Minda, « Cool Jazz but Not So Hot Literary Text in Lawyerland: James Boyd White's Improvisations of Law as Literature », (2001) 13 *Cardozo Stud. L. & Literature* 157, 166.

43. Pierre Noreau, « De la force symbolique du droit », dans Catherine Thibierge (dir.), *La force normative. Naissance d'un concept*, Paris, Lextenso éditions, 2009, p. 140-141, présentant la vision du réaliste américain Thurman W. Arnold, « Law as Symbolism », dans V. Aubert (dir.), *Sociology of Law*, Baltimore, Penguin Books, 1969, p. 46-51.

de l'ordre social »⁴⁴. Le droit revêt alors une fonction qu'on peut qualifier de symbolique ou encore d'« iconographique », visant « à faire s'incarner symboliquement la collectivité en proposant une vision unifiée, sinon idéalisée, de la vie collective »⁴⁵. On reconnaît par exemple cette expression symbolique de la collectivité dans la *Loi sur le drapeau et les emblèmes du Québec*⁴⁶ qui prévoit, à son article premier : « Le drapeau du Québec est un drapeau bleu chargé d'une croix blanche accompagnée, dans chaque canton, d'une fleur de lis blanche ou, en termes héraldiques, *d'azur à la croix d'argent cantonnée de quatre fleurs de lys du même* » (en italique dans l'original). L'établissement d'un hymne national⁴⁷ ou d'une fête nationale, comme le remplacement de la Fête de Dollard des Ormeaux par celle de la Fête des Patriotes au Québec, revêt également une signification historique particulière qui nourrit l'imaginaire collectif⁴⁸. Dans le même ordre d'idées, une constitution peut être « l'expression directe du “roman politique” que la nation, comme “communauté narrative” (Michael Sandel), se raconte à elle-même. Et les juges constitutionnels, qui entretiennent cette mémoire et qui œuvrent comme “gardiens des promesses” (Antoine Garapon), en sont les “conteurs moraux” (Ronald Dworkin) »⁴⁹.

Qui plus est, le droit laisse place à une forme d'imaginaire, par exemple en qualifiant certains contrats comme « innommés » afin de laisser libre cours à l'imagination des cocontractants⁵⁰, ou encore par l'entremise de la délégation de pouvoirs et de l'au-

44. Pierre Noreau, « De la force symbolique du droit », dans Catherine Thibierge (dir.), *La force normative. Naissance d'un concept*, Paris, Lextenso éditions, 2009, p. 142. Selon Noreau, « [l]e droit est source de représentations sociales dans le sens où, une fois émise, la norme échappe à son auteur. Sa continuelle réinterprétation sociale et institutionnelle fait entièrement partie des conditions qui fondent sa force symbolique » (p. 148). Pour les marxistes, toutefois, le droit ne sert pas à représenter un idéal, mais plutôt les « valeurs d'une des minorités dominantes présentées pour naturelle » (p. 146).

45. Pierre Noreau, « Et le droit, à quoi sert-il ? », dans Pierre Noreau (dir.), *Le droit à tout faire : explorations des fonctions contemporaines du droit*, Montréal, Thémis, 2008, p. 231.

46. RLRQ, c. D-12.1.

47. Voir la *Loi sur l'hymne national*, L.R.C. 1985, c. N-2.

48. *Décret établissant la Journée nationale des Patriotes* ; Pierre Noreau, « Et le droit, à quoi sert-il ? », dans Pierre Noreau (dir.), *Le droit à tout faire : explorations des fonctions contemporaines du droit*, Montréal, Thémis, 2008, p. 233.

49. François Ost, « Droit et littérature : Variété d'un champ, fécondité d'une approche », (2015) 49 *R.J.T.U.M.* 3, 26.

50. Par opposition aux contrats nommés prévus au *Code civil du Québec*, art. 1708 et s. ; François Ost, « Droit et littérature : Variété d'un champ, fécondité d'une approche », (2015) 49 *R.J.T.U.M.* 3, 27.

torégulation⁵¹. Il fait également appel à la fiction, un procédé appartenant à la pragmatique du droit et qui « consiste d'abord à travestir les faits, à les déclarer autres qu'ils ne sont vraiment, et à tirer de cette adultération même et de cette fausse supposition les conséquences de droit qui s'attacheraient à la vérité que l'on feint, si celle-ci existait sous les dehors qu'on lui prête »⁵². On compte notamment parmi les fictions du droit les présomptions, qui reposent « sur l'incertitude du vrai »⁵³ et les fictions négatives niant l'existence d'un acte ou d'un évènement (notamment un contrat frappé de nullité absolue ou un pardon octroyé en vertu de la prérogative royale)⁵⁴. Le droit crée aussi des relations fictives entre deux ou plusieurs parties, par exemple de nature fiduciaire⁵⁵.

Les définitions juridiques peuvent aussi constituer le berceau de fictions, comme la fameuse définition prévue au paragraphe 174(2) du *Code criminel* qui prévoit : « Est nu, pour l'application du présent article, quiconque est vêtu de façon à offenser la décence ou l'ordre public. »⁵⁶ Notons d'ailleurs que la Cour suprême a considéré cette définition comme une présomption selon laquelle le verbe « est » signifie plutôt « est censé être » nu afin que les personnes entièrement nues soient incluses dans la définition prévue au *Code criminel*⁵⁷.

51. François Ost, « Droit et littérature : Variété d'un champ, fécondité d'une approche », (2015) 49 *R.J.T.U.M.* 3, 27.

52. Yan Thomas, « Fictio Legis. L'empire de la fiction romaine et ses limites médiévales », (1995) 21-22 *Droits – Revue française de théorie juridique* 17 ; cité par Gilles Létourneau, « Les fictions en droit public », dans Ysolde Gendreau (dir.), *Les fictions du droit. Fictions in the Law*, Montréal, Éditions Thémis, 2001, p. 4.

53. Gilles Létourneau, « Les fictions en droit public », dans Ysolde Gendreau (dir.), *Les fictions du droit. Fictions in the Law*, Montréal, Éditions Thémis, 2001, p. 14.

54. Gilles Létourneau, « Les fictions en droit public », dans Ysolde Gendreau (dir.), *Les fictions du droit. Fictions in the Law*, Montréal, Éditions Thémis, 2001, p. 7-8.

55. Gilles Létourneau, « Les fictions en droit public », dans Ysolde Gendreau (dir.), *Les fictions du droit. Fictions in the Law*, Montréal, Éditions Thémis, 2001, p. 10-11.

56. *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, par. 174(2).

57. *R. c. Verrette*, [1978] 2 R.C.S. 838, p. 846-847 : « Dire dans une loi qu'une personne est nue lorsqu'elle est vêtue, c'est créer une fiction légale, que l'on utilise le verbe « est » ou l'expression « est censé être » : même le Parlement ne peut changer la fiction en réalité, quels que soient les mots qu'il utilise. À cause de cette fiction, « nu » à l'al. 170(1)a) conserve le sens habituel du dictionnaire de nudité totale qui est artificiellement élargi pour englober, en vertu du par. 70(2), certaines façons de se vêtir. Conclure autrement impliquerait une déformation injustifiée du sens ordinaire du mot « nu » ; « nu » ne signifie pas « trop dévêtu » ou « dévêtu d'une manière choquante » ; il signifie simplement « complètement dévêtu », sans référence à la décence ou à l'ordre public. » Voir aussi Gilles Létourneau, « Les fictions en droit public », dans Ysolde Gendreau (dir.), *Les fictions du droit. Fictions in the Law*, Montréal, Éditions Thémis, 2001, p. 19.

2.3 L'interprétation du droit et de la littérature

En droit comme en littérature, l'activité interprétative prend une grande place. Dans tous les cas, l'interprète cherche à élucider la signification du texte qu'il lit. En littérature plus particulièrement, l'interprétation consiste en « l'exercice de notre capacité à rendre compte du maximum de cohérence et de complexité du texte »⁵⁸. Les textes littéraires sont constitués « d'énoncés particulièrement riches en significations impliquées »⁵⁹, en plus de pouvoir provenir de contextes éloignés au niveau historique ou géographique qui nécessitent une attention particulière de leur lecteur ou de leur lectrice et parfois même certaines connaissances linguistiques ou encyclopédiques⁶⁰. Un nombre indéfini de significations peuvent être portées par les interprètes, dépendant de leurs aptitudes : « C'est une caractéristique du texte littéraire de s'adapter à la compétence interprétative de son lecteur. Il fournit en général une signification littérale minimale, repérable même par un lecteur fruste. Mais il permet en outre au lecteur perspicace et cultivé de déployer un ensemble de significations secondes, à la mesure de sa culture et de sa compétence symbolique »⁶¹. L'interprétation dépendra également de l'approche préconisée par l'interprète : elle peut notamment être historique, psychanalytique ou encore sociologique⁶². L'approche choisie guidera le lecteur ou la lectrice tout en circonscrivant son interprétation et sa critique de l'œuvre.

58. Kazuhiro Matsuzawa, « Pourquoi et comment interpréter l'œuvre littéraire ? : l'exemple de l'avant-dernier chapitre de *L'Education sentimentale* », Fabula, Colloque Enseigner la littérature à l'université aujourd'hui, 2011, en ligne : <<http://www.fabula.org/colloques/document1534.php>>.

59. Laurent Jenny, *L'interprétation, Méthodes et problèmes*, Genève, Département de français moderne, 2005, en ligne : <<http://www.unige.ch/lettres/framo/enseignements/methodes/interpretation/>>.

60. *Id.*

61. *Id.*

62. Louis Hébert, *L'analyse des textes littéraires. Une méthodologie complète*, Paris, Classiques Garnier, 2015, p. 74. L'interprétation sera aussi guidée par le niveau d'analyse préconisé. Par exemple, l'analyse des formes symboliques d'un texte peut être immanente, poétique ou esthétique. Alors que le premier niveau, ou niveau immanent, s'intéresse au texte lui-même et à son sens littéral, le niveau poétique s'attarde aux processus et conditions de création de l'œuvre étudiée au moment de sa réalisation. Le niveau esthétique correspond quant à lui à la réception de l'œuvre, soit aux perceptions des lecteurs et à la construction des significations. Voir Chahida El Idrissi, « Niveaux d'analyse et situations d'analyse selon Molino et Nattiez », dans Louis Hébert (dir.), *Signo*, Rimouski, 2017, en ligne : <<http://www.signosemio.com/molino-nattiez/niveaux-analyse.pdf>>.

En droit, mentionnons d'abord qu'une distinction s'impose entre le texte et la norme. Selon Pierre-André Côté, « si la disposition législative peut être lue et être interprétée ; seule la règle ou la norme que l'interprète construit à partir du texte peut être appliquée »⁶³. Étayant cette distinction, il explique :

L'acte législatif, c'est-à-dire l'acte juridique qui établit la loi, a pour objet premier des énoncés, des textes, et non pas des normes. L'organe investi du pouvoir législatif ne fabrique pas du droit : il édicte, il modifie et il supprime des textes légaux ; la loi n'est pas, au premier chef, un ensemble de prescriptions, mais un ensemble de textes.⁶⁴

Trois objets d'études entrent ici en interaction : l'interprète, le texte et l'auteur de ce texte. Or, quel poids accorder à chacun d'entre eux ? Dans les deux disciplines, la réponse à cette question variera selon la théorie d'interprétation mobilisée⁶⁵. On pourra notamment soutenir que la signification du texte dépend de l'intention de son auteur, ou encore de la perception de son lecteur. Pour Ronald Dworkin, l'interprète d'une loi doit en déterminer le sens le plus utile politiquement⁶⁶. Autrement, selon Côté, plusieurs sens possibles d'une norme peuvent coexister, chaque sens dépendant de l'interprète du texte⁶⁷, ce qui s'apparente à l'interprétation de la littérature telle que présentée précédemment. Le

63. Pierre-André Côté, *Interprétation des lois*, 3^e éd., Montréal, Thémis, 1999, p. 314. Voir aussi Stéphane Bernatchez, « De la vérité à l'intersubjectivité et du texte au contexte : vers une conception réflexive de l'interprétation du droit », dans Stéphane Beaulac et Mathieu Devinat (dir.), *Interpretatio non cessat. Mélanges en l'honneur de Pierre-André Côté*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2011, p. 81.

64. Pierre-André Côté, « Le mot “chien” n'aboie pas : réflexions sur la matérialité de la loi », dans *Mélanges Paul Amssele*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 281. Voir aussi Stéphane Bernatchez, « De la vérité à l'intersubjectivité et du texte au contexte : vers une conception réflexive de l'interprétation du droit », dans Stéphane Beaulac et Mathieu Devinat (dir.), *Interpretatio non cessat. Mélanges en l'honneur de Pierre-André Côté*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2011, p. 81.

65. En matière de critique littéraire, trois principales écoles coexistent, soit le post-structuralisme (*post-structuralism* ou *deconstructive criticism*), le *new criticism* et l'*intentionalism* : Yu-Jin Tay, « Reading Law as Literature: A Forced Relation », (1996) *U.C.L. Jurisprudence Rev.* 58.

66. Yu-Jin Tay, « Reading Law as Literature: A Forced Relation », (1996) *U.C.L. Jurisprudence Rev.* 58, 69.

67. Pierre-André Côté, « Le sens en droit : entre vérité et validité », (1999) 42 *Revue interdisciplinaire d'Études Juridiques* 7, 10 ; Stéphane Bernatchez, « De la vérité à l'intersubjectivité et du texte au contexte : vers une conception réflexive de l'interprétation du droit », dans Stéphane Beaulac et Mathieu Devinat (dir.), *Interpretatio non cessat. Mélanges en l'honneur de Pierre-André Côté*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2011, p. 82-83.

rôle de l'interprète n'est alors pas de découvrir l'intention du législateur, mais de construire le sens du texte : « il n'y a pas de déjà là du sens indépendamment du sujet qui le construit »⁶⁸. Cette vision s'oppose à celle du professeur Luc B. Tremblay, pour qui il existe un sens « vrai » du texte juridique, « fondé à la fois sur une conception de la vérité-cohérence et la morale politique qui fait intervenir des conceptions du juste et du bien. L'interprétation la plus cohérente avec l'histoire du droit, qui présente le droit sous son meilleur jour, représente la bonne réponse »⁶⁹. Finalement, du point de vue de Gérard Timsit, la production de sens d'une norme relève « de la prédétermination par l'auteur de la norme, de la codétermination par le lecteur ou l'interprète et de la surdétermination par le contexte social »⁷⁰. Selon ce processus de signification, « la complexité de l'opération normative permet de dépasser les limites du solipsisme judiciaire : le juge ne peut simplement énoncer ses propres valeurs »⁷¹.

Certain-e-s sont allé-e-s chercher du côté de la littérature l'inspiration nécessaire pour améliorer ou même remettre en question les techniques d'interprétation du droit et résoudre les conflits d'interprétation. Le mouvement des théories critiques en droit, avançant que l'interprétation législative n'est pas un exercice objectif et que l'interprète est libre de choisir parmi les diverses interprétations possibles d'un texte, a par exemple été influencé

68. Pierre-André Côté, « Le sens en droit : entre vérité et validité », (1999) 42 *Revue interdisciplinaire d'Études Juridiques* 7, 7. Voir aussi Stéphane Bernatchez, « De la vérité à l'intersubjectivité et du texte au contexte : vers une conception réflexive de l'interprétation du droit », dans Stéphane Beaulac et Mathieu Devinat (dir.), *Interpretatio non cessat. Mélanges en l'honneur de Pierre-André Côté*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2011, p. 96.

69. Voir aussi Stéphane Bernatchez, « De la vérité à l'intersubjectivité et du texte au contexte : vers une conception réflexive de l'interprétation du droit », dans Stéphane Beaulac et Mathieu Devinat (dir.), *Interpretatio non cessat. Mélanges en l'honneur de Pierre-André Côté*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2011, p. 83.

70. Stéphane Bernatchez, « De la vérité à l'intersubjectivité et du texte au contexte : vers une conception réflexive de l'interprétation du droit », dans Stéphane Beaulac et Mathieu Devinat (dir.), *Interpretatio non cessat. Mélanges en l'honneur de Pierre-André Côté*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2011, p. 99, référant aux travaux de Gérard Timsit, « Sur l'engendrement du droit », (1988) *Revue de droit public* 39 et Gérard Timsit, *Les noms de la loi*, Paris, P.U.F. 1991.

71. Stéphane Bernatchez, « De la vérité à l'intersubjectivité et du texte au contexte : vers une conception réflexive de l'interprétation du droit », dans Stéphane Beaulac et Mathieu Devinat (dir.), *Interpretatio non cessat. Mélanges en l'honneur de Pierre-André Côté*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2011, p. 99.

par le post-structuralisme littéraire et la technique d'interprétation de la déconstruction⁷², elle-même issue de la philosophie⁷³.

Cette importation, dans le droit, de techniques d'interprétation littéraire en fait toutefois sourciller plus d'un. Selon Posner, notamment, l'interprétation littéraire et l'interprétation juridique ne peuvent être confondues, l'éloignement temporel de l'œuvre interprétée étant généralement plus important dans le premier cas que dans le second. Également, toujours selon cet auteur, alors que le juriste cherche l'intention du législateur et peut considérer le contexte d'adoption d'une loi, le critique littéraire ne considère que l'œuvre en elle-même. Cette affirmation mérite toutefois, semble-t-il, d'être tempérée en fonction de l'approche et du niveau d'analyse choisi par l'interprète littéraire⁷⁴. Pour l'avocat Yu-Jin Tay, aussi, l'analogie « droit *comme* littérature » en est une qui est pour le moins exagérée et forcée, un texte législatif ne pouvant être interprété de la même manière qu'un texte littéraire, tel un poème⁷⁵.

Bien qu'une fusion ou une importation des techniques d'interprétation dans les deux disciplines puisse être critiquable, il est possible d'affirmer que l'interprétation, en elle-même, joue un rôle prédominant pour chacune, ce qui peut justifier l'intérêt du droit pour la littérature. Mentionnons toutefois que, chez Dworkin notamment :

La fameuse analogie entre l'interprétation juridique et l'interprétation littéraire [...] n'est pas unilatérale ; le droit n'est aucunement subsumé sous un modèle de lecture "littéraire". Tant le droit que la littérature sont désignés par Dworkin comme communiant au phénomène interprétatif. C'est pourquoi, de la même façon que

72. Yu-Jin Tay, « Reading Law as Literature: A Forced Relation », (1996) *U.C.L. Jurisprudence Rev.* 58, 68.

73. Chez le philosophe français Jacques Derrida, le terme « déconstruction » était utilisé dans le but de « défaire, décomposer, désédimenter des structures (toutes sortes de structures, linguistiques, "logocentriques", "phonocentriques" – le structuralisme étant surtout dominé alors par des modèles linguistiques, de la linguistique dite structurale qu'on disait aussi saussurienne –, socio-institutionnelles, politiques, culturelles et surtout, et d'abord, philosophiques). » Jacques Derrida, *Psyché. Invention de l'autre*, Paris, Galilée, 1987, p. 390 ; voir aussi Serpil Tunç Ütebay, *Justice en tant que loi, justice au-delà de la loi. Hobbes, Derrida et les Critical Legal Studies*, Paris, L'Harmattan, 2017, p. 72.

74. À ce sujet, voir notamment la note 62 à l'égard des niveaux d'analyse symbolique.

75. Pour plus de détails, voir Yu-Jin Tay, « Reading Law as Literature: A Forced Relation », (1996) *U.C.L. Jurisprudence Rev.* 58.

l'interprétation artistique peut nous aider à mieux comprendre la nature de l'interprétation juridique, l'interprétation juridique – une fois éclaircie – pourra servir à son tour de paradigme à la compréhension du travail de l'interprétation en général.⁷⁶

CONCLUSION

En somme, il convient de reconnaître que le droit diffère de la littérature, que ce soit au niveau de leurs rôles⁷⁷, de leurs styles de rédaction⁷⁸ ou des personnages qu'ils produisent⁷⁹, pour ne nommer que ceux-là. L'interprétation du droit est de plus régie par ses règles propres, établies par la jurisprudence et la loi⁸⁰.

Toutefois, certaines similitudes entre les deux disciplines méritent d'être soulignées, partant, bien sûr, de l'usage des mots. Bien que le droit ne soit pas, du moins généralement, une création aussi artistique que la littérature, il n'en demeure pas moins que, dans les deux cas, ce sont ces enchaînements de mots qui créent

-
76. Ioannis Papadopoulos, *Pratiques juridiques interprétatives et herméneutique littéraire. Variations autour d'un thème de Ronald Dworkin*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 1998, p. 20 ; référant au texte de Ronald Dworkin, « Law as Interpretation », (1982) 60-3 *Texas Law Review* 373.
 77. Selon Ost, alors que le droit cherche à imposer une certaine stabilité sociale, la littérature, libre de telles contraintes, surprend son lecteur, l'émerveille, le dérange : F. Ost, « Droit et littérature : Variété d'un champ, fécondité d'une approche », (2015) 49 *R.J.T.U.M.* 3, 20.
 78. Le droit et la littérature s'opposent également en ce que le premier reste général et abstrait, contrairement à la seconde qui est plutôt dans le registre du particulier et du concret : F. Ost, « Droit et littérature : Variété d'un champ, fécondité d'une approche », (2015) 49 *R.J.T.U.M.* 3, 24.
 79. Selon Ost, citant les travaux de Christian Biet, *Droit et littérature sous l'Ancien Régime. Le jeu de la valeur et de la loi*, Paris, Honoré Champion, 2002, p. 98, le statut des individus produits par le droit et par la littérature est différent : le premier « produit des personnes » ; la seconde, des personnages. Ost explique : « La personne juridique, c'est le rôle stéréotypé, doté d'un statut (droits et devoirs) convenu. Dans la mise en scène qu'il opère de la vie sociale, le droit durcit le trait – affublant les individus d'un masque normatif (persona, c'est, à Rome, le masque de théâtre qui tout à la fois amplifie la voie et facilite l'identification du rôle). Ces personnes juridiques sont dotées d'un rôle exemplaire destiné à servir de référence au comportement standard attendu des citoyens : le « bon père de famille » croise l'« usager prudent et avisé », le « concurrent loyal » fait commerce avec le « professionnel diligent ». Tout le contraire des « personnages » littéraires dont l'ambivalence de leur nature n'a souvent d'égal que l'ambiguïté des situations qu'ils affrontent. [...] Alors que le droit consacre des rôles normalisés, la fable joue systématiquement les changements d'échelle ». François Ost, « Droit et littérature : Variété d'un champ, fécondité d'une approche », (2015) 49 *R.J.T.U.M.* 3, 22-23.
 80. Voir notamment la *Loi d'interprétation*, L.R.C. 1985, c. I-21 et la *Loi d'interprétation*, RLRQ, c. I-16.

des significations, décrivent des réalités, construisent des imaginaires ; ces mots encore qui sont lus, questionnés et interprétés. Ces mots, autant en droit qu'en littérature, détiennent des pouvoirs parfois inestimés.

*Words are, in my not so humble opinion, our most
inexhaustible source of magic,
capable of both influencing injury, and remedying it.*

– Albus Dumbledore
(J.K. Rowling, *Harry Potter and The Deathly Hallows*, 2007)

BIBLIOGRAPHIE

Législation

Charte canadienne des droits et libertés.

Charte des droits et libertés de la personne, RLRQ, c. C-12.

Code civil du Québec, RLRQ, C-CCQ.

Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46.

Décret établissant la Journée nationale des Patriotes.

Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. 1985, c. C-42.

Loi sur l'hymne national, L.R.C. 1985, c. N-2.

Loi d'interprétation, L.R.C. 1985, c. I-21.

Loi d'interprétation, RLRQ, c. I-16.

Jurisprudence

Desmeules c. Faubert (C.Q., 1995-12-21), SOQUIJ AZ-51087100.

Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick, 2008 CSC 9.

Edwards v. Canada (Attorney General), [1930] 1 D.L.R. 98, 107.

Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général), [1989] 1 RCS 927.

R. c. Mailhot (C.P.S., 1979-05-08), SOQUIJ AZ-51087097.

R. c. Verrette, [1978] 2 RCS 838.

Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe, 2004 CSC 79.

Doctrine

Arnold, T. W., « Law as Symbolism », dans V. Aubert (dir.), *Sociology of Law*, Baltimore, Penguin Books, 1969.

Bernatchez, S., « De la vérité à l'intersubjectivité et du texte au contexte : vers une conception réflexive de l'interprétation du droit », dans Stéphane Beaulac et Mathieu Devinat (dir.), *Interpretatio non cessat. Mélanges en l'honneur de Pierre-André Côté*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2011

Biet, C., *Droit et littérature sous l'Ancien Régime. Le jeu de la valeur et de la loi*, Paris, Honoré Champion, 2002.

- Bonnan, J.-C., « Écrire le droit pour commander. Technique et signification de l'écriture dans quelques droits orientaux », dans Claude Thomasset et Danièle Bourcier, *Interpréter le droit : Le sens, l'interprète, la machine*, Bruxelles, Bruylant, 1997.
- Caron, V., « Alice au pays des merveilles dans le monde juridique », (2017) 47-2 *Revue générale de droit* 433.
- Côté, P.-A., *Interprétation des lois*, 3^e éd., Montréal, Thémis, 1999.
- Côté, P.-A., *Interprétation des lois*, 4^e éd., Montréal, Thémis, 2009.
- Côté, P.-A., « Le mot “chien” n’aboie pas : réflexions sur la matérialité de la loi », dans *Mélanges Paul Amselek*, Bruxelles, Bruylant, 2005.
- Côté, P.-A., « Le sens en droit : entre vérité et validité », (1999) 42 *Revue interdisciplinaire d'Études Juridiques* 7.
- Culler, J., *Structuralist Poetics. Structuralism, Linguistics and the Study of Literature*, Cornell University Press, 1976.
- Derrida, J., *Psyché. Invention de l'autre*, Paris, Galilée, 1987.
- Dictionnaire de droit québécois et canadien*, 2016, en ligne : <<https://dictionnaireid.caij.qc.ca/>>.
- Dore, I. I., *The Epistemological Foundations of Law. Readings and Commentary*, Durham, Carolina Academic Press, 2007.
- Dworkin, R., « Law as Interpretation », (1982) 60-3 *Texas Law Review* 373.
- Dworkin, R., *Law's Empire*, Cambridge, Harvard University Press, 1986.
- El Idrissi, C., « Niveaux d'analyse et situations d'analyse selon Molino et Nattiez », dans Louis Hébert (dir.), *Signo*, Rimouski, 2017, en ligne : <<http://www.signosemio.com/molino-nattiez/niveaux-analyse.pdf>>.
- Freedman, S., « The Law as Literature », (1984) 49 *Sask. L. Rev.* 319.
- Goyard-Fabre, S., *La normativité du droit. Son autorité ; sa légitimité*, Paris, Edilivre, 2015.
- Hébert L., *L'analyse des textes littéraires. Une méthodologie complète*, Paris, Classiques Garnier, 2015.

- Jenny, L., *L'interprétation, Méthodes et problèmes*, Genève, Département de français moderne, 2005, en ligne : <<http://www.unige.ch/lettres/framo/enseignements/methodes/interpretation/>>.
- Létourneau, G., « Les fictions en droit public », dans Ysolde Gendreau (dir.), *Les fictions du droit. Fictions in the Law*, Montréal, Éditions Thémis, 2001.
- Levinson, S., « Law as Literature », (1982) 60-3 *Texas Law Review* 373.
- Makela, F., « Des champs et des clôtures : la métaphore et la recherche interdisciplinaire », dans Violaine Lemay et Frédéric Darbellay (dir.), *L'interdisciplinarité racontée. Chercher hors frontières, vivre l'interculturalité*, Berne, Peter Lang, 2014.
- Matsuzawa, K., « Pourquoi et comment interpréter l'œuvre littéraire ? : l'exemple de l'avant-dernier chapitre de *L'Éducation sentimentale* », Fabula, Colloque Enseigner la littérature à l'université aujourd'hui, 2011, en ligne : <<http://www.fabula.org/colloques/document1534.php>>.
- Minda, G., « Cool Jazz but Not So Hot Literary Text in Lawyerland: James Boyd White's Improvisations of Law as Literature », (2001) 13 *Cardozo Stud. L. & Literature* 157.
- Noreau, N., « Et le droit, à quoi sert-il ? », dans Pierre Noreau (dir.), *Le droit à tout faire : explorations des fonctions contemporaines du droit*, Montréal, Thémis, 2008.
- Noreau, P., « De la force symbolique du droit », dans Catherine Thibierge (dir.), *La force normative. Naissance d'un concept*, Paris, Lextenso éditions, 2009.
- Ost, F., « Droit et littérature : Variété d'un champ, fécondité d'une approche », (2015) 49 *R.J.T.U.M.* 3.
- Papadopoulos, I., *Pratiques juridiques interprétatives et herméneutique littéraire. Variations autour d'un thème de Ronald Dworkin*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 1998.
- Posner, R. A., *Law and Literature*, Cambridge, Harvard University Press, 1998.
- Schwabach, A., « Harry Potter and the Unforgivable Curses: Norm-formation, Inconsistency, and the Rule of law in the

- Wizarding World », (2006) 11-2 *Roger Williams University Law Review* 309.
- Tay, Y.-J., « Reading Law as Literature: A Forced Relation », (1996) *U.C.L. Jurisprudence Rev.* 58.
- Thomas, Y. « Fictio Legis. L'empire de la fiction romaine et ses limites médiévales », (1995) 21-22 *Droits – Revue française de théorie juridique* 17.
- Timsit, G., *Les noms de la loi*, Paris, P.U.F. 1991.
- Timsit, G., « Sur l'engendrement du droit », (1988) *Revue de droit public* 39.
- Todorov, T., *La littérature en péril*, Paris, Éditions Flammarion, 2007.
- Ütebay, S. T., *Justice en tant que loi, justice au-delà de la loi. Hobbes, Derrida et les Critical Legal Studies*, Paris, L'Harmattan, 2017.
- White, J. B., *From Expectation to Experience: Essays on Law and Legal Education*, Ann Arbor, University of Michigan Press, 1999.
- White, J. B., *Heracles' Bow*, Madison, University of Wisconsin, 1985.
- White, J. B., *Justice as Translation: An Essay in Cultural and Legal Criticism*, 1990.

Le principe de l'acte clair existe-t-il toujours en droit civil des contrats ?

Martin F. SHEEHAN Ad. E., Nikolas BLANCHETTE
et Nicolas-Karl PERRAULT

Résumé

Le principe de l'acte clair a pour corollaire le rôle limité du tribunal d'appliquer les termes d'un contrat à la situation factuelle en cause en présence d'un libellé clair. En revanche, il existe une certaine tendance jurisprudentielle privilégiant une recherche de l'intention véritable des parties même en présence d'un texte clair. Le présent texte traite de l'évolution de l'approche des tribunaux relativement à l'application du principe de l'acte clair à la lumière des récents arrêts AES, Jean Coutu et Uniprix. Le texte s'attarde ensuite à l'analyse de deux mécanismes devant être privilégiés pour éviter une application large du principe de la recherche de l'intention véritable des parties : la préinterprétation du contrat et l'administration des règles de preuve concernant la prohibition testimoniale pour contredire les termes d'un acte juridique constaté par un écrit et son admissibilité pour interpréter un écrit ou compléter un écrit manifestement incomplet.

Le principe de l'acte clair existe-t-il toujours en droit civil des contrats ?

Martin F. SHEEHAN Ad. E.*, Nikolas BLANCHETTE**
et Nicolas-Karl PERRAULT***

I- INTRODUCTION	199
II- L'APPROCHE HISTORIQUE CENTRÉE SUR LE TEXTE DU CONTRAT.	202
III- APPROCHE CONTEMPORAINE CENTRÉE SUR LA RECHERCHE DE L'INTENTION VÉRITABLE DES PARTIES.	205
A- Une approche des tribunaux centrée sur la recherche de l'intention véritable des parties depuis le début du XXI ^e siècle	205

* Martin F. Sheehan Ad. E est co-responsable du groupe national de litige chez Fasken. Il se spécialise en litige commercial et agit pour le compte d'entreprises et de leurs assureurs dans les domaines de la responsabilité commerciale, professionnelle et du fabricant. En plus de plaider devant les tribunaux de toutes les juridictions incluant la Cour suprême du Canada, il possède une connaissance approfondie des méthodes de règlement extrajudiciaire des conflits.

** Nikolas Blanchette est associé chez Fasken. Il est le leader du groupe de pratique en litige immobilier au bureau de Montréal. Il concentre sa pratique en litige commercial, immobilier et contractuel, incluant l'expropriation. Il plaide régulièrement devant les tribunaux civils et administratifs québécois et il a eu l'occasion de plaider devant la Cour suprême du Canada.

*** Nicolas-Karl Perrault est avocat chez Fasken. Il exerce dans le domaine des litiges civils et commerciaux et s'occupe notamment de questions touchant l'interprétation de contrats, les relations franchiseur-franchisé, les clauses de non-concurrence, de non-sollicitation et de confidentialité, la résiliation de contrats et l'abus du droit contractuel. Il exerce également dans les domaines du droit de la consommation, de la responsabilité du fabricant, du droit de la construction et des recours collectifs.

B-	L'arrêt AES de la CSC et la primauté de la volonté réelle des parties (<i>negotium</i>) sur l'intention déclarée (<i>instrumentum</i>)	209
IV-	APPROCHE REVISITÉE PAR LA CSC DEPUIS LES ARRÊTS JEAN COUTU ET UNIPRIX	211
A-	L'arrêt Jean Coutu de la CSC et la distinction à faire entre l'objet, la cause et les conséquences du contrat	211
B-	Le principe de l'acte clair à la lumière de l'arrêt Uniprix	213
C-	Les enseignements de l'arrêt Uniprix quant à la qualification d'un contrat	216
D-	Conciliation de la primauté de la recherche de l'intention véritable des parties avec le principe de l'acte clair	219
V-	L'EXERCICE DE PRÉINTERPRÉTATION COMME PREMIER REMPART À UNE APPLICATION TROP LARGE DU PRINCIPE DE LA RECHERCHE DE L'INTENTION VÉRITABLE DES PARTIES	220
A-	L'exercice de préinterprétation du contrat	220
B-	Qu'est-ce qu'un texte clair ?	226
VI-	LES RÈGLES DE PREUVE COMME DEUXIÈME REMPART À UNE APPLICATION TROP LARGE DU PRINCIPE DE LA RECHERCHE DE L'INTENTION VÉRITABLE DES PARTIES	229
A-	La prohibition de la preuve testimoniale (2863 C.c.Q.)	230
B-	L'admissibilité de la preuve testimoniale pour interpréter un écrit (2864 C.c.Q.)	235
C-	L'écrit manifestement incomplet (2864 C.c.Q.)	236
VII-	CONCLUSION	237

I- INTRODUCTION

Alors que le contrat est avant tout constitué d'un accord de volonté se formant par le seul échange de consentement des parties, notre système de droit civil reconnaît également l'importance de constater le contrat par écrit. À cet égard, l'écrit a toujours joué un rôle déterminant au niveau de la stabilité et de la prévisibilité des relations contractuelles. Le principe de l'acte clair, historiquement reconnu par la doctrine et les tribunaux québécois, veut qu'en présence d'un libellé clair du contrat, le rôle du tribunal se limite à en appliquer les termes au cas d'espèce. Toutefois, comment peut-on réconcilier le principe de l'acte clair et les règles de preuve qui le sous-tendent avec le principe énoncé à l'article 1425 C.c.Q. voulant que le tribunal doive « rechercher quelle a été la commune intention des parties plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes utilisés » ?

Bien qu'une certaine tendance jurisprudentielle privilégiant la thèse de la recherche de l'intention véritable des parties même en présence d'un texte clair ait été observée au cours des dernières années et que le principe de l'acte clair ait été critiqué par certains auteurs, une analyse des trois arrêts marquants rendus par la Cour suprême du Canada dans *Québec (Agence du revenu) c. Services Environnementaux AES inc.*¹ (« **AES** ») en 2013, dans *Le Groupe Jean Coutu (PJC) inc. c. Canada (Procureur général)*² (« **Jean Coutu** ») et dans *Uniprix c. Gestion Gosselin et Bérubé inc.*³ en 2017 (« **Uniprix** ») révèle que ce principe est toujours d'actualité.

Les auteurs du présent article analysent l'évolution de l'approche des tribunaux relativement au principe de l'acte clair à la lumière des derniers développements jurisprudentiels, dont les arrêts AES, Jean Coutu et Uniprix. Ensuite, ils tracent les contours du processus d'interprétation du contrat à deux étapes qu'exige le principe de l'acte clair. Finalement, ils portent un regard critique

1. 2013 CSC 65.

2. 2016 CSC 55.

3. 2017 CSC 43.

sur la façon dont les règles de preuve énoncées aux articles 2863 à 2865 C.c.Q. peuvent s'insérer dans le cadre de ce processus.

* * *

Consacrant le principe du consensualisme, le *Code civil du Québec* (« **Code civil** » ou « **C.c.Q.** ») définit le contrat comme étant un « accord de volonté »⁴, lequel, sauf exception, « se forme par le seul échange de consentement » des parties⁵. En raison des règles de preuve énoncées au C.c.Q.⁶ et conformément à la pratique courante, le contrat est souvent constaté par un acte sous seing privé, c'est-à-dire un écrit portant la signature des parties⁷. Toutefois, l'essence du contrat demeure le concept immatériel qu'est la volonté réelle des parties (*negotium*), par opposition au texte du contrat, soit l'instrument qui doit le constater (*instrumentum*).

En présence d'une entente impliquant des enjeux financiers importants, des obligations complexes ou une relation contractuelle à long terme, il est normal pour les parties de vouloir que les différentes modalités du contrat soient comprises dans un texte auquel elles pourront se référer dans l'avenir, d'autant plus que le contrat est considéré comme la loi des parties⁸.

Tout comme la législation, le texte du contrat joue un rôle important dans notre système de droit civil. Il vise notamment à assurer la stabilité et la prévisibilité de son contenu. Tel qu'en font foi les différentes règles énoncées au C.c.Q., il vise aussi à permettre la preuve des modalités de l'entente entre les parties⁹ ou à valider l'existence de l'entente lorsque le C.c.Q. impose l'utilisation de l'écrit pour certains types d'ententes¹⁰. Dans cette perspective, les parties à un contrat (ou du moins la partie qui le rédige) prennent généralement grand soin de faire en sorte que le

4. C.c.Q., art. 1378.

5. *Id.*, art. 1385.

6. Voir par exemple l'article 2862 C.c.Q. qui empêche les parties de faire la preuve d'un acte juridique, tel un contrat, par témoignage lorsque la valeur du litige excède 1 500 \$.

7. *Id.*, art. 2826.

8. *Caisse populaire de Maniwaki c. Giroux*, [1993] 1 RCS 282.

9. C.c.Q., art. 2862-2865.

10. C.c.Q., art. 83, 440, 722, 1013, 1059, 1190, 1212, 1218, 1653, 1824, 2089, 2166, 2640, 2693 et 2696.

texte du contrat soit à la fois exhaustif et clair. Ce souci se reflète souvent par la longueur des clauses, l'utilisation d'énumérations et de termes définis visant à parer à toute éventualité et à évaluer toute ambiguïté. Le soin méticuleux qui peut être apporté à la rédaction du contrat n'élimine toutefois pas la possibilité qu'un litige naisse quant aux obligations respectives des parties, et ce, même si les termes explicites du contrat semblent, à leur face même, parfaitement clairs.

Le principe de l'acte clair, reconnu par les tribunaux, veut qu'en présence d'un libellé clair du contrat, le rôle du tribunal se limite à en appliquer les termes au cas d'espèce¹¹. En principe, cette règle peut donc permettre à la partie qui l'invoque et au tribunal de limiter le débat. Jumelée aux règles de preuve empêchant de contredire les termes d'un écrit, cette règle empêcherait même que la preuve d'éléments extrinsèques au contrat ne soit administrée devant le tribunal pour compléter ou même expliquer l'acte écrit¹².

L'article 1425 C.c.Q. énonce que, dans l'interprétation du contrat, le tribunal doit « rechercher quelle a été la commune intention des parties plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes utilisés ». De ce fait, le législateur semble vouloir faire primer la volonté réelle des parties sur le texte du contrat. Le principe énoncé dans ce texte semble de ce fait contredire le principe de l'acte clair en exigeant que le tribunal puisse aller au-delà du texte pour rechercher l'intention commune des parties.

Par ailleurs, l'article 1426 C.c.Q. prévoit que l'on doit tenir compte « de sa nature, des circonstances dans lesquelles il a été conclu, de l'interprétation que les parties lui ont déjà donnée ou qu'il peut avoir reçue, ainsi que des usages ». Est-ce à dire que le tribunal doit procéder à un exercice complet d'interprétation du contrat conformément aux articles 1425 à 1432 C.c.Q. dans tous les cas, et ce, même en présence d'un texte clair ?

-
11. *Uniprix c. Gestion Gosselin et Bérubé inc.*, 2017 CSC 43, par. 36 ; *Hersberger c. Hydro-Québec*, 2008 QCCS 3436, par. 460 ; *Centre de santé et de services sociaux de l'Énergie c. Compagnie Travelers garantie du Canada*, 2012 QCCS 797, par. 36.
 12. *Eli Lilly & Co. c. Novopharm Ltd.*, [1998] 2 R.C.S. 129, par. 55 ; *R. c. Horse*, [1988] 1 R.C.S. 187, par. 37 ; *Sobeys Québec Inc. c. Coopérative des consommateurs de Ste-Foy*, 2005 QCCA 1172, par. 53-57 ; *Gagnon c. Suncor Énergie inc.*, 2014 QCCS 3669, par. 36.

Marquant une certaine évolution quant à l'approche historique centrée sur le texte du contrat, certaines décisions rendues ces dernières années ont privilégié la thèse de la recherche de l'intention véritable des parties alors même que le libellé du contrat semblait clair à première vue. Que faire alors de la règle énoncée à l'article 2863 C.c.Q. prévoyant que les parties ne peuvent, par leur témoignage, chercher à contredire les termes d'un contrat constaté par un écrit ? Le principe de l'acte clair est-il toujours pertinent et quel impact est-il susceptible d'avoir sur le déroulement du procès ou le raisonnement du tribunal ?

La question centrale à laquelle nous tenterons de répondre dans cet article est la suivante : que faire lorsque l'une des parties au contrat prétend que le texte clair ne reflète pas l'intention commune des parties ?

Afin de répondre à cette question, nous analyserons notamment l'enseignement récent de la CSC dans les arrêts AES, Jean Coutu et Uniprix de même que dans la jurisprudence récente des tribunaux québécois en matière d'interprétation des contrats. Nous traiterons également des règles de preuve énoncées aux articles 2363 à 2365 C.c.Q. concernant l'admissibilité en preuve de la preuve testimoniale pour contredire, changer ou compléter un acte juridique constaté par un écrit.

II- L'APPROCHE HISTORIQUE CENTRÉE SUR LE TEXTE DU CONTRAT

Comme le souligne l'auteur Gendron¹³, le principe selon lequel un contrat dont le texte est clair ne doit pas être interprété, trouve son origine à l'époque des juriconsultes romains. Bien que la recherche de l'intention des parties ait toujours été au cœur de l'interprétation des contrats, les tribunaux de *common law* et les tribunaux de droit civil ont historiquement mis l'accent sur le texte du contrat, celui-ci étant présumé refléter l'intention véritable des parties¹⁴.

13. François GENDRON, *L'interprétation des contrats*, 2^e éd., Montréal, Wilson et Lafleur, 2016, p. 27.

14. *Beaulac c. Desrosiers*, 2003 CanLII 33362 (QC CS) ; *STMicroelectronics Inc. c. Matrox Graphics Inc.*, 2007 QCCA 1784 citant Hugh BEALE CHITTY, *Chitty on Contracts*, 28^e éd., Vol. 1, Londres, Sweet & Maxwell, 1999, 12-043.

L'analyse des termes employés par les parties, replacés dans leur contexte, devait être privilégiée. Celle-ci était réputée représenter plus fidèlement la volonté des parties que des faits extérieurs au contrat : par exemple, les témoignages des parties *ex post facto* quant à leur propre compréhension du contrat ou encore l'interprétation du juge sur ce que devait être leur intention¹⁵.

Confrontée à un contrat dont le texte est clair, cette approche suppose que le recours aux usages, aux négociations précontractuelles, à la logique commerciale, à la nature du contrat ou à toute autre méthode d'interprétation ne serait susceptible que de trahir ou modifier la volonté réelle des parties qui a été consignée dans leur écrit¹⁶. La juge Sophie Picard de la Cour supérieure a d'ailleurs récemment réitéré ce principe dans l'affaire *Groupe Leyton Finder Expert inc. c. Groupe Ultragen ltée*¹⁷.

En d'autres termes, pourquoi interroger le vent, scruter les étoiles et inspecter la mousse des arbres dans l'espoir de trouver le nord quand l'on tient une boussole qui pointe déjà dans la bonne direction ?

Tel que l'énonçait le juge en chef François Lemieux, cité avec approbation par la CSC dans l'arrêt *Desgagné c. Fabrique de la paroisse St-Philippe d'Arvida*¹⁸, « quand une loi est claire, qu'un texte est précis, qu'un contrat [...] ne prête à aucune équivoque, il ne faut pas en éluder la lettre sous prétexte d'en pénétrer l'esprit ». Cette citation résume de façon éloquente l'attitude adoptée historiquement par les tribunaux relativement au principe de l'acte clair.

Sous l'empire du *Code civil du Bas-Canada* (« **C.c.B.-C.** »), la CSC a reconnu ce principe dans les arrêts *Alexis Nihon Co. Ltd. c. Dupuis*¹⁹ et *Banque nationale de Grèce (Canada) c. Katsikanouris*²⁰.

15. Voir par exemple : *Laroche c. Laroche*, 2006 QCCS 5531 ; Gérard TRUDEL, *Traité de droit civil du Québec*, tome 7, Montréal, Wilson & Lafleur, 1942, p. 274.

16. *Droit de la famille - 1544*, 1992 CanLII 3971 (QC CA) ; *Commission des accidents du travail c. Tardif*, [1971] CA 238.

17. 2014 QCCS 5465 citant Jean-Louis BAUDOUIN et Pierre-Gabriel JOBIN, *Les obligations*, 7^e éd., Montréal, Éditions Yvon Blais, 2013, p. 491 et 492 ; Jean PINEAU, Daniel BURMAN et Serge GAUDET, *Théorie des obligations*, 4^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2001, p. 400 et 401 ; Didier LLUELLES et Benoît MOORE, *Droit des obligations*, Montréal, Éditions Thémis, 2006, p. 834 et 835.

18. *Desgagné c. Fabrique de la paroisse St-Philippe d'Arvida*, [1984] 1 R.C.S. 19.

19. [1960] R.C.S. 53.

20. [1990] 2 R.C.S. 1029.

Alors que le Code civil actuel met de l'avant plusieurs concepts fondés sur l'équité, la bonne foi et l'intervention judiciaire dans l'interprétation et la modification du contenu du contrat²¹, les dispositions du C.c.B.-C. témoignaient, quant à elles, du souci de promouvoir le principe de la stabilité des contrats²². Notamment, la nécessité de l'existence d'un doute sur l'intention des parties était énoncée comme condition préalable à l'interprétation du contrat à l'article 1013 C.c.B.-C. :

Lorsque la commune intention des parties dans un contrat est douteuse, elle doit être déterminée par interprétation plutôt que par le sens littéral des termes du contrat.

De même, l'article 1016 C.c.B.-C. faisait expressément référence au concept d'ambiguïté :

Ce qui est ambigu s'interprète par ce qui est d'usage dans le pays où le contrat est passé.

Or, l'article 1425 C.c.Q. ne fait aucune mention de la nécessité d'un doute ou d'une ambiguïté pour permettre au tribunal d'interpréter le contrat et précise que l'interprétation du contrat demande que l'on recherche la commune intention des parties :

1425. Dans l'interprétation du contrat, on doit rechercher quelle a été la commune intention des parties plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes utilisés.

Malgré l'absence d'une disposition à cet effet dans le Code civil, la jurisprudence a toutefois reconnu à maintes reprises le principe selon lequel un contrat dont les termes sont clairs ne doit pas être interprété, mais simplement appliqué à la situation factuelle en cause²³. Dans le même esprit et malgré le retrait de toute mention à cet égard dans le Code civil, la jurisprudence a

21. C.c.Q., art. 6, 7, 1375, 1425-1432, 1435, 1436, 1437 et 1623.

22. J.-L. BAUDOUIN et P.-G. JOBIN, préc., note 17, p. 212.

23. *Entreprises Rioux & Nadeau inc. c. Société de récupération, d'exploitation et de développement forestiers du Québec (Rexfor)*, 2000 CanLII 30071 (QC CA) ; *Allaire (Succession de) c. Allaire*, 2003 CanLII 25713 (QC CS) ; *Lemarié c. Corporation de Sainte-Angele*, (1920) 26 RJ 317, 328 (C rév) ; *Amparo Construction c. Cie d'assurance Standard*, [1986] R.J.Q. 2030 (CS) ; Frédéric LEVESQUE, *Précis de droit québécois des obligations : contrat, responsabilité, exécution et extinction*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2014.

confirmé que l'existence d'une ambiguïté est une condition nécessaire, impérative et préalable à toute tentative d'interprétation du contrat par le tribunal²⁴. Cette ambiguïté peut apparaître du texte lui-même ou de la confrontation entre le texte et les faits en cause²⁵.

La doctrine moderne reconnaît également l'existence du principe de l'acte clair²⁶, quoique certains auteurs soient d'avis que ce principe souffre d'importantes limites²⁷. Nous traiterons plus amplement des commentaires de ces auteurs dans la section suivante.

III- APPROCHE CONTEMPORAINE CENTRÉE SUR LA RECHERCHE DE L'INTENTION VÉRITABLE DES PARTIES

Il existe une contradiction, du moins apparente, entre le principe de l'acte clair et l'accent mis sur la primauté de l'intention commune des parties. Lorsqu'une partie soutient que le texte clair du contrat contredit l'intention commune des parties et qu'elle propose de faire la preuve de cette intention, par l'entremise d'éléments extrinsèques au contrat et par son témoignage, le principe de l'acte clair doit-il être mis hors de cause pour autant ?

A- Une approche des tribunaux centrée sur la recherche de l'intention véritable des parties depuis le début du XXI^e siècle

Le principe de l'acte clair n'a jamais cessé d'être invoqué par les avocats et les tribunaux pour soutenir une interprétation littérale fondée sur le texte du contrat. Toutefois, certains jugements et arrêts rendus dans ces dernières années ont semblé remettre en question la pertinence de cette règle en privilégiant la recherche

24. *Laroche c. Laroche*, 2006 QCCS 5531 ; *Gagné c. 9141-1561 Québec inc.*, 2008 QCCS 4710.

25. *Haddad c. Groupe Jean Coutu (PJC) inc.*, 2010 QCCA 2215 ; *Pépin c. Pépin*, 2012 QCCA 1661 ; *Rouge Resto-bar Inc. c. Zoom Média inc.*, 2013 QCCA 443.

26. J.-L. BAUDOUIN et P.-G. JOBIN, préc., note 17, n° 413 ; F. GENDRON, préc., note 13, p. 29 ; Didier LLUELLES et Benoît MOORE, *Droit des obligations*, 2^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2012, n° 1570.

27. F. GENDRON, préc., note 13, p. 29-37.

de l'intention commune des parties, et ce, malgré l'absence d'ambiguïté dans les termes explicites du contrat.

Dans l'arrêt *Sobeys Québec inc. c. Coopérative des consommateurs de Ste-Foy* (« **Sobeys** »), la juge Bich de la Cour d'appel, citant les auteurs Baudouin, Jobin et Gendron, souligne qu'on ne peut ignorer que la volonté déclarée par les contractants ne traduit pas toujours fidèlement leur volonté réelle²⁸. Bien qu'elle réitère l'importance du texte dans l'exercice d'interprétation, la Cour d'appel semble exclure ou du moins diminuer la portée du principe de l'acte clair comme élément constitutif en matière d'interprétation des contrats :

[50] Bref, s'il est vrai que la jurisprudence, comme la doctrine du reste, affirme parfois que l'on n'a pas à interpréter ce qui est clair [références omises], il demeure néanmoins que ce qui est ou paraît clair n'est pas toujours exact et peut donc requérir interprétation. L'exercice consistera alors à chercher, à travers mais aussi au-delà de la volonté déclarée, la volonté réelle des parties, c'est-à-dire leur véritable intention commune, intention dont il faudra bien sûr faire la preuve.

[51] Les articles 1425 et 1426 C.c.Q. consacrent cette primauté de la volonté réelle sur la volonté déclarée des parties en disposant que : [...]

[52] Le principe de la primauté de la volonté réelle, que nos tribunaux ont avalisé [références omises], n'est cependant pas absolu, en ce qu'il n'emporte pas que l'on doive faire totalement abstraction de la lettre du contrat, lorsque celui-ci a été consigné par écrit. L'écrit par lequel les parties choisissent de constater leur entente est, après tout, la première manifestation de leur commune intention. Ce texte, qui doit être envisagé dans sa globalité et son contexte, en fonction de son objet, selon les articles 1426 à 1428 C.c.Q. [références omises], revêt donc une importance particulière dans l'exercice interprétatif. [...]

[53] Ainsi, dans la mesure où une partie réussit à prouver que la volonté réelle des parties ou, si l'on préfère, leur véritable et commune intention, est autre que celle qu'exprime ou paraît exprimer le texte du contrat, c'est alors cette volonté, cette intention, qui doit prévaloir.

28. 2005 QCCA 1172, par. 47.

Toutefois, la juge Bich rappelle que la preuve de la véritable intention des parties est difficile à faire et parfois même prohibée par l'article 2863 C.c.Q. Cet article n'étant toutefois pas d'ordre public et puisqu'aucune objection n'avait été formulée en l'espèce, la prohibition de la preuve testimoniale pour contredire l'écrit n'a tout simplement pas été retenue. Un tel raisonnement suggère que le principe de l'acte clair se réduit dans sa finalité à une simple règle de preuve qui doit être soulevée en temps opportun pour pouvoir circonscrire la recherche de l'intention véritable de parties.

Les enseignements de la juge Bich dans l'arrêt Sobeys font notamment écho aux critiques du principe de l'acte clair formulées par certains auteurs²⁹. L'auteur Gendron, dans son ouvrage *L'interprétation des contrats*, soutient notamment que ce principe se fonde sur la fausse prémisse que le texte d'un contrat peut être clair en lui-même, alors qu'« il n'y a pas de texte clair en soi »³⁰. La notion de texte clair serait également très subjective³¹. Ce qui est clair pour une personne peut être parfaitement obscur pour une autre. Finalement, un texte parfaitement clair peut très bien ne pas refléter l'intention véritable des parties³². Ainsi, le principe de l'acte clair serait tout au plus un argument auxiliaire s'inscrivant dans le processus général d'interprétation des contrats que prescrivent les articles 1425 à 1432 C.c.Q.

L'arrêt Sobeys, rendu en 2005, a été cité à maintes reprises par les tribunaux québécois pour permettre l'interprétation de contrats dont les termes étaient clairs en apparence³³. Cet arrêt a marqué le début d'une certaine tendance selon laquelle les tribunaux québécois ont semblé davantage privilégier l'utilisation des principes d'interprétation énoncés aux articles 1425 à 1432

29. F. LEVESQUE, préc., note 23, p. 117 : « À notre avis, même si un contrat est a priori clair, il est possible de démontrer que ce texte ne représente pas l'intention réelle des parties. »

30. F. GENDRON, préc., note 13, p. 30-31.

31. *Id.*, p. 31.

32. *Id.*, p. 32.

33. *Conseil des industriels laitiers du Québec c. Agropur Coopérative*, 2009 QCCA 2092 ; *Société immobilière Lyndalex inc. c. 9222-9863 Québec inc.*, 2014 QCCS 1423 ; *Sodexho Québec ltée c. Compagnie de chemin de fer du Littoral Nord de Québec et du Labrador inc.*, 2008 QCCS 6899, par. 185 ; *Factory Mutual Insurance Company c. Entreprises MRA paysagistes inc.*, 2012 QCCS 5624, par. 14 ; *Gauthier c. 7529180 Canada inc.*, 2013 QCCQ 357 ; *1481874 Ontario inc. c. Montréal (Ville de)*, 2012 QCCQ 10371.

C.c.Q. que de procéder à l'exercice de contrôle que le principe de l'acte clair requiert et dont il sera question plus loin dans le présent article.

Par exemple, la juge Christiane Alary, dans l'affaire *Sodexo Québec ltée c. Compagnie de chemin de fer du Littoral Nord de Québec et du Labrador inc.*³⁴, a statué que malgré les termes clairs du contrat stipulant que les rapports de temps supplémentaires devaient être approuvés par un de ses cadres et non par un de ses employés syndiqués, la véritable intention des parties révélée par leur comportement (c.-à-d. les feuilles de temps étaient remplies depuis 1971 indifféremment par des employés syndiqués ou cadres de la défenderesse sans que ce problème ait été soulevé) devait primer sur le texte du contrat³⁵.

Dans l'affaire *World Color Press Inc. c. Édifice 800 boulevard Industriel inc.*³⁶, les parties demandaient au tribunal de déterminer si la demanderesse avait valablement exercé une option de résiliation d'un bail commercial et de déterminer à quelles obligations financières le locataire était tenu envers le locateur si une telle option avait été exercée. Le texte du contrat prévoyait que le paiement par le locataire d'une pénalité de 1 000 000 \$ pour la résiliation du bail le libérait de l'ensemble de ses obligations aux termes du bail. La locataire prétendait que la clause de résiliation était claire et la libérait de payer le loyer à compter de la date de l'exercice de l'option de résiliation le 31 mars 2011. Au contraire, le locateur soutenait que la pénalité n'avait pas pour effet de libérer le locataire du paiement du loyer jusqu'à la fin effective du bail le 31 mars 2012. Le tribunal a retenu le témoignage du courtier immobilier du locataire selon lequel les parties n'avaient pas discuté du fait que la pénalité tiendrait lieu de loyer durant la dernière année, que l'intention de la locataire était d'obtenir une option de résiliation sans égard au montant de la pénalité et que celle du locateur était de rendre l'option de résiliation la plus contraignante possible. Malgré les termes clairs du contrat, le tribunal a conclu que les parties n'avaient jamais eu l'intention de libérer

34. 2008 QCCS 6899.

35. Cet exemple constitue un cas limite d'interprétation du contrat, selon nous. La conduite ultérieure des parties soulève plus logiquement la question de savoir si les parties ont subséquemment modifié le contrat initialement convenu que celle de déterminer l'intention véritable des parties lors de la conclusion du contrat.

36. 2012 QCCS 1774.

le locataire de son obligation d'acquitter le loyer jusqu'à la date de fin effective du bail le 31 mars 2012 à la suite de sa résiliation.

En 2011, dans l'arrêt *Ihag-Holding, a.g. c. Corporation IntraWest*³⁷, la Cour d'appel était encore une fois confrontée à une situation où une partie invoquait que le texte clair du contrat ne reflétait pas l'intention des parties. À la suite de la vente des actions d'une société exploitant un centre de ski, un golf et un hôtel, l'appelante avait réclamé une somme de plus de 6 000 000 \$ en fonction d'une formule comprise dans le contrat de vente basée sur les revenus d'exploitation des entreprises exploitées par la société faisant l'objet de la vente. L'intimée prétendait que la formule énoncée au contrat ne reflétait pas la commune intention des parties. L'appelante avait mis en preuve l'historique complet des échanges ayant précédé la conclusion du contrat, incluant une lettre d'intention et plusieurs projets du contrat dans lesquels s'est glissée une erreur suivant une tentative de l'avocate de l'intimée de simplifier le contrat. La Cour d'appel, en s'appuyant sur les principes énoncés dans l'arrêt *Sobeys*, a statué que le juge de première instance avait eu raison de rechercher la commune intention des parties considérant la divergence entre la lettre d'intention et le contrat final. Il est toutefois important de noter que, dans ce cas, un commencement de preuve avait été établi pour donner ouverture à la preuve testimoniale.

B- L'ARRÊT AES DE LA CSC ET LA PRIMAUTÉ DE LA VOLONTÉ RÉELLE DES PARTIES (*NEGOTIUM*) SUR L'INTENTION DÉCLARÉE (*INSTRUMENTUM*)

En 2013, un débat mettant en exergue la dualité possible entre la volonté déclarée et la volonté réelle des parties était en cause dans un arrêt qui a été décidé par la CSC dans l'affaire AES³⁸. À l'instar de l'affaire *Riopel*³⁹ entendue comme cause commune avec l'affaire AES, les deux dossiers impliquaient la rectification de contrats en matière fiscale.

37. 2011 QCCA 1986.

38. 2013 CSC 65.

39. Cause commune impliquant Jean Riopel, Christiane Archambault et Entreprise J.P.F. Riopel inc. (ci-après « **Riopel** »).

Dans l'affaire AES, des actionnaires de sociétés commerciales avaient effectué plusieurs transactions dont l'objectif était de mettre en œuvre un transfert d'actions sans incidences fiscales par l'entremise d'une opération de roulement sur la base d'un calcul du prix de base rajusté desdites actions. Dans l'affaire Riopel, les parties avaient convenu, pour leur part, d'une entente verbale prévoyant un ensemble de transactions pour réaliser des cessions d'actions et une fusion de sociétés. Dans les deux cas, des erreurs avaient été commises lors de l'élaboration des différentes transactions occasionnant la transmission d'avis de cotisation par les autorités fiscales réclamant le paiement d'impôts qui n'avaient pas été prévus par les parties et leurs conseillers.

Dans les motifs unanimes de la CSC, rédigés par le juge LeBel, celle-ci rappelle que le contrat, soit l'accord de volonté intervenu entre les parties, ne doit pas se confondre avec son expression orale ou écrite, malgré l'importance qu'elle peut avoir entre les parties et à l'égard des tiers⁴⁰. Le juge LeBel énonce également que l'écrit « met aussi potentiellement en jeu certaines exigences du droit de la preuve civile qui traduisent le souci de protéger la sécurité juridique des transactions et leur stabilité », lesquelles exigences doivent être prises en compte lorsque la volonté réelle est invoquée au-delà des termes de l'écrit⁴¹.

Il est particulièrement important de noter que les règles de preuve visant à protéger l'expression écrite du contrat n'étaient pas en cause puisqu'aucune objection à la preuve testimoniale et documentaire visant à établir l'intention véritable des parties n'avait été formulée dans le cadre du procès⁴². En effet comme c'est souvent le cas en matière de requête en rectification fiscale, les parties au contrat s'entendaient sur le fait que les écrits ne reflétaient pas leur intention véritable.

D'emblée, le juge LeBel souligne que la divergence entre la volonté déclarée et la volonté réelle des parties nécessitait, conformément à l'article 1425 C.c.Q., que le tribunal détermine quelle était l'intention des parties et où elle se trouvait, soit dans l'échange initial des consentements ou dans le texte du contrat⁴³.

40. 2013 CSC 65, par. 28 et 32.

41. *Id.*, par. 33.

42. *Id.*, par. 28 et 32.

43. *Id.*, par. 48.

En définitive, la CSC a permis la rectification du contrat puisque « l'ensemble des écrits préparés pour réaliser les planifications fiscales dont ont convenu les parties représentait une expression erronée de leur volonté commune »⁴⁴. Ainsi, elle a réitéré la primauté de l'intention commune des parties sur l'écrit, considérant que cette intention commune avait été prouvée en l'espèce.

IV- APPROCHE REVISITÉE PAR LA CSC DEPUIS LES ARRÊTS JEAN COUTU ET UNIPRIX

Bien que l'approche constatée dans l'affaire Sobeys et confirmée plus récemment dans l'arrêt AES semble être devenue un courant dominant en droit québécois, une lecture attentive des arrêts Jean Coutu et Uniprix semble bien démontrer la volonté récente de la CSC d'en réévaluer les contours.

S'il consacre l'intention commune des parties comme concept central à la formation et à l'interprétation des contrats en droit civil, l'arrêt AES n'a pas pour autant exclu le principe de l'acte clair et n'a pas davantage remis en question les règles de preuve énoncées au C.c.Q. Comme nous le verrons, ces règles demeurent d'actualité, bien qu'elles souffrent de certaines limites qui doivent être connues des plaideurs.

Le principe demeure que l'intention des parties au contrat s'exprime d'abord dans le texte, qui en est la première manifestation⁴⁵. L'importance du texte dans l'exercice d'interprétation est régulièrement réitérée par les tribunaux québécois⁴⁶.

A- L'arrêt Jean Coutu de la CSC et la distinction à faire entre l'objet, la cause et les conséquences du contrat

En 2016, la CSC s'est penchée sur une autre requête en rectification fiscale dans l'arrêt Jean Coutu⁴⁷ et elle a eu l'occasion de statuer à nouveau sur la modification rétroactive des contrats en droit civil. Cette fois-ci, malgré la position commune

44. *Ibid.*

45. *STMicroelectronics Inc. c. Matrox Graphics Inc.*, 2007 QCCA 1784, par. 102.

46. *Rouge Resto-bar inc. c. Zoom Média inc.*, 2013 QCCA 443, par. 79 ; *Bouasse c. Gemme canadienne PA inc.*, 2016 QCCS 1263, par. 39.

47. 2016 CSC 55.

des parties aux contrats, la Cour a plutôt tranché en faveur des autorités fiscales.

Dans cette affaire, le Groupe Jean Coutu (PJC) Inc. (« **PJC Canada** ») demandait de modifier une série de transactions effectuées avec sa filiale américaine, PJC USA. En 2004, cette dernière avait investi dans une chaîne de pharmacies américaines. Les variations de la valeur de cet investissement en raison des fluctuations du taux de change suscitaient des perceptions négatives chez les investisseurs. PJC Canada a alors décidé de compléter une série de transactions ayant pour effet de neutraliser l'effet des fluctuations du taux de change. Cette série de transactions a toutefois occasionné certaines conséquences fiscales imprévues pour PJC Canada, d'où sa demande de modification.

La demande de PJC Canada a été rejetée. S'il est vrai que l'intention d'éviter des conséquences fiscales était une considération générale pour que PJC Canada procède aux transactions, la CSC considère que le simple désir de vouloir éviter de telles conséquences ne permettait pas de justifier la demande de modification.

La CSC s'attarde à bien distinguer l'objet, la cause et les conséquences recherchées aux termes du contrat.

L'objet de l'obligation contractuelle est la prestation à laquelle le débiteur est tenu envers le créancier et qui consiste à faire ou à ne pas faire quelque chose. L'objet de la prestation est la chose sur laquelle porte la prestation. En revanche, la cause du contrat est la raison qui détermine chacune des parties à le conclure et les conséquences recherchées représentent ce que les parties veulent en tirer. L'interprétation des contrats est étroitement liée à l'objet de la prestation ou du contrat, et non à la cause (la raison) ou les conséquences recherchées :

[24] [...] Il en est ainsi parce que l'interprétation des contrats est axée sur ce que les parties contractantes ont vraiment convenu de faire, et non sur les raisons qu'elles avaient de conclure le contrat ou sur les conséquences qu'elles voulaient que ce contrat produise.

En l'espèce, l'intention d'éviter des conséquences fiscales était la conséquence recherchée, et non l'objet du contrat :

[28] [...] Ainsi, il serait plus exact de dire que l'intention selon laquelle aucune conséquence fiscale défavorable ne doit découler du contrat est la conséquence recherchée par les parties au contrat, et que l'intention de neutraliser l'effet des fluctuations du taux de change est la cause du contrat [...] Ni l'une ni l'autre ne constitue un contrat, l'objet d'un contrat ou l'objet d'une obligation, et ni l'une ni l'autre ne peut justifier que l'on modifie avec effet rétroactif des documents qui constatent et exécutent avec exactitude ce que les deux parties avaient vraiment convenu de faire.

L'objet d'un contrat ou d'une obligation doit être suffisamment précis et déterminé ou déterminable pour qu'on y retrouve l'intention commune des parties recherchée au moment de l'interprétation d'un contrat. Rechercher l'intention véritable des parties ne permet donc pas de modifier la déclaration écrite du contrat sur la base de la cause ou des conséquences non désirées du contrat :

[29] Des documents écrits peuvent être modifiés en application de l'art. 1425 C.c.Q. pour qu'ils reflètent avec exactitude l'entente véritable intervenue entre les parties. Par contre, l'entente comme telle ne peut être modifiée pour atteindre les résultats, quels qu'ils soient, que les parties peuvent avoir voulu ou escomptés en la concluant. PJC Canada et PJC USA se sont entendues sur la série de prestations précises qu'elles voulaient exécuter, et il n'y a eu aucune erreur dans la façon d'exprimer ou d'exécuter cette entente. Cette dernière a simplement eu pour PJC Canada des effets imprévus et indésirables sur le plan fiscal. Comme le dit l'intimé, l'erreur réside dans les transactions dont les parties ont convenu, non dans la façon dont elles ont été exprimées.

On peut donc constater que les nuances apportées par la CSC dans l'arrêt Jean Coutu quant à l'exercice d'interprétation des contrats constituent un premier cran d'arrêt important à considérer par rapport à l'approche centrée sur la recherche de l'intention véritable des parties qui est préconisée par les tribunaux depuis l'affaire Sobeys.

B- Le principe de l'acte clair à la lumière de l'arrêt Uniprix

Le principe de l'acte clair a également été discuté par la CSC dans l'arrêt Uniprix⁴⁸. Dans cette affaire, les intimés exploitaient

48. 2017 CSC 43.

une pharmacie sous la bannière Uniprix en vertu d'un contrat d'affiliation signé entre eux et l'appelante Uniprix inc. en 1998. Une clause de renouvellement du contrat d'affiliation était au cœur du litige entre les parties. Cette clause prévoyait l'option pour les intimés de renouveler le contrat, d'une durée initiale de cinq ans, à leur gré en transmettant un avis à cet effet six mois avant l'expiration du contrat. Outre sa résiliation pour cause, le contrat ne prévoyait pas la faculté pour Uniprix d'y mettre fin moyennant un avis à cet effet. À la suite de deux renouvellements automatiques du contrat, Uniprix avait décidé de transmettre un préavis de non-renouvellement du contrat aux intimés prévoyant la fin du contrat en janvier 2013.

Le cœur du litige porte sur l'interprétation et l'appréciation d'une clause de renouvellement qui se lit comme suit :

10. DURÉE

Nonobstant toutes dispositions écrites ou verbales contraires, la présente convention débutera le jour de sa signature et demeurera en vigueur pour une période de soixante (60) mois ou pour une période égale à la durée du bail du local où est située la pharmacie. LE MEMBRE devra, six (6) mois avant l'expiration de la convention, faire signifier à LA COMPAGNIE son intention de quitter LA COMPAGNIE ou de renouveler la convention ;

À défaut par LE MEMBRE d'envoyer l'avis prescrit par poste recommandée, la convention sera réputée renouvelée selon les termes et conditions alors en vigueur [...].

Premièrement, Uniprix était d'avis que la clause 10 de la Convention lui accordait implicitement le droit de s'opposer à son renouvellement. Deuxièmement, Uniprix soutenait que l'interprétation du contrat suggérée par les pharmaciens avait pour effet de lier les parties à perpétuité, ce qui serait contraire à l'ordre public. Troisièmement, Uniprix invoquait que la Convention devait être qualifiée de contrat à durée indéterminée, et donc, de par sa nature, qu'elle pouvait être résiliée par chacune des parties moyennant la transmission d'un préavis d'une durée raisonnable. À l'inverse, les pharmaciens avançaient que le contrat était clair et ne permettait pas à Uniprix d'y mettre fin par la transmission d'un préavis de résiliation.

Dans leur jugement majoritaire, les juges Wagner et Gascon rappellent d'abord que la première étape de l'exercice d'interprétation d'un contrat « est de déterminer si ses termes sont clairs ou ambigus », soit la règle de l'acte clair. Par la même occasion, la CSC réitère le fondement de ce principe :

[34] La première étape de l'exercice d'interprétation d'un contrat est de déterminer si ses termes sont clairs ou ambigus (*Droit de la famille* – 171197, 2017 QCCA 861 (CanLII), par. 62 (CanLII) ; *Samen Investments Inc. c. Monit Management Ltd.*, 2014 QCCA 826 (CanLII), par. 46 (CanLII)). Cette étape, que certains auteurs identifient comme la règle de l'acte clair (Gendron, p. 27), vise à empêcher le ou la juge de déroger, volontairement ou inopinément, à la volonté manifeste des parties. Bref, le contrat clair s'impose au juge. Ainsi, cette étape « joue le rôle de rempart » contre le risque d'une interprétation qui écarterait la volonté réelle des parties et bouleverserait l'économie de leur convention (Baudouin et Jobin, n° 413 (référence omise) ; voir aussi Lluelles et Moore, n° 1570).

Alors qu'il aurait été permis de croire que la force du principe de l'acte clair s'était érodée pour faire place à la recherche systématique de l'intention commune des parties, la CSC a réitéré le caractère fondamental du principe selon lequel les contrats dont les termes sont clairs ne doivent pas être interprétés, mais seulement appliqués à la situation factuelle soumise au tribunal :

[36] Si les termes du contrat sont clairs, le rôle du tribunal se limite à les appliquer à la situation factuelle qui lui est soumise. À l'inverse, si le tribunal décèle une ambiguïté, il doit la résoudre en procédant à la seconde étape de l'interprétation du contrat (Baudouin et Jobin, n° 413 ; Lluelles et Moore, nos 1584-1586 ; *Samen Investments*, par. 46-47). La distinction entre ces deux étapes est parfois difficile à cerner, mais elle demeure fondamentale.

La CSC a statué que la clause 10 de la Convention en cause était claire et ne souffrait d'aucune ambiguïté, de sorte qu'il suffisait en principe de l'appliquer. Plutôt que de s'arrêter à ce seul constat, la CSC a également tenu compte d'arguments d'interprétation qui appuyaient la position des pharmaciens selon laquelle l'intention des parties était de laisser le renouvellement de la Convention à leur seule discrétion. La CSC énonce ce qui suit au paragraphe 52 :

[52] Puisque la clause 10, lue isolément ou dans le contexte de l'ensemble du contrat, ne souffre d'aucune ambiguïté, il suffit en principe de l'appliquer. Mais, en l'espèce, comme en témoignent les motifs des juridictions inférieures, il y a plus. À ce chapitre, s'il peut être erroné de procéder à l'interprétation du contrat sans d'abord constater son ambiguïté (voir p. ex. *Pépin c. Pépin*, 2012 QCCA 1661 (CanLII), par. 91 (CanLII)), il n'est pas inapproprié d'interpréter un contrat par ailleurs clair pour conclure, de façon subsidiaire, que cette interprétation confirme le sens limpide de ses termes. Le professeur Gendron rappelle d'ailleurs avec à-propos que les tribunaux adoptent souvent une telle démarche (p. 36). Ici, au-delà des termes du contrat, l'analyse du contexte entourant sa conclusion confirme la volonté des parties de laisser son renouvellement à la discrétion des pharmaciens-membres.⁴⁹

Le raisonnement énoncé par la CSC quant au fait « qu'il n'est pas inapproprié d'interpréter un contrat par ailleurs clair pour conclure, de façon subsidiaire, que cette interprétation confirme le sens limpide de ses termes » ne devrait pas être compris comme signifiant qu'il est approprié pour les tribunaux de procéder en tout temps à l'interprétation du contrat. Plutôt, elle ne fait que constater que des arguments d'interprétation peuvent servir à confirmer les termes par ailleurs clairs du contrat puisqu'à tout événement, le recours à de tels arguments n'a pas d'impact sur le résultat ultime. Toute autre compréhension viderait le principe de l'acte clair de son effet, soit celui de limiter le débat et d'empêcher le tribunal de trahir une intention clairement exprimée.

Le principe de l'acte clair semble avoir quelque peu regagné ses lettres de noblesse sous la plume des juges Wagner et Gascon. Cet arrêt doit ainsi être considéré lorsqu'il s'agit de concilier la primauté de la recherche de l'intention véritable, d'une part, et le principe de l'acte clair, d'autre part.

C- Les enseignements de l'arrêt Uniprix quant à la qualification d'un contrat

La qualification du contrat constitue un processus distinct de celui de l'interprétation du contrat. Comme énoncé par la CSC dans l'arrêt Uniprix, la qualification du contrat est l'exercice par lequel le tribunal classifie le contrat « selon sa réglementation,

49. *Id.*, par. 52.

ses conditions de formation, son objet et son mode d'exécution »⁵⁰ en vue d'en préciser la nature et d'y attacher les différents effets prévus par la loi selon la catégorie juridique à laquelle le contrat appartient (p. ex : contrat de louage, contrat de vente, contrat de service, contrat de travail, etc.).

Bien que les auteurs de doctrine aient généralement considéré la qualification du contrat comme une question de droit⁵¹, la CSC a statué que cet exercice n'était pas « purement objectif » puisque le tribunal doit rechercher la véritable intention des parties quant à la qualification du contrat⁵². Lorsqu'un débat émerge entre les parties quant à la qualification du contrat, le tribunal ne doit donc pas s'arrêter à l'analyse des obligations et autres effets spécifiés au contrat, mais aussi « parfois les circonstances de sa formation et la manière dont elles l'ont appliqué »⁵³. Ainsi, la qualification du contrat peut généralement être considérée comme une question mixte de fait et de droit lorsqu'il est nécessaire de rechercher l'intention commune des parties⁵⁴.

Dans l'affaire Uniprix, la CSC a notamment considéré le vécu contractuel des parties avant de conclure que le contrat en cause ne pouvait être qualifié de contrat de franchise (un type de contrat innommé, mais dont la nature spécifique est reconnue par la jurisprudence). Notamment, (i) la relation particulièrement étroite entre les parties, (ii) le fait qu'Uniprix ait été créée uniquement au bénéfice de ses membres, (iii) le fait que ceux-ci étaient par ailleurs tous actionnaires d'Uniprix, et (iv) le fait qu'Uniprix n'avait pas développé une marque et des méthodes d'affaires qu'elle a ensuite voulu vendre à des pharmaciens, sont tous des éléments contextuels qui ont été pris en compte au niveau de la qualification du contrat.

50. *Id.*, par. 27.

51. Maurice TANCELIN, *Des obligations en droit mixte du Québec*, 7^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2009, par. 325, p. 232-233 ; D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 26, p. 954, par. 1726 et p. 962, par. 1738 ; F. GENDRON, préc., note 13, p. 17 ; Sébastien GRAMMOND, Anne-Françoise DEBRUCHE et Yan CAMPAGNOLO, *Quebec Contract Law*, 2^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2016, par. 319, p. 127-128.

52. 2017 CSC 43, par. 28.

53. *Id.*, par. 29 citant J.-L. BAUDOUIN et P.-G. JOBIN, préc., note 17, n^o 58.

54. *Id.*, par. 42. Les enseignements de l'arrêt Uniprix concernant la qualification du contrat ont récemment été cités dans *Maison du développement durable c. Ville de Montréal*, 2018 QCCS 2307 où le tribunal a été appelé à décider si le contrat en litige était un contrat d'usufruit ou un simple bail.

Ainsi, le processus de qualification du contrat se distingue du processus d'interprétation du contrat à deux étapes découlant du principe de l'acte clair en ce que le tribunal devant statuer quant à la qualification du contrat peut rechercher l'intention véritable des parties, sans qu'il soit nécessaire, dans un premier temps, de constater l'existence d'une ambiguïté liée à sa qualification. Nous sommes d'avis que la preuve de l'intention des parties à l'égard de la qualification du contrat doit se distinguer de la preuve de l'intention des parties à l'égard de l'effet d'une clause contractuelle. Si l'on permet de regarder l'intention des parties pour comprendre le type de contrat voulu par les parties, la démonstration de l'existence d'une ambiguïté demeure nécessaire pour que le tribunal puisse examiner une preuve extrinsèque quant à l'intention des parties à l'égard du contenu du contrat.

Par ailleurs, soulignons que la Cour d'appel a récemment traité des concepts entourant le processus de qualification d'un contrat dans l'arrêt *Station Mont-Tremblant c. Banville-Joncas*⁵⁵. Cette affaire impliquait un contrat conclu entre le promoteur d'un projet d'hôtel de villégiature et les propriétaires d'unités de condominium. Le contrat prévoyait que les unités étaient mises à la disposition d'un syndicat de location géré par le promoteur. La faculté par les propriétaires d'unités de pouvoir résilier le contrat était au cœur du débat en première instance. Le juge de première instance avait statué qu'il s'agissait d'un contrat de service, ce qui voulait dire que les propriétaires des unités pouvaient exercer leur droit de résiliation unilatéral prévu à l'article 2125 C.c.Q. Dans un arrêt unanime de la Cour d'appel, celle-ci a plutôt conclu que la cause et l'objet véritable du contrat démontraient qu'il s'agissait d'un bail, infirmant ainsi le jugement de première instance.

La Cour d'appel, citant les articles 1410 et 1412 C.c.Q., rappelle que la qualification des contrats relève d'une méthodologie qui implique la détermination du but recherché par les parties et de la prestation essentielle au cœur de l'entente. Lorsque le contrat comprend plusieurs obligations, « on peut examiner le contrat, mais également en rechercher le but qui peut ressortir de l'intention des parties lors de la négociation »⁵⁶, pour arriver à déceler quelle est la nature de la prestation essentielle.

55. 2017 QCCA 939.

56. *Id.*, par. 63 citant *Montréal, Main & Atlantique Canada Cie (Arrangement relatif à)*, 2014 QCCA 2072, par. 34.

En l'espèce, la Cour d'appel conclut que la raison (la cause) qui avait présidé à la signature du contrat était en apparence contradictoire. La Cour d'appel énonce qu'il ne s'agit pas de s'arrêter à la motivation ou au but poursuivi par l'une ou l'autre des parties, mais d'« identifier quelle est la ou quelles sont les véritables causes du contrat »⁵⁷. Selon la Cour d'appel, la cause qui a présidé à la signature du contrat était claire, soit l'exploitation d'un hôtel de villégiature. Quant à l'objet du contrat, une analyse du texte des documents contractuels signés entre les parties révélait que la notion de « Syndicat de location » était omniprésente. La Cour d'appel a tranché indiquant que l'objet du contrat était d'inclure les unités de condominium dans un syndicat de location. La prestation essentielle au cœur du contrat était la location par les propriétaires de leur unité de condominium à Tremblant aux fins d'inclusion dans le Syndicat.

Il est intéressant de souligner qu'alors que la CSC, dans l'arrêt *Jean Coutu*, a énoncé que l'interprétation du contenu du contrat devait être centrée sur son objet et non sa cause, la cause du contrat conserve tout de même sa pertinence au niveau de la qualification du contrat, tel qu'il appert du raisonnement de la Cour d'appel dans l'arrêt *Station Mont-Tremblant*⁵⁸.

D- Conciliation de la primauté de la recherche de l'intention véritable des parties avec le principe de l'acte clair

Les enseignements de la CSC dans les arrêts AES et Jean Coutu doivent cependant s'apprécier à la lumière de leur contexte propre. En effet, il convient de garder à l'esprit les particularités qui peuvent découler d'une demande de rectification d'un contrat en matière fiscale. Ainsi, les parties aux contrats en cause étaient d'accord pour affirmer que leur volonté réelle différerait de l'écrit. Celles-ci pouvaient témoigner de façon concordante sur la portée de leur véritable intention commune. Par ailleurs, aucune objection n'avait été présentée quant à la preuve de cette intention commune. Ces circonstances diffèrent grandement d'un cas typique en matière civile où le différend naît du désaccord sur l'intention des parties au contrat. De façon générale, une des parties au

57. *Id.*, par. 84.

58. Le raisonnement de la Cour d'appel dans l'arrêt *Station Mont-Tremblant* a été cité avec approbation aux par. 38 et 42 de l'arrêt *Uniprix*.

contrat demandera que le tribunal applique le contrat tel qu'écrit alors que l'autre partie au contrat tentera de faire la preuve que l'intention réelle n'est pas conforme à l'écrit. Ainsi, la divergence entre la volonté déclarée et la volonté réelle devra être prouvée et tenir compte du principe de l'acte clair et des règles de preuve qui en découlent.

Pour être en mesure de faire primer le principe de la recherche de l'intention véritable des parties tout en respectant la portée légitime du principe de l'acte clair, nous pensons que les règles de preuve qui gouvernent la question des contrats doivent être pleinement habilitées et cadrées pour assurer un juste équilibre entre ces deux règles cardinales qui se trouvent au cœur du droit civil. Par conséquent, si le texte du contrat est clair, les tribunaux devraient l'appliquer à la situation factuelle en cause, à moins qu'il ne leur soit démontré que la volonté réelle des parties diverge des termes du contrat, et ce, uniquement dans la mesure où cette preuve est (i) permise selon les règles de preuve et (ii) prépondérante.

V- L'EXERCICE DE PRÉINTERPRÉTATION COMME PREMIER REMPART À UNE APPLICATION TROP LARGE DU PRINCIPE DE LA RECHERCHE DE L'INTENTION VÉRITABLE DES PARTIES

Il est possible de considérer le processus d'interprétation en deux étapes distinctes. La première étape, soit le principe de l'acte clair, constitue un processus de filtrage par lequel le tribunal détermine si les termes du contrat sont clairs ou ambigus⁵⁹. Si le contrat est clair, le tribunal doit se contenter de l'appliquer. Si un doute subsiste quant à l'intention des parties, le tribunal doit alors passer à la deuxième étape, soit l'interprétation du contrat conformément aux articles 1425 à 1432 C.c.Q.

A- L'exercice de préinterprétation du contrat

La doctrine⁶⁰ et les tribunaux⁶¹ qualifient la première étape comme celle de la « préinterprétation » du contrat ou encore la

59. *Chambre de la sécurité financière c. Open Text Conseil inc.*, 2017 QCCS 527, par. 43.

60. D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 17, p. 864-865.

61. *Newad Media inc. c. Red Cat Media inc.*, 2013 QCCA 129 ; *Droit de la famille – 171197*, 2017 QCCA 861 ; *Société en commandite de Copenhague c. Corporation*

« phase préinterprétative ». Pourquoi parle-t-on de « préinterprétation » alors qu'il s'agit de déterminer, d'entrée de jeu, si le contrat doit être interprété ? Bien qu'elle n'emploie pas ce terme, la CSC répond à cette question dans l'arrêt Uniprix en précisant que l'analyse du tribunal, lors de cette première étape, doit d'abord être fondée sur les termes du contrat, sans nécessairement s'y limiter⁶² :

[35] Si cette étape se fonde d'abord et avant tout sur l'étude des termes eux-mêmes, elle ne s'y limite pas nécessairement dans tous les cas puisque le texte d'un contrat peut parfois ne pas être fidèle à l'intention commune des parties (Lluelles et Moore, n° 1574 ; *Droit de la famille – 171197*, par. 62). En effet, « [r]eplacés dans le contexte des autres stipulations de la convention ou celui des circonstances de sa conclusion, les termes apparemment limpides d'une stipulation peuvent [parfois] se révéler ambigus et contredire l'économie du contrat, la véritable intention des parties [...] De même, une stipulation qui pourrait être perçue comme ambiguë peut être parfaitement claire lorsque considérée dans son contexte. »

Dans le cadre de la préinterprétation du contrat, le tribunal peut prendre en compte (i) le texte de la clause, (ii) les autres clauses du contrat, et (iii) le contexte entourant la conclusion et l'exécution du contrat⁶³.

Le tribunal ne doit pas en principe faire appel aux autres principes d'interprétation énoncés aux articles 1425 à 1432 C.c.Q. Toutefois, on constate que plusieurs de ces principes recoupent les éléments dont peut tenir compte le tribunal. En effet, l'article 1426 C.c.Q. demande que l'on tienne compte des circonstances dans lesquelles le contrat s'est formé, alors que l'article 1427 C.c.Q. commande que l'on fasse une lecture globale du contrat. Par contre, la CSC énonce dans l'arrêt Uniprix que « l'interprétation des contrats doit généralement être plus superficielle à la première étape qu'à la seconde »⁶⁴.

Concernant le contexte, il peut notamment être question pour le tribunal de considérer l'ensemble contractuel dans lequel

Corbec, 2014 QCCA 439, par. 19 ; *Chambre de la sécurité financière c. Open Text Conseil inc.*, 2017 QCCS 527, par. 43-44.

62. *Uniprix inc. c. Gestion Gosselin et Bérubé inc.*, 2017 CSC 43.

63. *Id.*, par. 36.

64. *Id.*, par. 36 ; *Habitations Gilles Stébenne inc. c. 9166-9929 Québec inc.*, 2016 QCCS 2953, par. 34.

le contrat en litige a pu s'inscrire. Par exemple, la Cour d'appel a statué dans l'affaire *Billards Dooly's inc. c. Entreprises Préboultée* que le contrat de franchise conclu entre les parties devait se lire à la lumière des cinq contrats signés par les parties le même jour considérant qu'il s'agissait de contrats « concomitants et interdépendants, destinés à réaliser une opération globale et précisant le cercle contractuel de cette dernière »⁶⁵. Par ailleurs, le contexte entourant la signature d'un contrat de travail comprenant des obligations de non-concurrence a été déterminant dans l'arrêt de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Payette c. Guay*⁶⁶. Dans cette affaire, il a été reconnu que le fait que le contrat ait été conclu dans le contexte d'une vente d'entreprise justifiait que la validité des obligations de non-concurrence souscrites par l'appelant Payette soit interprétée en fonction des critères élaborés par la jurisprudence en matière commerciale plutôt que les critères spécifiques au droit du travail.

Si le contexte entourant la formation peut être considéré de façon superficielle à l'étape de la préinterprétation du contrat, le tribunal peut-il prendre en compte les usages à cette étape ? Nous pensons que la réponse à cette question doit être négative. L'auteur Ducharme définit l'usage comme « une pratique établie que les particuliers suivent dans leurs contrats et à laquelle ils sont censés se référer à moins de stipulation contraire »⁶⁷. Il est reconnu que les usages ne peuvent primer sur les termes explicites d'un contrat⁶⁸. La jurisprudence reconnaît qu'il est permis de faire appel aux usages connus dans l'industrie visée par le contrat seulement pour dissiper une ambiguïté, suggérant ainsi que l'ambiguïté est une condition préalable pour faire appel aux usages⁶⁹. Toutefois, le tribunal peut également faire appel à l'usage pour déterminer l'étendue des obligations découlant d'un contrat conformément au principe énoncé à l'article 1434 C.c.Q. La contradiction apparente entre la nécessité de démontrer une ambiguïté pour avoir

65. 2014 QCCA 842, par. 60.

66. *Payette c. Guay inc.*, 2013 CSC 45.

67. Léo DUCHARME, *Précis de la preuve*, 6^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2005, p. 23.

68. *Tardif c. St-Pierre & Associés inc.*, AZ-50221533, J.E. 2004-617 (C.S.) ; Vincent KARIM, *Les obligations*, vol. 1, 4^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2015, p. 724.

69. *Villeneuve c. Louiseize*, AZ-98031476, J.E. 98-2276, REJB 1998-09985 (C.Q.) ; *Québec (Commission de la construction) c. Bouliane & Gauthier Construction inc.*, AZ-98031016, J.E. 98-137, REJB 1997-09319 (C.Q.) ; *Royal Lepage commercial inc. c. Degrémont Infilco ltée*, AZ-50085303, J.E. 2001-1217, [2001] R.D.I. 461.

recours à l'usage dans le cadre du processus d'interprétation et la possibilité d'établir qu'un usage fasse partie du contenu obligationnel du contrat en vertu de l'article 1434 C.c.Q. peut, à notre avis, être résolue. Si le tribunal est en présence de termes clairs en contradiction directe avec l'usage invoqué par une partie, il ne peut alors considérer cet usage lors de l'étape de la préinterprétation du contrat⁷⁰. À l'inverse, si l'usage invoqué vise une question à l'égard de laquelle les termes du contrat sont silencieux ou ambigus, le tribunal peut apprécier la preuve soumise pour déterminer si l'usage fait partie intégrante du contrat⁷¹.

L'article 1426 C.c.Q. énonce que le tribunal peut tenir compte, à l'étape de l'interprétation du contrat, « de l'interprétation que les parties lui ont déjà donnée ou qu'il peut avoir reçue ». À cet égard, il est reconnu que le comportement des parties dans l'exécution du contrat après sa signature peut s'avérer un guide important pour le tribunal relativement à l'intention des parties, tel qu'énoncé dans l'arrêt *Sobeys*⁷² :

[93] Le comportement postérieur des parties, en ce qu'il illustre et incarne la compréhension qu'elles ont de leur contrat, est un outil d'interprétation important [références omises]. Il arrivera ainsi que les parties, après la conclusion du contrat, reconnaissent ou précisent explicitement leur intention, en faisant par exemple des déclarations verbales ou écrites, mais les choses relèvent le plus souvent de l'implicite.

Notamment, l'intention des parties peut se révéler par la conclusion d'ententes ultérieures démontrant la compréhension qu'ont les parties du contenu du contrat initial⁷³.

La Cour suprême, dans l'arrêt *Uniprix*, énonce que l'interprétation du contrat à la deuxième étape doit s'appuyer sur « sa nature, de même que sur son contexte extrinsèque, qui inclut

70. *Turenne c. Banque Nationale du Canada*, AZ-83011146, J.E. 83-732 (C.A.) ; *Fédération des médecins résidents du Québec c. Université de Montréal*, AZ-94021409, J.E. 94-1095, [1994] R.J.Q. 1650 (C.S.), appel accueilli (C.A., 1997-06-02), J.E. 97-1257, [1997] R.J.Q. 1832, requête pour autorisation de pourvoi à la Cour suprême rejetée (C.S. Can., 1998-03-12), 26163 ; V. KARIM, préc., note 68, p. 724.

71. V. KARIM, préc., note 68, p. 725.

72. 2005 QCCA 1172. Voir également : J.-L. BAUDOUIN et P.-G. JOBIN, préc., note 17, p. 502.

73. V. KARIM, préc., note 68, p. 721 ; *Vanier c. Montréal (Ville de)*, J.E. 2004-1223 (C.A.) ; *4031261 Canada inc. c. Jolin, Turcotte & Associés*, J.E. 2004-1261 (C.A.).

notamment les circonstances factuelles entourant sa conclusion, l'interprétation que les parties lui ont donnée et les usages (1426 C.c.Q.) »⁷⁴ suggérant ainsi que l'interprétation que les parties ont déjà donnée au contrat doit uniquement être considérée à la deuxième étape du test. Dans l'arrêt *Vanier c. Ville de Montréal*, la Cour d'appel pose comme condition préalable l'existence d'une ambiguïté afin de considérer le comportement des parties dans l'interprétation du contrat :

[21] À mon avis, la Ville intimée a raison. D'une part, pour les motifs qu'elle énonce, il paraît clair que l'on doit s'en tenir au texte même de la définition de « gains cotisables » contenue dans le régime de retraite en cause. D'autre part, vu l'ambiguïté de cette définition, l'appelante a tort de reprocher au juge de se reporter au comportement des parties pour découvrir quelle était leur intention réelle lors de la conclusion du contrat. L'article 1425 du Code civil du Québec énonce en effet que « [d]ans l'interprétation du contrat, on doit rechercher quelle a été la commune intention des parties plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes utilisés » (je souligne). À cette fin, selon l'article 1426 du Code civil du Québec, « [o]n tient compte [...] de sa nature, de l'interprétation que les parties lui ont déjà donnée ou qu'il peut avoir reçue, ainsi que des usages. »⁷⁵ (Nos soulignements)

La même conclusion se dégage du raisonnement de la Cour d'appel dans l'arrêt *Pépin c. Pépin*. Après avoir conclu que le juge de première instance avait erré en interprétant le contrat malgré l'absence d'ambiguïté, la Cour d'appel a considéré le comportement de l'intimé uniquement à la deuxième étape du test et seulement pour confirmer que l'interprétation littérale du contrat était conforme à l'intention des parties⁷⁶. En principe donc, le comportement des parties postérieurement à la signature du contrat ne devrait pas être considéré en l'absence d'une ambiguïté⁷⁷, si ce n'est que pour confirmer que le texte reflète l'intention véritable des parties⁷⁸. Toutefois, certains jugements, citant l'arrêt de la Cour d'appel dans *Richer c. Mutuelle du Canada, compagnie*

74. 2017 CSC 43, par. 37.

75. *Vanier c. Montréal (Ville de)*, J.E. 2004-1223 (C.A.), par. 21.

76. 2012 QCCA 1661, par. 91.

77. *Billards Dooly's inc. c. Entreprises Prébour ltée*, 2014 QCCA 842, par. 72.

78. *2545-4935 Quebec Inc. c. 3183441 Canada Inc.*, 2004 CanLII 12708 (QC CS), par. 43-44.

*d'assurance sur la vie*⁷⁹, statuent qu'un contrat dont les termes sont parfaitement clairs peut être interprété lorsque le comportement des parties est en nette contradiction avec ses termes⁸⁰. Ainsi, l'ambiguïté résulterait non pas du texte du contrat, mais de la présomption que le comportement des parties reflète leur intention véritable.

Selon nous, une telle approche est critiquable puisqu'elle crée une confusion par rapport au processus d'interprétation en deux étapes que la règle de l'acte clair exige. Dans la majorité des cas, le fait que le comportement des parties postérieurement à la signature du contrat contrevienne de façon claire et évidente au texte clair du contrat initial devrait plutôt être envisagé comme une renonciation à un droit⁸¹, laquelle doit être claire et non équivoque⁸², ou encore comme une volonté implicite des parties de modifier les termes du contrat conclu entre elles⁸³.

Si les tribunaux confondent parfois les deux étapes du processus interprétatif, certains jugements récents ont tracé une

-
79. 1987 CanLII 757 (QC CA). Dans cette affaire, le locateur avait fait défaut de réclamer un loyer additionnel prévu au bail pendant six années consécutives, malgré des discussions à cet égard entre les parties suivant la vérification des états financiers du locateur par des professionnels. La Cour d'appel avait conclu en ces termes : « En l'espèce, le comportement de l'intimée vide la clause litigieuse des effets que, maintenant, elle tente d'attribuer aux termes généraux de celle-ci. Ce comportement, faut-il le répéter, se manifeste visiblement en suivant la même filière, inmanquablement, pendant six années. Pas une fois, pas deux fois, mais six fois. Pas sur un sujet de quelque chose d'importance secondaire. Pas de façon accidentelle ou insolite. Et tout cela recommencé chaque année par l'intimée, assistée de ses expert-comptables et autres conseillers, fidèle à sa manière d'agir de l'année précédente, jusqu'à ce que M. Dengis conçoive son idée géniale, inspirée par un précédent survenu à Toronto, qui justifierait selon lui de remanier le contrat. Que dire de la stabilité que commandent les relations commerciales ? »
80. *Groupe LMB Experts-Conseils inc. c. Société québécoise d'assainissement des eaux*, 2000 CanLII 19023 (QC CS), par. 12 ; *2433-0243 Québec inc. c. La Reine*, 2000 CanLII 18790 (QC CS), par. 20.
81. *2962357 Canada inc. c. 9104-7340 Québec inc. (Invessa Services financiers)*, 2014 QCCS 2115, par. 104-112 ; *Agropur Coopérative c. Cegerco constructeur Inc.*, 2005 CanLII 32078 (QC CS), par. 719-721.
82. *Société de cogénération de St-Félicien, société en commandite / St-Félicien Cogeneration Limited Partnership c. Industries Falmec Inc.*, 2005 QCCA 441, par. 83.
83. *Chambre de la sécurité financière c. Open Text Conseil inc.*, 2017 QCCS 527 ; *Triantafylopoulos c. 9099-6695 Québec inc.*, 2015 QCCS 6039. Voir aussi : *Syndicat des copropriétaires Le Grand Lodge Mont-Tremblant c. LGL Resorts Company / Compagnie de villégiature LGL*, 2011 QCCS 6632.

distinction nette entre l'étape de préinterprétation et celle de l'interprétation à proprement parler⁸⁴.

B- Qu'est-ce qu'un texte clair ?

Notons d'emblée que l'appréciation du caractère clair ou ambigu d'un contrat est du ressort du juge de première instance, lequel jouit d'une certaine discrétion à cet égard⁸⁵. En effet, la Cour d'appel n'interviendra pas dans la conclusion du tribunal de première instance, à moins que l'existence d'une erreur manifeste et déterminante ne soit démontrée⁸⁶. La Cour suprême du Canada, dans l'affaire *Sattva Capital Corp. c. Creston Moly Corp.*⁸⁷, a statué sur cette question en énonçant que l'approche historique selon laquelle l'interprétation d'un contrat était une pure question de droit devait être écartée considérant l'importance du contexte factuel dans la détermination de l'intention commune des parties. La règle a par ailleurs été tempérée en matière d'interprétation de contrats types comme des polices d'assurance⁸⁸.

Bien que la jurisprudence n'offre pas une définition uniforme et explicite de ce qu'est un contrat clair, certains jugements peuvent nous permettre de tracer les contours de ce concept.

Comme énoncé précédemment, la préinterprétation du contrat permet au juge de replacer le texte du contrat dans le contexte de l'affaire. Selon la Cour d'appel dans l'arrêt *Droit de la famille – 1544*, « il n'y a pas lieu de dire qu'un texte est clair du seul fait que son sens littéral l'est » puisqu'il est « toujours nécessaire d'étudier le contexte d'une disposition législative ou d'une stipulation contractuelle pour en connaître la véritable portée »⁸⁹.

Certains diront qu'un contrat est clair lorsque ses termes, selon le sens ordinaire des mots utilisés, ne portent pas à confu-

84. *Ibid.*

85. *Société de gestion immobilière Healthcare c. Gestion Placimo inc.*, 2012 QCCA 1121, par. 32 ; *Immeubles Régime XV inc. c. Indigo Books & Music Inc.*, 2012 QCCA 239.

86. *Société de cogénération de St-Félicien c. Industries Piékouagame inc.*, 2009 QCCA 1487, par. 6 ; V. KARIM, préc., note 68, p. 689.

87. 2014 CSC 53, par. 42 à 50.

88. *Ledcor Construction Ltd. c. Société d'assurance d'indemnisation Northbridge*, 2016 CSC 37, par. 46.

89. 1992 CanLII 3971 (QC CA) ; *St-Jacques c. Excellence (L), compagnie d'assurance-vie*, 2008 QCCS 1380, par. 47.

sion⁹⁰. Dans l'arrêt *Eli Lilly & Co. c. Novopharm Ltd.*⁹¹, la CSC cite avec approbation les propos de Lord Atkinson dans *Lampson c. City of Quebec*⁹² à cet égard :

Si la signification de l'acte, selon le sens ordinaire des mots qui y sont employés, est claire et sans ambiguïté, il n'est pas permis aux parties à cet acte, aussi longtemps qu'il n'est pas modifié, de venir affirmer devant une cour de justice : « Notre intention était tout à fait différente de celle qui est exprimée dans les termes de l'acte ».

Dans *Godin c. Compagnie d'assurance du Canada sur la vie*, la Cour d'appel a statué que la clause contractuelle en litige était claire puisqu'elle se comprenait et s'appliquait aisément⁹³.

Comme l'affirmait récemment la CSC dans l'arrêt *Sabeau c. Portage La Prairie Mutual Insurance Co.*, le texte clair est celui qui ne laisse pas place à « deux interprétations raisonnables mais divergentes »⁹⁴.

À la lumière de ces principes et des enseignements de la CSC relativement au rôle du tribunal à l'étape de la préinterprétation du contrat, nous suggérons la définition suivante du contrat clair : le contrat clair est celui dont les termes, replacés dans leur contexte et lus dans leur ensemble selon le sens ordinaire des mots utilisés, ne laissent place qu'à une seule interprétation raisonnable de l'intention des parties.

À l'inverse, on dira que le contrat est ambigu si les termes laissent place à plus d'une interprétation raisonnable. Dans l'arrêt *Samen Investments Inc. c. Monit Management Ltd.*, la Cour d'appel énonce que l'ambiguïté est une « pluralité de sens possibles »⁹⁵. Il est important de noter qu'un contrat dont les termes sont par ailleurs clairs ne sera pas considéré comme ambigu pour la seule raison qu'une des parties est en désaccord avec la portée de la clause⁹⁶.

90. *St-Jacques c. Excellence (L), compagnie d'assurance-vie*, préc., note 89, par. 46.

91. [1998] 2 RCS 129.

92. (1920), 1920 CanLII 373 (UK JCPC), 54 D.L.R. 344 (C.P.).

93. 2006 QCCA 851, par. 30.

94. 2017 CSC 7, par. 42.

95. 2014 QCCA 826, par. 46.

96. *Brégaïnt c. Daoust*, 2016 QCCA 721, par. 9 ; *Syndicat des copropriétaires Le Grand Lodge Mont-Tremblant c. LGL Resorts Company / Compagnie de villégiature LGL*, préc., note 83, par. 25.

L'ambiguïté d'un contrat peut résider dans ce que le contrat dit. Par exemple, une difficulté d'interprétation peut être causée par l'utilisation d'un terme inadéquat ayant plusieurs acceptions, une contradiction entre certaines clauses ou dans la syntaxe d'une phrase⁹⁷. Pensons notamment à l'affaire *Groupe Vap inc. c. Gestion Hugo Devin inc.*⁹⁸ où le contrat de franchise conclu entre les parties contenait deux clauses de non-concurrence rédigées différemment.

Par ailleurs, l'ambiguïté peut résulter de ce que le contrat ne dit pas. En effet, elle peut souvent survenir en raison d'un manque de précision du contrat qui n'apporte pas de solution claire à la situation en cause⁹⁹. Dans un tel cas, tel que l'écrivent les auteurs Lluelles et Moore¹⁰⁰, « le texte sera clair, pris isolément, mais obscur lorsque mis en contexte ». Ainsi, si la clause nécessite qu'on y ajoute des mots pour la rendre conforme à l'interprétation que l'on désire retenir, il s'agit d'un indice probant que le contrat n'est pas clair. Récemment, le juge Robert Mongeon de la Cour supérieure, dans un dossier où l'interprétation des parties divergeait quant au contenu d'un contrat par lequel la demanderesse avait vendu des informations stratégiques pour le développement d'un projet de production d'énergie éolienne à la défenderesse, affirmait ce qui suit :

[141] Le Tribunal est d'avis que l'ambiguïté du contrat P-3 réside dans ce qu'il ne dit pas plutôt que dans ce qu'il dit. Après le « Term Sheet » et le « MOU », il appartenait à Invenergy de stipuler clairement son intention de ne verser des droits et redevances que sur un premier « PPA » alors que tous espéraient qu'il y en ait d'autres – comme cela a été d'ailleurs le cas.¹⁰¹

Dans l'affaire *Brunette Villeneuve c. Séguin*¹⁰², les parties avaient signé un contrat intitulé « Promesse d'achat et de vente conditionnelle » aux termes duquel elles entendaient se vendre mutuellement des terres agricoles au Québec et en Ontario. Les appelants avaient intenté une action en passation de titre à la suite du refus des intimés de donner suite au contrat considérant

97. *Immeubles Régime XV inc. c. Indigo Books & Music Inc.*, préc., note 85, par. 9.

98. 2017 QCCS 542.

99. *Newad Media inc. c. Red Cat Media inc.*, 2013 QCCA 129, par. 25.

100. D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 26, p. 870.

101. *Éolelectric inc. c. Invenergy Wind Canada*, 2017 QCCS 3603.

102. *Brunette Villeneuve c. Séguin*, 2018 QCCA 174.

le refus de la municipalité d'Alexandria de délivrer un permis pour la construction d'une résidence sur les terres des appelants. Les appelants invoquaient que le juge de première instance avait erré en interprétant les termes du contrat qui ne souffraient, selon eux, d'aucune ambiguïté et ne faisait nullement état de la condition invoquée par les intimés pour se dédire de la transaction. Soulignant d'emblée la rédaction peu sophistiquée du contrat, la Cour d'appel a statué que l'absence de mention quant aux conditions des ventes contenues à un contrat pourtant intitulé « Promesse d'achat et de vente conditionnelle » et le souci exprimé dans le texte du contrat que ces transactions ne soient pas considérées comme un échange donnant naissance à une ambiguïté¹⁰³.

Enfin, dans certaines circonstances, l'ambiguïté pourrait résulter d'un changement ultérieur dans les circonstances entourant l'exécution du contrat qui n'avait pas été anticipé par les parties au moment de sa signature¹⁰⁴, quoique l'analyse de la conduite ultérieure des parties peut constituer un cas limite d'interprétation, car il devient souvent plus logique de considérer qu'il s'agit d'un exercice visant ultimement à démontrer l'existence d'une modification subséquente du contrat plutôt qu'un élément de preuve probant de l'intention véritable des parties lors de la conclusion du contrat.

VI- LES RÈGLES DE PREUVE COMME DEUXIÈME REMPART À UNE APPLICATION TROP LARGE DU PRINCIPE DE LA RECHERCHE DE L'INTENTION VÉRITABLE DES PARTIES

Bien que la primauté de la volonté réelle des parties sur leur volonté déclarée ait été reconnue par la CSC, notamment à l'occasion de l'arrêt AES, la preuve de la volonté réelle des parties doit d'abord être (i) permise et (ii) prépondérante¹⁰⁵.

103. *Id.*, par. 17-20.

104. La doctrine et la jurisprudence ont qualifié ce type d'ambiguïté comme une « ambiguïté extrinsèque » dans la mesure où elle ne tire pas sa source du texte du contrat lui-même, mais bien d'une circonstance ultérieure. À cet effet voir : 6395473 *Canada ltée (Caicos Corporation) c. 9140-2347 Québec inc. (Harfang Construction)*, 2015 QCCS 5006 ; *Pépin c. Pépin*, 2012 QCCA 1661 ; D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 26, p. 871-872.

105. *Sobey's Québec inc. c. Coopérative des consommateurs de Ste-Foy*, préc., note 12 ; *Triantafylopoulos c. 9099-6695 Québec inc.*, préc., note 83.

D'entrée de jeu, rappelons que le principe de l'acte clair en est un d'interprétation et non une règle de preuve. Il ne peut en soi servir de fondement à une objection à la preuve. Le Code civil comprend plutôt deux règles de preuve prévues aux articles 2863 et 2864 C.c.Q., lesquelles sont susceptibles de s'appliquer lorsqu'une partie tente de démontrer l'existence d'une divergence entre le texte du contrat et la véritable volonté des parties. Ces deux règles doivent être examinées de près pour donner tout son sens au principe de l'acte clair.

A- La prohibition de la preuve testimoniale (2863 C.c.Q.)

L'article 2863 C.c.Q. peut être invoqué pour empêcher une partie d'administrer une preuve testimoniale pour contredire les termes d'un acte juridique constaté par un écrit :

2863. Les parties à un acte juridique constaté par un écrit ne peuvent, par témoignage, le contredire ou en changer les termes, à moins qu'il n'y ait un commencement de preuve.

Si une objection à la preuve basée sur ce principe est accueillie, une partie ne pourra donc pas, par exemple, invoquer les négociations verbales intervenues avant la signature du contrat pour démontrer l'existence d'une divergence entre les termes explicites de l'écrit et la véritable intention des parties, à moins d'établir un commencement de preuve¹⁰⁶.

Le commencement de preuve doit émaner de la partie à qui l'on entend l'opposer¹⁰⁷. Il « peut résulter d'un aveu ou d'un écrit émanant de la partie adverse, de son témoignage ou de la présentation d'un élément matériel, lorsqu'un tel moyen rend vraisemblable le fait allégué », comme énoncé par l'article 2865 C.c.Q. Il doit être sérieux, précis et convaincant¹⁰⁸.

106. Dans son ouvrage *Précis de la preuve*, l'auteur Léo Ducharme offre plusieurs exemples de circonstances où les tribunaux ont accueilli une objection basée sur la prohibition de la preuve testimoniale. À cet effet, voir : L. DUCHARME, préc., note 67, n^{os} 1094 et 1095.

107. 9108-4913 *Québec inc. c. Capitale Alliance commercial inc.*, 2008 QCCA 362, par. 21.

108. *Bernier c. Cadrin*, 2009 QCCA 1237, par. 30.

La preuve par témoignage d'une convention subséquente modifiant ou éteignant une obligation est, en principe, prohibée¹⁰⁹. Selon la Cour d'appel, la preuve testimoniale d'une deuxième convention qui ajoute à une première convention écrite peut être permise, mais est inadmissible lorsqu'on prétend que la deuxième convention modifie la première dans une de ses stipulations essentielles¹¹⁰.

La partie qui cherche à invoquer la prohibition de la preuve testimoniale doit s'objecter en temps utile puisqu'il ne s'agit pas d'une règle d'ordre public¹¹¹. Le plaideur devra s'objecter dès la première occasion puisque le tribunal pourra considérer que la portion du témoignage déjà rendu constitue un commencement de preuve au sens de l'article 2865 C.c.Q.¹¹².

Par ailleurs, la partie qui veut invoquer la prohibition de la preuve testimoniale ne doit pas avoir interrogé le témoin quant aux négociations précontractuelles ou quant à sa compréhension du contrat, sans quoi elle sera considérée comme ayant elle-même ouvert la porte à la preuve testimoniale¹¹³. En conséquence, le plaideur qui désire ultimement présenter une objection basée sur l'article 2863 C.c.Q. devra faire attention aux questions posées lors de l'interrogatoire des témoins de la partie adverse. Il devra également éviter de déposer au dossier du tribunal des extraits d'interrogatoires préalables qui exposent des éléments pour lesquels il désire pourtant vouloir en empêcher la mise en preuve aux termes de l'article 2863 C.c.Q.

En pratique, il n'est pas rare que la partie qui bénéficie des termes clairs d'un contrat ne s'objecte pas à la preuve testimoniale de la partie adverse visant à contredire le texte du contrat¹¹⁴. Dans un tel cas, la partie contre qui cette preuve est faite sera réputée avoir renoncé à en invoquer l'irrecevabilité et le tribunal ne pourra

109. *Entreprise Emilia Foods inc. c. 9210-7580 Québec inc.*, 2015 QCCS 511, par. 29.

110. *Cartier Parking inc. c. Entreprises Pétro-Canada inc.*, J.E. 90-1292 (C.A.).

111. *Sobeys Québec inc. c. Coopérative des consommateurs de Ste-Foy*, préc., note 12, par. 56.

112. *Banque de Montréal c. Rousseau*, 2007 QCCS 6205, par. 30.

113. *Ibid.* ; *Triantafylopoulos c. 9099-6695 Québec inc.*, préc., note 83.

114. *Sobeys Québec inc. c. Coopérative des consommateurs de Ste-Foy*, préc., note 12 ; *Atwater Bagminton and Squash Club c. Morgan*, 2014 QCCA 998 ; *Romano c. Dorelien*, 2011 QCCS 2207 ; *Teman c. Triou*, 2014 QCCS 2396 ; *Côté c. Entreprises Barrette ltée*, 1999 CanLII 11840 (QC CS).

soulever d'office la prohibition de la preuve testimoniale¹¹⁵. C'est notamment ce qui s'est produit dans l'affaire Sobey's où la Cour d'appel s'exprimait en ces termes :

[56] L'article 2863 C.c.Q. énonce une règle qui, toutefois, n'est pas d'ordre public en ce que, d'une part, une partie peut consentir à une preuve qui la contredit et que, d'autre part, elle ne peut être soulevée d'office par le tribunal (article 2859 C.c.Q.). Une partie, par voie d'objection en temps utile, peut toutefois s'opposer à ce que l'autre tente de contredire l'écrit, pour autant que ce dernier soit clair, car s'il ne l'est pas, c'est plutôt la règle de l'article 2864 C.c.Q. qui s'applique alors. En l'absence d'une objection, la preuve contraire à l'article 2863 C.c.Q. est recevable, le plaideur défaillant étant tenu pour avoir renoncé à en invoquer l'illégalité.

[57] En l'espèce, aucune objection n'ayant été formulée à l'encontre de la preuve qu'a faite Sobey's, seule demeure la question de savoir si cette dernière a réussi, selon le standard usuel de la prépondérance, à démontrer la véracité de la proposition de fait qu'elle avance, c'est-à-dire qu'elle-même et Coop ont convenu que le loyer à pourcentage payable par cette dernière aux termes de l'article 4.2 du Sous-bail R-5 ne comporterait pas de déduction relative à la TINR.

Aussi, les tribunaux, préférant peut-être vider le débat ou encore éviter que leurs jugements interlocutoires maintenant une objection ne fassent l'objet d'un appel immédiat¹¹⁶, choisissent fréquemment de prendre les objections fondées sur la prohibition de la preuve testimoniale sous réserve¹¹⁷.

Pour donner un véritable effet au principe de l'acte clair, nous soutenons que l'exercice de préinterprétation du contrat doit être effectué par le tribunal de façon préliminaire au début du procès. Une telle façon de faire comporte au moins deux avantages importants.

Premièrement, la perception du tribunal quant au caractère clair du contrat ou de l'interprétation qui doit y être donnée

115. C.c.Q., art. 2859.

116. Un jugement rendu en cours d'instance qui accueille une objection à la preuve est susceptible d'un appel immédiat sur permission. À cet effet, voir : *Code de procédure civile*, RLRQ, c. C-25.01, art. 31.

117. Voir par exemple : *Bellemare c. Baronet*, 2015 QCCS 2450 ; *Leboeuf c. 9038-9594 Québec inc.*, 2006 QCCS 5152 ; *Arno Électrique Ltée c. Hydro-Québec International Inc.*, 2004 CanLII 4662 (QC CS).

n'est pas susceptible d'être influencée par des éléments de preuve inadmissibles. Dans le cas contraire, l'exercice de préinterprétation du contrat mené après que le tribunal ait pris connaissance de l'ensemble des témoignages visant à contredire les termes de l'écrit peut s'avérer théorique, voire vide de sens. En effet, quel effet aurait le processus en deux étapes que commande le principe de l'acte clair si, quoi qu'il en soit, le tribunal prenait en compte l'ensemble des éléments de preuve soumis par les parties quant à leur véritable intention avant de déterminer que le contrat est clair ? Du moins de façon inconsciente et malgré les mises en garde énoncées par la jurisprudence, il est possible de croire que les éléments dont le tribunal ne doit tenir compte qu'à l'étape de l'interprétation du contrat influencent son raisonnement à l'étape de sa préinterprétation.

Deuxièmement, la détermination préalable du caractère clair du contrat peut permettre d'écourter le procès en évitant de longs témoignages et la présentation d'éléments de preuve dont le tribunal ne pourra, de toute manière, tenir compte. Ce faisant, il en résulte une économie importante au niveau du temps et des ressources du tribunal ainsi que des ressources des parties conformément aux principes directeurs énoncés au *Code de procédure civile* quant à la nécessité que la procédure assure « l'accessibilité, la qualité et la célérité de la justice civile, l'application juste, simple, proportionnée et économique de la procédure et l'exercice des droits des parties dans un esprit de coopération et d'équilibre »¹¹⁸. Comme l'affirme le juge Étienne Parent dans l'affaire *Cimi inc. c. CNH Canada ltée*, la « préoccupation de limiter le débat et d'éviter aux parties des coûts inutiles constitue une facette de la règle de la proportionnalité qui joue un rôle crucial à l'accessibilité à la justice »¹¹⁹.

Bien que cela puisse sembler évident, il est important de se rappeler que le principe visé par l'article 2863 C.c.Q. ne s'applique pas à la preuve documentaire visant à établir une distinction entre la volonté déclarée des parties et leur volonté réelle¹²⁰. En conséquence, il est toujours possible pour une partie de mettre en preuve un contrat préliminaire, une version antérieure du contrat

118. C.p.c., disposition préliminaire ; voir aussi : C.p.c., art. 9, 18 et 19.

119. 2011 QCCS 1560, par. 11.

120. Jean-Claude ROYER, *La preuve civile*, 5^e éd., Montréal, Éditions Yvon Blais, 2016, p. 727.

final, les courriels échangés entre les parties avant ou après la signature du contrat ou tout autre écrit afin de prouver que l'intention commune des parties se distingue des termes explicites du contrat final, dans la mesure où ces écrits sont pertinents¹²¹. Ces écrits sont en principe recevables en preuve, mais ils ne seront pas nécessairement préférés au contrat final. En principe, le contrat définitif doit primer sur l'écrit préliminaire puisqu'il est présumé refléter la véritable intention des parties¹²².

Par ailleurs, soulignons que la recevabilité en preuve d'un écrit préliminaire ne signifie pas que le tribunal doive nécessairement procéder à un exercice d'interprétation du contrat et rechercher l'intention des parties au-delà des termes énoncés au contrat final. C'est notamment ce qui se dégage d'une lecture du jugement du juge Jean Lemelin, j.c.s., dans l'affaire *Résidence Quartier Sud inc. c. Société immobilière Carrefour Saint-Romuald inc.*¹²³, où l'offre d'achat qui avait précédé l'acte de vente d'un terrain vacant prévoyait que l'acte qui constaterait la vente devait inclure une clause d'exclusivité pour l'exploitation d'une résidence pour personnes retraitées, mais où cette clause n'a finalement pas été incluse au contrat final entre les parties. Malgré l'existence d'une divergence entre l'écrit préliminaire et le contrat final ainsi que les arguments de la partie demanderesse fondée notamment sur les arrêts AES et Sobeys, le juge Lemelin a refusé de modifier les termes clairs du contrat final, considérant l'absence d'ambiguïté.

Finalement, il convient de distinguer l'écrit préliminaire provenant d'une seule partie (p. ex. : projet de contrat non signé) de l'avant-contrat (p. ex. : une promesse d'achat) signé par les deux parties. Dans le premier cas, un tel écrit ne suffira pas, en principe, à contredire les termes du contrat définitif, sous réserve qu'une preuve additionnelle établisse que l'écrit préliminaire reflète la véritable intention des parties¹²⁴. Dans le deuxième cas, la diver-

121. Voir notamment : *Vidéotron ltée c. Rogers Wireless Partnership*, 2009 QCCS 996 ; Christine LEBRUN, *La clause d'intégralité au Québec*, 2007-2008, Tome 67, Revue du Barreau du Québec, p. 49.

122. *Weston White c. Aladdin Estimation inc.*, 2010 QCCS 3294, par. 51 ; L. DUCHARME, préc., note 67, n° 1152 citant : *City of Quebec c. North Shore Railway Co.*, (1897) 37 R.C.S. 119 ; *Amparo Construction inc. c. Compagnie d'assurance Standard Life*, [1986] R.J.Q. 2030, conf. par J.E. 90-631 (C.A.).

123. 2017 QCCS 6201.

124. *Ihag-Holding, a.g. c. Corporation Intrawest*, 2011 QCCA 1986 ; L. DUCHARME, préc., note 67, n° 1152.

gence entre les termes de l'avant-contrat et du contrat final est susceptible de créer une ambiguïté ouvrant la porte à une preuve testimoniale et l'interprétation du contrat¹²⁵.

B- L'admissibilité de la preuve testimoniale pour interpréter un écrit (2864 C.c.Q.)

Outre les cas de commencement de preuve, la prohibition de la preuve testimoniale souffre également plusieurs exceptions, lesquelles sont énoncées à l'article 2864 C.c.Q. :

2864. La preuve par témoignage est admise lorsqu'il s'agit d'interpréter un écrit, de compléter un écrit manifestement incomplet ou d'attaquer la validité de l'acte juridique qu'il constate.

D'abord, la preuve testimoniale est permise pour interpréter un écrit puisque l'acte d'interprétation ne vise pas à contredire l'écrit, mais plutôt à faire apparaître son véritable contenu¹²⁶.

Mais quelle est la différence entre un témoignage qui vise à contredire un écrit et celui qui vise à guider le tribunal dans son interprétation de l'écrit censé refléter le contrat intervenu entre les parties ? Il s'agit là de la question centrale souvent mise de côté dans tout le débat qui entoure l'interprétation des contrats. Nous pensons que l'article 2864 C.c.Q. doit être interprété de manière à assurer l'équilibre entre la recherche de l'intention véritable, d'une part, et le principe de l'acte clair, d'autre part.

Comme le commande le principe de l'acte clair, c'est l'existence d'une ambiguïté qui ouvre la porte à l'interprétation des contrats. Ainsi, si le sens à être donné à un écrit est ambigu, la preuve testimoniale visant à contredire ses termes et établir la véritable intention des parties sera permise¹²⁷. À l'inverse, la preuve testimoniale n'est pas permise pour contredire les termes d'un écrit dont les termes, selon une lecture globale du contrat et replacés dans leur contexte, sont clairs. En conséquence, on constate que la mise en œuvre de la prohibition de la preuve testimoniale demande

125. L. DUCHARME, préc., note 67, n° 1153 ; C. LEBRUN, préc., note 121, p. 49.

126. L. DUCHARME, préc., note 67, n° 1103.

127. Voir, par exemple : *Indigo Books & Music Inc. c. Immeubles Régime XV inc.*, 2012 QCCA 239 ; L. DUCHARME, préc., note 67, n° 1105.

aussi que le tribunal se livre à l'exercice de préinterprétation du contrat exigé par le principe de l'acte clair.

Comme l'énonce la juge Louise Lemelin dans l'affaire *General Datacomm Industries Inc. c. Miranda Technologies inc.*, « les circonstances de la formation du contrat, la conduite subséquente des parties dans son exécution et même le sens de certains mots peuvent être établis par preuve testimoniale, mais toujours à la condition que l'écrit ne soit pas clair ou complet »¹²⁸.

La preuve d'une ambiguïté doit résulter d'un exercice de préinterprétation complété de façon préliminaire et non d'une preuve complète obtenue au bout d'un procès qui viendrait justifier de façon rétroactive l'ambiguïté recherchée au départ de l'analyse.

C- L'écrit manifestement incomplet (2864 C.c.Q.)

Ensuite, la preuve par témoignage est aussi permise lorsqu'il est question de compléter un écrit manifestement incomplet.

Selon les *Commentaires du ministre de la Justice*, ce principe ne remet pas en cause la stabilité des contrats et la règle énoncée à l'article 2863 C.c.Q. puisque la preuve testimoniale, dans le cas d'un écrit manifestement incomplet, ne vise pas à contredire l'écrit, mais seulement à le compléter¹²⁹.

Un écrit sera considéré comme manifestement incomplet lorsqu'il omet d'inclure un élément essentiel qui doit normalement se trouver dans un acte juridique de pareille nature¹³⁰. Selon l'auteur Ducharme, un « écrit est manifestement incomplet lorsqu'à l'examen de ses dispositions, il appert qu'un élément qui devait s'y trouver ne s'y trouve pas »¹³¹.

Par exemple, un document indiquant le coût estimé des différents travaux devant être accomplis dans le cadre d'un projet

128. 2006 QCCS 3945.

129. *Commentaires du ministre de la Justice*, Le Code civil du Québec, t. 1, Québec, Publications du Québec, 1993, p. 1794 cité dans *Ferme Gross et Fils inc. c. Fafard*, 2011 QCCS 1406.

130. *Trikon Technologies inc. c. Germain*, 2001 CanLII 24419 (QC CQ).

131. L. DUCHARME, préc., note 67, n° 1109.

de construction que l'on prétend être un contrat de construction liant les parties a été considéré manifestement incomplet puisque ne contenant aucune date pour le début des travaux ni délai pour terminer la construction et aucune disposition quant aux modalités de paiement¹³².

Cette permission demeure conforme au principe de l'acte clair puisqu'un acte manifestement incomplet doit nécessairement être considéré comme ambigu sur la question à compléter.

VII- CONCLUSION

Il est possible de résumer l'interaction entre les règles énoncées aux articles 2863 à 2865 C.c.Q. et le principe de l'acte clair par les énoncés suivants :

- a) Lorsque le texte d'un acte juridique est clair et ne comporte aucune ambiguïté, le tribunal doit se contenter de l'appliquer à la situation factuelle en cause et ne peut l'interpréter. Dans un tel cas et à moins que l'écrit ne soit manifestement incomplet ou qu'un commencement de preuve soit établi, la preuve testimoniale n'est pas permise pour contredire les termes de l'écrit (2863 C.c.Q.). La prohibition de la preuve testimoniale n'étant pas d'ordre public, il appartient toutefois à la partie qui s'appuie sur les termes explicites du contrat de s'objecter en temps utile.
- b) Lorsque le texte d'un acte juridique comporte une ambiguïté, le tribunal doit interpréter le contrat en vue de rechercher l'intention véritable des parties conformément aux principes énoncés aux articles 1425 à 1432 C.c.Q. Dans un tel cas, la preuve testimoniale visant à établir que l'intention véritable des parties diverge du texte du contrat est permise puisqu'il s'agit d'interpréter le contrat (2864 C.c.Q.).
- c) L'exercice de préinterprétation du contrat doit être effectué de façon préliminaire avant l'administration de la preuve testimoniale pour donner plein effet à la règle de l'acte clair.

132. *Location Lauzon inc. c. 2428-8516 Québec inc. (Construction La-Ray)*, 2007 QCCS 4514.

Le jugement rendu par le juge Lukasz Granosik de la Cour supérieure, dans l'affaire *Triantafylopoulos c. 9099-6695 Québec inc.*¹³³, constitue un exemple intéressant de l'état du droit québécois quant à la portée du principe de l'acte clair à la suite des arrêts Sobey et AES.

Dans cette affaire, un conflit entre actionnaires avait mené à des négociations, lors desquelles les parties ont pu être assistées de professionnels, et, ultimement, à la signature d'une transaction. La transaction prévoyait le règlement du litige intervenu entre les parties en contrepartie du paiement par les actionnaires majoritaires d'un montant de 800 000 \$, cette contrepartie devant être payée sans incidence fiscale par l'entremise d'opérations élaborées par les avocats des parties. Subséquemment, cette transaction a occasionné des conséquences fiscales fâcheuses pour l'actionnaire minoritaire. Celui-ci a alors choisi de déposer une demande en justice pour faire rectifier l'entente en vue de la rendre conforme à l'intention commune des parties.

Il est important de noter que les défenderesses s'étaient objectées, d'entrée de jeu, à la preuve testimoniale visant à contredire les termes de la transaction conformément à l'article 2683 C.c.Q. Or, le dépôt des notes sténographiques par les défendeurs de l'interrogatoire au préalable du demandeur, lequel comprenait plusieurs questions et réponses quant aux propositions soumises de part et d'autre avant la signature du contrat, a été considéré comme une renonciation à invoquer la règle prévue à l'article 2863 C.c.Q., puisque celle-ci n'est pas d'ordre public.

Malgré la preuve testimoniale présentée par le demandeur visant à contredire les écrits constatant la transaction intervenue entre les parties, le juge Granosik énonce qu'il n'y a pas lieu d'interpréter le contrat, lequel est rédigé très clairement, considérant qu'il n'y a aucun doute sur sa nature et sa compréhension. Ce faisant, il réitère le principe de l'acte clair en écrivant qu'un « contrat qui n'est pas ambigu n'est pas sujet à interprétation ». Confronté aux arguments du demandeur, lequel invoquait l'arrêt AES, le juge Granosik souligne la distinction importante entre un contexte où les deux parties au contrat demandent sa rectifica-

133. 2015 QCCS 6039 ; *Guzzo c. Fiducie Immobilière MCM*, 2004 CanLII 27422 (QC CS).

tion pour se conformer à leur intention et celui où la position des parties diverge à cet égard¹³⁴.

Cependant, le juge Granosik considère la preuve et les arguments présentés par le demandeur non pas comme un exercice d'interprétation du contrat de transaction, mais bien comme une tentative de contredire les termes de la transaction, lesquels ne représenteraient pas la véritable intention des parties¹³⁵.

Citant les principes énoncés dans l'arrêt *Sobeys*, il énonce qu'il est possible pour une partie de demander au tribunal d'intervenir pour faire primer la volonté réelle des parties sur leur volonté déclarée si la demande respecte deux conditions¹³⁶. Premièrement, la preuve testimoniale qui tend à contredire l'écrit doit être admissible¹³⁷. Deuxièmement, il faut que la preuve démontre de façon prépondérante la volonté réelle des parties¹³⁸.

Considérant que la preuve testimoniale avait été permise, le juge Granosik a évalué l'ensemble des arguments et de la preuve présentée quant aux négociations ayant précédé le contrat de transaction avant de finalement conclure que le texte du contrat était conforme à l'intention commune des parties. À l'instar de l'affaire *Jean Coutu*, l'intention générale du demandeur que la transaction soit neutre au plan fiscal ne correspondait pas à l'intention commune des parties, cette intention correspondant plutôt aux opérations que les parties avaient convenu de conclure dans les documents transactionnels.

Si nous avons pu constater dans les dernières années une certaine tendance privilégiant le recours quasi systématique à un exercice d'interprétation complet et la considération d'éléments de preuve extrinsèques au contrat, il sera intéressant de voir si la réaffirmation du principe de l'acte clair par la CSC dans l'arrêt *Uniprix* aura pour effet d'amener les tribunaux à procéder à l'étape de la préinterprétation du contrat de façon plus rigoureuse et systématique avant de rechercher la véritable intention des par-

134. *Triantafylopoulos c. 9099-6695 Québec inc.*, préc., note 83, par. 87.

135. *Id.*, par. 85.

136. *Id.*, par. 90.

137. *Ibid.*

138. *Ibid.*

ties au-delà du texte du contrat. Nous pouvons également nous demander si les tribunaux, plutôt que de prendre sous réserve les objections fondées sur la prohibition de contredire l'écrit, accepteront plutôt de trancher ces objections immédiatement dans le but de faire respecter le principe de l'acte clair tout en s'assurant une application juste, simple, proportionnée et économique de la procédure.

Le rétributivisme et l'utilitarisme comme justification de la peine en droit canadien : débat vétuste ou assise fondamentale ?

Olivier BÉLIVEAU

Résumé

L'utilitarisme et le rétributivisme sont deux philosophies invoquées pour justifier l'infliction d'une peine. Alors que l'utilitarisme justifie une peine à la lumière de ses effets bénéfiques futurs, le rétributivisme est tourné vers l'action passée et le blâme qui s'y rattache. Le présent texte décrit ces deux notions en apparence contradictoires, tout en abordant la question du déterminisme. Il explique que les deux théories sont toujours pertinentes, pour ensuite préciser de quelle manière elles se manifestent en droit pénal canadien, notamment en considération du *Code criminel*, des objectifs de dénonciation et de dissuasion, ainsi que du principe de proportionnalité. Il propose ultimement la conciliation des deux concepts.

Le rétributivisme et l'utilitarisme comme justification de la peine en droit canadien : débat vétuste ou assise fondamentale ?

Olivier BÉLIVEAU*

I-	L'UTILITARISME ET LE RÉTRIBUTIVISME COMME JUSTIFICATION DE LA PEINE.	246
A-	L'utilitarisme	246
B-	Le rétributivisme	249
C-	La relation entre rétributivisme, utilitarisme et déterminisme	253
D-	La pertinence du débat	254
II-	LE DROIT PÉNAL CANADIEN À LA LUMIÈRE DU RÉTRIBUTIVISME ET DE L'UTILITARISME	257
A-	L'utilitarisme, le rétributivisme et les objectifs de la peine	259
	Le préambule de l'article 718 C.cr.	259
	L'objectif de dénonciation édicté au paragraphe 718 a) C.cr.	260

* Olivier Béliveau avec la collaboration de Laurence Migué, étudiants. Cet article fut écrit dans le cadre du cours de 2^e cycle de pénologie offert à la Faculté de droit de l'Université de Montréal.

L'objectif de dissuasion édicté au paragraphe 718 b) C.cr.	261
B- L'utilitarisme, le rétributivisme et le principe de proportionnalité	263
C- La conciliation des théories de la peine en droit canadien	265
CONCLUSION.....	267
TABLE DE LA LÉGISLATION	269
TABLE DE LA JURISPRUDENCE	269
BIBLIOGRAPHIE	269

En 1833, le Haut-Canada adoptait une loi limitant le recours à la peine capitale¹. Dorénavant, celle-ci n'allait s'appliquer que pour les infractions les plus sérieuses. L'incarcération allait ainsi prendre la place de la peine de mort à titre de « clef de voûte de la structure pénale »². La peine capitale fut par la suite parfaitement évacuée du droit canadien en 1976. Les conséquences de ces modifications législatives sur le processus de la détermination de la peine n'étaient pas à sous-estimer. Comme l'indique la Commission Archambault dans son rapport sur la réforme de la sentence, la création d'un régime de la peine fondé sur l'incarcération allait faire « immédiatement surgir tout un faisceau de questions incontournables qui n'existaient pas avec la peine capitale »³. En effet, cette dernière n'était sujette à aucune modulation. En revanche, la peine d'emprisonnement peut être allègrement modulée par le juge qui l'impose au vu des circonstances particulières à chaque espèce. On dira donc que c'est lors du remplacement progressif de la peine capitale par l'incarcération qu'a vu le jour le processus complexe de détermination de la peine que nous connaissons aujourd'hui⁴.

Si la détermination de la sentence a considérablement évolué depuis le XIX^e siècle, certains débats philosophiques concernant la peine sont demeurés en suspens. En filigrane de l'étude de la sentence se pose en effet toujours la question fondamentale de savoir *pourquoi punir*. Nombre de penseurs occidentaux, confrontés à la pratique étatique de l'imposition de sanctions, se sont questionnés à travers les âges sur la façon de justifier le monopole de la violence légitime par l'État. Deux théories opposées de la peine ont traditionnellement retenu l'attention des philosophes et théoriciens du droit, sans que l'une d'elles parvienne vraiment

1. Statutes of Upper Canada (Stat. U.C.) 3 Wm. IV (1833), c. 3.

2. COMMISSION CANADIENNE SUR LA DÉTERMINATION DE LA PEINE, *Réformer la sentence : une approche canadienne*, Ottawa, Ministre des Approvisionnements et Services Canada, 1987, p. 25.

3. *Id.*

4. *Id.*

à triompher le débat⁵. Il s'agit des conceptions utilitariste et rétributiviste de la peine.

Cet essai se divise en deux parties. Nous tâchons en un premier temps de circonscrire les concepts d'utilitarisme et de rétributivisme. Dans cette optique, nous abordons la notion de déterminisme et soulevons la question de la pertinence du débat dans le cadre de l'étude de la peine au Canada. En un second temps, nous nous intéressons à la façon dont les deux écoles de pensée fondamentalement contradictoires se manifestent et se côtoient dans le droit positif canadien, à l'ère de la plurifonctionnalité de la peine.

I- L'UTILITARISME ET LE RÉTRIBUTIVISME COMME JUSTIFICATION DE LA PEINE

Les philosophies utilitariste et rétributiviste se déclinent l'une et l'autre en une variété de doctrines diverses. L'étude exhaustive de ces nuances théoriques au sein des philosophies discutées outrepassé l'objet du présent article. Nous nous contentons donc de proposer une description de l'utilitarisme et du rétributivisme en termes généraux.

A- L'utilitarisme

L'utilitarisme est une doctrine philosophique et morale développée au cours des XVIII^e et XIX^e siècles, notamment par Jeremy Bentham et John Stuart Mill. Cette philosophie s'axe autour du principe d'utilité, que Bentham définit comme étant le « [Traduction] principe qui approuve ou désapprouve toute action en accord avec la tendance à augmenter ou à diminuer le bonheur de la partie dont l'intérêt est en question »⁶. Autrement dit, l'utilitarisme dicte qu'est bonne l'action qui maximise le bonheur ou le bien-être de la société. Bentham pose que « [la] Législation doit avoir précisément le même objet »⁷. Cela étant, il reconnaît que la peine est un

5. Mark TUNICK, *Punishment: Theory and Practice*, Berkeley, University of California Press, 1992, p. 67 ; Allan MANSON, *The Law of Sentencing*, coll. « Essentials of Criminal Law », Toronto, Irwin Law, 2001, p. 31.

6. Jeremy BENTHAM, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Londres, Oxford University Press Warehouse, 1823 (original 1789).

7. Jeremy BENTHAM, *Traité de législation civile et pénale*, t. 1, Paris, Bossange, Masson et Besson, 1802, p. 98.

mal pour la personne qui la subit et que ce mal n'est pas *a priori* souhaitable dans une optique de maximisation du bonheur de la société. Ainsi le bien commun engendré par l'infliction de la peine devra nécessairement être supérieur au mal qu'elle engendre pour que celle-ci soit justifiée⁸. L'utilitarisme est aussi appelé conséquentialisme dans le cadre des débats relatifs à la justification de la peine, étant donné que cette philosophie met l'accent sur la conséquence de la peine par rapport au bien-être sociétal⁹.

Clayton Ruby, dans son ouvrage sur la détermination de la peine, résume fort bien l'effet de la logique utilitariste sur la sévérité de la peine : « From a utilitarian perspective, the court ought to impose the minimum sentence that will offer adequate public protection and must guard against the temptation to increase the penalty to public outcry »¹⁰. Ainsi, l'utilitarisme rejette les préceptes du rétributivisme. Ce dernier, qui peut se justifier de plusieurs manières, est vu par les utilitaristes comme au mieux une philosophie morale erronée et au pire comme un despotisme caché et arbitraire, n'admettant aucun appel¹¹. Les utilitaristes argueront que comme les rétributivistes se contredisent entre eux, il s'ensuit que ce qu'on pourrait appeler justice naturelle ou conscience morale n'est rien d'autre qu'un mirage¹².

Beccaria, lui aussi notoirement reconnu comme l'un des pères de l'utilitarisme, s'exprime comme suit : « The aim [...] of punishment can only be to prevent the criminal committing new crimes against his countrymen, and to keep others from doing likewise »¹³. Sa vision est donc très utilitariste, mais elle inclut aussi un élément de proportionnalité, qui vise à s'assurer que la sentence n'est pas excessive, ce qui a amené certains juristes à considérer sa théorie comme essentiellement utilitariste, mais comportant certains aspects plus moraux¹⁴.

Mark Tunick, professeur de science politique à l'Université Stanford, dresse un portrait efficace de la fonction de la peine

8. *Id.*

9. A. MANSON, préc., note 5, p. 41.

10. Clayton RUBY, *Sentencing*, 7^e éd., Markham, LexisNexis Canada, 2008, p. 3.

11. J. BENTHAM, préc., note 7, p. 10 et ss.

12. J. BENTHAM, préc., note 7.

13. Jeremy BENTHAM, *On Crimes and Punishments*, New York, Marilio Publishers, 1996 (original 1764), p. 49.

14. A. MANSON, préc., note 5, p. 50 ; M. TUNICK, préc., note 5, p. 77-78.

selon la perspective utilitariste et pose que celle-ci sera nécessairement axée vers le futur :

the utilitarian believes that we punish to deter future crime, or incapacitate the dangerous criminal, or perhaps reform him, but, in any case, that we punish for some future good, or to augment social utility, and that in punishing we are, and should be, guided by the principle that we should augment pleasure and decrease pain.¹⁵ (Nous soulignons)

Étant donné que l'utilitarisme est dirigé par le principe d'utilité, il est impossible pour celui-ci de justifier une peine qui ne viserait qu'une fonction purement punitive. La peine, selon la perspective utilitariste, doit nécessairement résulter en un plus grand bien que sa non-imposition. Au contraire, le rétributivisme admet que la sentence peut ne pas maximiser le bonheur pour le plus grand nombre, mais argue que la peine peut tout de même être justifiée car l'acte posé est mal en soi et doit être puni à ce titre. Cela étant, la plupart des utilitaristes contemporains reconnaissent l'importance du principe rétributiviste selon lequel seuls les coupables doivent être punis et tentent de concilier l'utilitarisme avec cet impératif rétributiviste¹⁶.

Plusieurs notions utilitaristes semblent inconsistantes avec notre système de justice. Par exemple, un utilitariste « pur » pourrait ne pas voir l'utilité qu'une condamnation précède la peine. En effet, si les preuves sont insuffisantes, mais que la personne représente tout de même un danger pour la société, alors il serait possible pour un utilitariste d'arguer que l'octroi d'une peine reste justifié étant donné qu'il maximise le plus grand bonheur pour le plus grand nombre en assurant la sécurité de la population¹⁷.

Comme nous le verrons plus loin, les objectifs de neutralisation et de dissuasion sont éminemment utilitaristes. Ils sont axés sur la maximisation du bien-être futur de la société, par le biais de la minimisation du risque de récidive¹⁸. Or, un autre problème associé à l'utilitarisme est que l'efficacité de ces objectifs

15. M. TUNICK, préc., note 5, p. 14.

16. *Id.*, p. 173-174.

17. A. MANSON, préc., note 5, p. 41.

18. *Id.*, p. 41-49.

est sujette à de nombreuses controverses¹⁹. Il nous appert donc évident que l'école utilitariste ne saurait constituer à elle seule un fondement philosophique solide sur lequel asseoir le processus de détermination de la peine. Cette philosophie ne représente pas non plus un prisme analytique permettant de rendre compte fidèlement de la réalité du fonctionnement de l'appareil judiciaire dans son ensemble.

B- Le rétributivisme

Si les tenants de la théorie utilitariste justifient l'imposition de la peine en invoquant ses effets bénéfiques *futurs*, guidés par le principe d'utilité ou de maximisation du bien-être de la société, les doctrines rétributivistes sont généralement qualifiées de *rétrospectives*²⁰. « Rétribution » est issu du latin « retribuo », qui renvoie à « l'action de rendre la pareille ». Le rétributivisme est donc tourné vers l'action passée et le blâme qui s'y rattache dans sa justification de la sanction²¹.

Mark Tunick présente le rétributiviste comme suit : « the *retributivist* believes that we punish to meet out justice, express society's righteous anger and condemnation, and vindicate right, and that in punishing we are, and should be, guided by the principle that we should punish only when doing so serves justice and right »²². Les raisons que le rétributiviste invoque au soutien de la punition sont donc essentiellement d'ordre moral²³. La théorie rétributiviste de la peine a en effet pour postulat que la justice exige que soit châtié celui qui adopte un comportement répréhensible²⁴. Ainsi, comme le dit Kant dans sa *Métaphysique des mœurs*,

19. *Id.*, p. 43-46 ; *Brais c. R.*, 2016 QCCA 356 ; *Paré c. R.*, 2011 QCCA 2047, par. 44-62 ; Paul GENDREAU, Claire GOGGIN et Francis T. CULLEN, *L'incidence de l'emprisonnement sur la récidive*, Ottawa, Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, 1999.

20. COMMISSION CANADIENNE SUR LA DÉTERMINATION DE LA PEINE, préc., note 2, p. 128 ; Brian ROLFES, « The Golden Thread of Criminal Law – Moral Culpability and Sexual Assault », (1998) 61 Sask. L. Rev. 87, par. 12 ; M. TUNICK, préc., note 5, p. 94.

21. A. MANSON, préc., note 5, p. 31 et 35 ; R.A. DUFF, *Trials and Punishments*, Cambridge, Cambridge University Press, 1986, p. 4 ; COMMISSION CANADIENNE SUR LA DÉTERMINATION DE LA PEINE, préc., note 2, p. 125.

22. M. TUNICK, préc., note 5, p. 165.

23. COMMISSION CANADIENNE SUR LA DÉTERMINATION DE LA PEINE, préc., note 2, p. 140.

24. *Id.* ; M. TUNICK, préc., note 5, p. 68.

« [l]a *peine juridique* [...] ne peut jamais être considérée simplement comme un moyen de réaliser un autre bien, [...] mais doit uniquement lui être infligée, *pour la seule raison qu'il a commis un crime* »²⁵. La simple existence d'une offense justifie la réponse pénale²⁶ ; la question de l'utilité sociale de la peine importe peu, voire pas du tout²⁷.

De plus, le rétributivisme a pour fondement éthique qu'il est immoral de traiter un individu comme une ressource pour autrui²⁸ : « [...] l'homme ne peut jamais être traité simplement comme un moyen pour les fins d'autrui et être confondu avec les objets du droit réel »²⁹. Une philosophie utilitariste de la peine, où la sentence est déterminée strictement en fonction d'un principe d'utilité sociale, peut cependant justifier une telle pratique. Lorsque l'on pousse la théorie utilitariste à l'extrême, on constate en effet que celle-ci pourrait justifier l'imposition d'une punition à un innocent, dans la mesure où cela servirait le bien commun³⁰. Or, comme mentionné plus tôt³¹, certains utilitaristes modernes, comme Bentham³², adoptent le principe rétributiviste selon lequel *on ne doit punir qu'en présence d'une offense* et rejettent ainsi la punition d'un innocent pour des fins d'utilité sociale³³. Cela dit, il demeure que la philosophie utilitariste peut à tout le moins justifier l'infliction d'une sentence sévère à un contrevenant dont la culpabilité morale est relativement peu importante³⁴.

Si certains rétributivistes s'en tiennent au principe voulant qu'on ne punisse qu'en présence d'une offense³⁵, d'autres poussent la théorie plus loin. Kant, que certains placent à l'origine de la

25. Emmanuel KANT, *Métaphysique des mœurs – Première Partie : Doctrine du droit*, coll. « Bibliothèque des textes philosophiques », Paris, Librairie philosophique J. Vrin, 1979, p. 214.

26. A. MANSON, préc., note 5, p. 31.

27. M. TUNICK, préc., note 5, p. 68 et 84 ; W.E. BRETT CODE, « Proportionate Blameworthiness and the Rule against Constructive Sentencing », (1992) 11 CR-ART 40, 41.

28. COMMISSION CANADIENNE SUR LA DÉTERMINATION DE LA PEINE, préc., note 2, p. 146.

29. E. KANT, préc., note 25, p. 214.

30. W.E. BRETT CODE, préc., note 27, 41 ; Don E. SCHEID, « Constructing a Theory of Punishment, Desert, and the Distribution of Punishments », (1997) 10 Can. J.L. & Juris. 441, par. 3 ; M. TUNICK, préc., note 5, p. 74.

31. Voir Partie I, A.

32. J. BENTHAM, préc., note 6, p. 171.

33. M. TUNICK, préc., note 5, p. 107.

34. D.E. SCHEID, préc., note 30, par. 3.

35. Nous pensons ici à Andrew Von Hirsch et James Griffin, par exemple.

pensée moderne rétributiviste³⁶, soutient non seulement que *l'on ne doit punir qu'en présence d'une offense*, mais aussi que *toute offense doit toujours être punie*³⁷. C'est dire que l'innocent ne saurait en aucun cas être châtié ; c'est aussi dire que l'offenseur doit toujours être puni. Le rétributivisme convaincu de Kant est manifeste lorsqu'il soutient que « le dernier meurtrier » doit être châtié :

[Traduction] Même si la société civile devait se dissoudre avec le consentement de tous ses membres (si par exemple, un peuple habitant une île décidait de se séparer et de se disperser dans le monde tout entier), le dernier meurtrier se trouvant en prison devrait préablement être exécuté, afin que chacun éprouve la valeur de ses actes, et que le sang versé ne retombe point sur le peuple qui n'aurait point voulu ce châtement, car il pourrait être considéré alors comme complice de cette violation de la justice publique.³⁸

Rares sont les rétributivistes aujourd'hui qui acceptent la proposition de Kant de punir en l'absence de tout effet bénéfique identifiable³⁹. James Griffin, par exemple, optera pour une approche de la peine centrée sur la personne de l'offenseur. Griffin refusera d'infliger une punition sur des fondements rétributivistes si l'offenseur change pour le bien⁴⁰. C'est dire que le meurtrier retrouvé cinquante années après qu'il eut commis son crime, s'il n'est en rien celui qu'il a jadis été et qu'il est devenu un homme de bien, ne doit pas être puni. Or, si on adopte la position kantienne voulant que toute offense doit toujours être punie, cet homme doit payer pour le mal qu'il a causé afin que l'équilibre de la justice soit retrouvé. Kant et ses disciples se distinguent également de plusieurs penseurs, qui, bien que fondamentalement rétributivistes, sont sensibles à certaines considérations utilitaires de la peine. C'est le cas de Andrew Von Hirsch, pénaliste de renom dont la contribution à la théorie rétributiviste moderne de la peine est majeure. Von Hirsch soutient en effet que « [Traduction] si la peine n'avait aucune valeur préventive, la souffrance qu'elle inflige serait injustifiée »⁴¹.

36. COMMISSION CANADIENNE SUR LA DÉTERMINATION DE LA PEINE, préc., note 2, p. 144.

37. M. TUNICK, préc., note 5, p. 100.

38. E. KANT, préc., note 25, p. 216.

39. A. MANSON, préc., note 5, p. 34.

40. M. TUNICK, préc., note 5, p. 107.

41. Andrew VON HIRSCH, *Past and Future Crimes – Deservedness and Dangerousness in the Sentencing of Criminals*, New Brunswick, Rutgers University Press, 1985, p. 54.

Von Hirsch est un éminent défenseur de la doctrine du « just deserts ». Cette doctrine aux assises rétributivistes exerce une influence notable sur les différentes théories de la peine aujourd'hui et s'est retrouvée au cœur de nombre de débats sur les réformes de détermination de la peine⁴². Von Hirsch admet que la pratique de la punition, en général, puisse se justifier en termes utilitaristes de prévention du crime⁴³. Or, la notion de prévention du crime s'avère insuffisante lorsque vient le temps de déterminer *dans quelle mesure* le coupable doit être puni⁴⁴. Ici intervient la notion du « just deserts » qui veut essentiellement que la peine appropriée à imposer au contrevenant soit fonction de ce qu'il mérite ou de son « juste dû ». Selon plusieurs auteurs, le « desert » constitue une caractéristique fondamentale de la philosophie rétributiviste de la peine, à laquelle adhèrent la grande majorité de ses défenseurs⁴⁵. Don E. Scheid, dans son article « Constructing a Theory of Punishment, Desert, and the Distribution of Punishments », pose qu'une peine imposée sur la base du mérite a les caractéristiques suivantes : la peine infligée à un coupable doit l'être sur la base des caractéristiques propres de l'offenseur ; elle doit être strictement proportionnelle à la conduite répréhensible du coupable au regard de la conduite répréhensible des autres ; et la peine infligée ne doit l'être que sur la base du degré de responsabilité du coupable⁴⁶.

Que retenir donc, de ces diverses composantes et variantes du rétributivisme ? D'abord, quelle que soit la doctrine rétributiviste mise de l'avant, elles justifient toute la peine en la reliant à l'infraction passée⁴⁷. De plus, toutes s'entendent sur le fait que le coupable doit souffrir pour le mal qu'il a volontairement causé et qu'il est du devoir de l'État d'imposer cette punition⁴⁸. Finalement, il est possible d'arguer que l'ensemble des doctrines rétributivistes émane d'un seul et même principe directeur voulant que l'on punisse pour servir la justice⁴⁹.

42. A. MANSON, préc., note 5, p. 38 ; COMMISSION CANADIENNE SUR LA DÉTERMINATION DE LA PEINE, préc., note 2, p. 157.

43. A. MANSON, préc., note 5, p. 38.

44. *Id.*

45. *Id.*, p. 32 ; M. TUNICK, préc., note 5, p. 20 ; D.E. SCHEID, préc., note 30, par. 39.

46. D.E. SCHEID, préc., note 30, par. 65.

47. A. MANSON, préc., note 5, p. 35 ; R.A. DUFF, préc., note 21, p. 4.

48. A. MANSON, préc., note 5, p. 32.

49. M. TUNICK, préc., note 5, p. 107-108 ; voir aussi B. ROLFES, préc., note 20, par. 19.

C- La relation entre rétributivisme, utilitarisme et déterminisme

Afin de nous aider à mieux saisir les écoles rétributiviste et utilitariste, nous jugeons ici à propos de dire quelques mots sur le déterminisme. Ce courant philosophique s'axe autour du principe de causalité, c'est-à-dire le principe selon lequel chaque événement est la résultante d'un événement antérieur ou du rassemblement des conditions nécessaires à son existence. Le déterminisme s'oppose ainsi à la notion de libre arbitre. Le mathématicien Pierre-Simon de Laplace expose avec éloquence la nature du déterminisme :

Une intelligence qui, pour un instant donné, connaîtrait toutes les forces dont la nature est animée et la situation respective des êtres qui la composent, si d'ailleurs elle était assez vaste pour soumettre ces données à l'analyse, embrasserait dans la même formule les mouvements des plus grands corps de l'univers et ceux du plus léger atome : rien ne serait incertain pour elle, et l'avenir, comme le passé, serait présent à ses yeux.⁵⁰ (Nous soulignons)

Le déterminisme peut être séparé en deux catégories, soit le déterminisme dur et le déterminisme mou. Le déterminisme dur se trouve parfaitement incarné dans la citation de M. de Laplace, c'est-à-dire que sa conception évacue totalement la notion de libre arbitre et considère celle-ci comme un leurre. L'action humaine n'est ici rien d'autre que la résultante d'événements passés. Une telle conception se conjugue beaucoup mieux avec une philosophie utilitariste de la peine qu'avec une philosophie rétributiviste. En effet, la notion de culpabilité morale, qui se situe au cœur des doctrines rétributivistes, implique nécessairement la reconnaissance d'une certaine forme de libre arbitre chez le contrevenant. Comment pourrait-on être moralement coupable d'un acte – comment pourrait-on *mériter* une punition dans un contexte où l'action humaine est entièrement déterminée ? Kant disait qu'une personne est punie « pour avoir *voulu* une action punissable »⁵¹. En reconnaissant la volonté chez l'individu et en insistant pour que chacun soit traité comme une fin en soi et non comme un moyen

50. Pierre-Simon DE LAPLACE, *Essai philosophique sur les probabilités*, Courcier, 1814, p. 2-3.

51. E. KANT, préc., note 25, p. 218.

de promouvoir des objectifs sociétaux⁵², Kant affirme que l'homme est un agent moral responsable capable de faire des choix. C'est sur cette base qu'il a pu développer sa théorie rétributiviste⁵³. Au contraire, l'absence de libre arbitre chez le contrevenant n'empêche pas la justification de la punition sur des bases utilitaristes. Guidé par un principe d'utilité sociale, on cherchera, par l'infliction de la punition, à faire en sorte que l'offense ne se reproduise pas – que celle-ci ait été commise de façon délibérée ou non.

Cela étant, le déterminisme peut prendre d'autres formes, et certains philosophes arguent que le déterminisme ne peut être confondu avec le fatalisme. Ces philosophes sont des adeptes d'un déterminisme « mou », qui est aussi parfois appelé compatibilisme. Cette école pose que le libre arbitre et le déterminisme sont des idées compatibles, qui ne se contredisent pas. C'est la philosophie qui prévaut selon nous dans notre système juridique, où il est possible d'arguer que les actions d'une personne sont la résultante d'un certain déterminisme, sans pour autant évacuer totalement la culpabilité morale de l'individu. Plusieurs jugements portant sur la détermination de la peine et faisant état de circonstances atténuantes sont teintés par cette approche « molle » du déterminisme. Par exemple, dans *R. c. Couturier*⁵⁴, la Cour du Québec a jugé que les tribunaux doivent tenir compte du fait que les très jeunes gens sont facilement influençables. Donc, sans excuser le geste, les tribunaux reconnaissent que le choix des jeunes personnes est plus facilement déterminé, dirigé et influencé, ce qui a pour résultante de réduire leur culpabilité morale.

D- Pertinence du débat

Les concepts étant maintenant définis, la question qui s'offre à nous est relative à la pertinence de ce débat philosophique dans l'étude de la pénologie au Canada. En effet, nulle part dans le *Code criminel*⁵⁵ ne sont mentionnés les termes « rétributivisme » ou « utilitarisme », et ces derniers sont aussi rarissimes dans la jurisprudence. Il est donc naturel de s'interroger sur l'application en droit positif de ces concepts philosophiques.

52. Voir Partie I, B.

53. A. MANSON, préc., note 5, p. 33.

54. [2001] J.Q. n° 5625.

55. L.R.C. 1985, c. C-46.

La raison première pour laquelle ce débat a un intérêt dans le cadre de l'étude du droit criminel canadien est que l'opposition entre utilitarisme et rétributivisme est souvent en toile de fond du processus de détermination de la peine. Les questions de la détermination de la peine et de la justification de la punition sont en effet intimement liées⁵⁶. Une bonne maîtrise de ces concepts permet de décortiquer et saisir en profondeur les tenants et aboutissants de notre régime de la peine au Canada. Pour s'en convaincre, il suffit de consulter le rapport de la Commission Archambault⁵⁷. Cette étude de 1987 fait état des différentes philosophies sous-tendant la peine, avant de soumettre ses recommandations pour la réforme du *Code criminel*. Comme l'exprime Allan Manson dans son ouvrage sur la détermination de la peine, « we find the philosophical justifications for state punishment moving into legal sphere »⁵⁸.

Par ailleurs, une bonne compréhension des concepts d'utilitarisme et de rétributivisme pourrait possiblement permettre de contester une peine. Par exemple, les conditions indiquées dans une ordonnance de probation ne sont pas admissibles si elles sont imposées dans le but de punir le délinquant⁵⁹. En effet, des « conditions de probation imposées pour punir [le délinquant], plutôt que pour le réadapter, ont [...] déjà été annulées [par les tribunaux] »⁶⁰. Ainsi, il est essentiel pour un praticien de bien maîtriser ces concepts car ceux-ci transcendent les objectifs de détermination de la peine.

Si le cadre que nous proposons aide à mieux saisir le droit positif, il va de soi qu'il peut aussi nous aider à encadrer les débats relatifs aux projets de loi ou au droit comparé. Par exemple, une étude française a fait état de l'acceptation sociale de la rétention de sûreté dans le cas des pédophiles⁶¹. Cette mesure consiste à garder les contrevenants en détention dans des centres fermés, à l'issue

56. A. MANSON, préc., note 5, p. 31.

57. COMMISSION CANADIENNE SUR LA DÉTERMINATION DE LA PEINE, préc., note 2.

58. A. MANSON, préc., note 5, p. 31.

59. *R. c. Shoker*, 2006 CSC 44, par. 13 ; Hugues PARENT et Julie DESROSIERS, *Traité de droit criminel*, 2^e éd., t. 3, Montréal, Éditions Thémis, 2016, p. 319-321.

60. *R. c. Shoker*, préc., note 59, par. 13.

61. Manuel TOSTAIN et Romain LEBREUILLY, « L'influence des logiques pénales rétributives et utilitaristes sur le niveau d'acceptation de la rétention de sûreté dans les cas de crimes pédophiles », (2013) 98 *Les cahiers internationaux de psychologie sociale* 237.

de leur peine, lorsque le degré de récidive est considéré comme élevé. Il s’agit là d’une mesure qui ne peut être justifiée que par l’utilitarisme ; étant donné que la personne a déjà payé pour son crime, le rétributivisme ne peut justifier ce qui s’apparente à une extension de peine. L’utilitarisme pointe plutôt vers une acceptation de la rétention de sûreté car le plus grand bonheur pour le plus grand nombre n’est pas maximisé par le fait qu’un pédophile ayant un haut taux de récidive recouvre la liberté. L’exemple de la rétention de sûreté est extrêmement pertinent dans la mesure où il nous démontre en premier lieu que le rétributivisme, contrairement à ce que l’on pourrait penser de prime abord, peut en certaines occasions justifier une peine plus clémentine que l’utilitarisme. En second lieu, il nous permet de comprendre à quel point ces deux logiques peuvent être en opposition complète et, conséquemment, nous aide à saisir l’importance du débat.

Modèle de Hogarth ⁶²			
Nom	Rétribution (Punishment)	Réhabilitation (Reformation)	Dissuasion (General deterrence)
Définition	<i>The attempt to impose a just punishment on the offender, in the sense of being in proportion to the severity of the crime and his culpability, whether or not such a penalty is likely to prevent further crime in him or others.</i>	<i>The attempt to change the offender through treatment or corrective measures, so that when given the chance he will refrain from committing crime.</i>	<i>The attempt to impose a penalty on the offender before the court sufficiently severe that potential offenders among the general public will refrain from committing further crime through fear of punishment.</i>
Objectifs de la peine en droit canadien	Dénonciation	Réhabilitation	Dissuasion générale
Théorie de la peine	Rétributivisme	Utilitarisme	

Le paradigme utilitarisme-rétributivisme permet aussi d’aborder le problème de l’incohérence au niveau des décisions de justice avec un angle différent. Le choix, par un juge, de favoriser un objectif de détermination de la peine plutôt qu’un autre peut s’articuler dans le cadre de l’opposition entre ces deux courants

62. *Id.*

philosophiques. Nous prenons pour exemple le modèle proposé par Hogarth et les études que ce dernier a accomplies. Ce chercheur a établi un modèle des objectifs de détermination de la peine et a séparé en trois catégories les philosophies permettant de justifier la peine : la *punishment*, la *reformation* ou la *general deterrence*⁶³. Ces concepts correspondent respectivement aux objectifs de dénonciation, de dissuasion spécifique ou de réhabilitation et de dissuasion générale et il est donc possible de les situer sur un continuum allant de l'utilitarisme au rétributivisme (voir tableau « Modèle de Hogarth »).

Les études de Hogarth ont permis de démontrer que les infractions mineures recevaient plus souvent des sentences orientées vers la réhabilitation alors que les crimes les plus sérieux recevaient plus souvent des peines ayant une visée rétributiviste⁶⁴. De plus, Hogarth est arrivé à la conclusion que les juges qui accordent plus d'importance à une philosophie axée sur la réhabilitation placent « a great deal more weight on the characteristics and background of the offender that did magistrates with other penal philosophies, who tended to attach relatively greater importance to the characteristics of the offence »⁶⁵. Cela renforce donc notre croyance qu'une bonne maîtrise de ces concepts permet d'adapter l'argumentaire du praticien au juge saisi du dossier.

Par ailleurs, l'opposition entre rétributivisme et utilitarisme nous semble être le cadre parfait pour mieux comprendre la subtile différence qui existe entre dénonciation et dissuasion. Nous nous pencherons plus longuement sur ce sujet dans la deuxième partie de cet essai qui s'intéresse au rôle et à la prévalence des philosophies de la peine en droit pénal canadien.

II- LE DROIT PÉNAL CANADIEN À LA LUMIÈRE DU RÉTRIBUTIVISME ET DE L'UTILITARISME

Le droit de la peine au Canada a fait l'objet d'une importante réforme en 1995. Cette année-là ont été introduits les articles 718,

63. John HOGARTH, *Sentencing As a Human Process*, Toronto, University of Toronto Press, 1971, p. 70.

64. *Id.*

65. Robert M. McFATTER, « Sentencing strategies and Justice: Effects of Punishment Philosophies on Sentencing decisions », (1978) 36 *Journal of Personality and Social Psychology* 1490, 1491.

718.1 et 718.2 au *Code criminel*. L'article 718.2, qui liste des circonstances aggravantes, a subi un certain nombre de modifications depuis son édicition. À l'opposé, les articles 718 et 718.1, qui prévoient respectivement les objectifs de la peine et le principe de proportionnalité, sont demeurés sensiblement les mêmes depuis la réforme⁶⁶. L'une des principales raisons invoquées au soutien de la réforme de la peine au Canada était à l'époque l'absence d'uniformité dans l'imposition des sentences à travers le pays⁶⁷. Selon nombre de spécialistes, cette disparité injustifiée des sanctions était due à l'absence d'une théorie de la peine partagée par l'ensemble des juges canadiens⁶⁸.

Malgré ces préoccupations, les dispositions introduites au *Code criminel* en 1995 ne sont pas du tout de nature à guider les juges en fonction d'une philosophie de la peine en particulier⁶⁹. Au contraire, depuis l'entrée en vigueur des articles susmentionnés, le caractère plurifonctionnel de la peine a été reconnu par la jurisprudence canadienne⁷⁰. En effet, les objectifs énumérés à l'article 718 sont non seulement très variés, mais aussi issus de philosophies de la peine antagoniques, parfois même jugées inconciliables⁷¹. Aucune prépondérance n'est accordée à l'un ou l'autre des objectifs dans la loi⁷², de sorte qu'il apparaît pratiquement impossible de déceler dans ces « nouvelles » dispositions une philosophie de la peine dominante⁷³.

La présente partie s'intéresse donc à la façon dont se manifestent les théories utilitariste et rétributiviste de la peine en droit positif canadien, et plus spécifiquement à la façon dont ces théories interagissent au sein du *Code criminel*.

66. Pour la version de ces dispositions au moment de la réforme, voir Andrew VON HIRSCH et Julian V. ROBERTS, « Statutory Sentencing Reform: The Purpose and Principles of Sentencing », (1994-1995) 37 *Crim. L.Q.* 220, 240.

67. COMMISSION CANADIENNE SUR LA DÉTERMINATION DE LA PEINE, préc., note 2, p. 18.

68. *Id.*, p. 117 ; A. VON HIRSCH et J.V. ROBERTS, préc., note 66, 222.

69. A. VON HIRSCH et J.V. ROBERTS, préc., note 66, 226.

70. *R. c. M. (C.A.)*, [1996] 1 R.C.S. 500, par. 82.

71. Voir par exemple Simon YOUNG, « Kant's Theory of Punishment in a Canadian Setting », (1997) 22 *Queen's L.J.* 347, 347.

72. A. VON HIRSCH et J.V. ROBERTS, préc., note 66, 225.

73. Marie-Ève SYLVESTRE et André JODOUIN, « Changer les lois, les idées, les pratiques : réflexions sur l'échec de la réforme de la détermination de la peine », (2009) 50 *C. de D.* 519, par. 5.

A- L'utilitarisme, le rétributivisme et les objectifs de la peine

Le préambule de l'article 718 C.cr.

Le préambule de l'article 718 du *Code criminel* se lit comme suit :

Le prononcé des peines a pour objectif essentiel de protéger la société et de contribuer, parallèlement à d'autres initiatives de prévention du crime, au respect de la loi et au maintien d'une société juste, paisible et sûre par l'infliction de sanctions justes visant un ou plusieurs des objectifs suivants : [...].

Cet énoncé constitue une illustration éloquente de la coexistence législative des théories utilitariste et rétributiviste au Canada. En effet, le fait de poser la protection de la société comme objectif essentiel du prononcé des peines est le fruit d'une conception utilitariste de la peine :

[U]tilitarian principles that seek to maximize the well-being of the majority play a much larger role in sentencing practice. To this end, protection of the public from crime is the paramount concern.⁷⁴
(Nous soulignons)

Un tel objectif est centré sur le bien commun que l'on cherche à atteindre par l'imposition de la sanction et enjoint naturellement au lecteur de recourir en premier lieu aux objectifs de neutralisation et de dissuasion⁷⁵ – objectifs qui, nous le verrons, renvoient à une logique éminemment utilitaire.

Paradoxalement, le souci porté à « l'infliction de sanctions justes » renvoie plutôt à une approche rétributiviste de la peine et plus spécifiquement à la doctrine du « just deserts » qui lui est associée⁷⁶. En effet, comme l'indiquent les professeurs Parent et Desrosiers dans leur ouvrage sur la peine, « [...] une sanction juste est axée sur le crime qui a été commis et non sur l'infraction à

74. Alan W. MEWETT et Morris MANNING, *Criminal Law*, coll. « Canadian Criminal Law Series », Toronto, Butterworths, 1978, p. 56.

75. A. VON HIRSCH et J.V. ROBERTS, préc., note 66, 235.

76. *Id.*, 224 ; B. ROLFES, préc., note 20, par. 19.

venir ». Son application, ajoutent-ils, est limitée à la culpabilité de l'offenseur⁷⁷. La Cour suprême dans *R. c. M. (C.A.)* rattache également la justesse de la sanction au principe voulant que la peine soit infligée pour sanctionner la culpabilité morale d'un contrevenant. L'obligation d'infliger une sanction juste est ici une application de l'objectif du « châtiment », qui est nettement rétributiviste⁷⁸. La notion de sanction juste est également étroitement liée au principe de proportionnalité dans l'imposition de la peine⁷⁹. La Cour suprême affirmera même que « [l]a proportionnalité représente la condition *sine qua non* d'une sanction juste »⁸⁰. Ce principe, nous le verrons, se rattache à une philosophie rétributiviste de la peine.

Le préambule de l'article 718 est certes une manifestation intéressante de la coexistence des deux conceptions de la peine dans notre droit. Or, celui-ci a essentiellement une valeur symbolique⁸¹. Le préambule a en effet peu d'incidence pratique sur l'exercice de détermination de la peine auquel se prêtent les juges canadiens. Les objectifs énumérés à l'article 718 jouent quant à eux un rôle de premier plan dans ce processus. Nous croyons que c'est à travers les objectifs de dénonciation et de dissuasion que l'on est véritablement amené à constater la coexistence des philosophies utilitariste et rétributiviste de la peine en droit canadien. C'est pourquoi nous concentrons notre étude sur ces deux objectifs en particulier. Ceux-ci sont par ailleurs très fréquemment invoqués conjointement par les juges. Pourtant, leur justification philosophique respective est tout à fait distincte. Voyons cela de plus près.

L'objectif de dénonciation édicté au paragraphe 718 a) C.cr.

Le paragraphe 718 a) du *Code criminel* pose que l'un des objectifs de la peine est de « dénoncer le comportement illégal et le tort causé par celui-ci aux victimes ou à la collectivité ». La dénonciation est un objectif traditionnellement d'ordre rétributiviste⁸².

77. H. PARENT et J. DESROSIERS, préc., note 59, par. 22.

78. *R. c. M. (C.A.)*, préc., note 70, par. 79.

79. H. PARENT et J. DESROSIERS, préc., note 59, par. 24 ; COMMISSION CANADIENNE SUR LA DÉTERMINATION DE LA PEINE, préc., note 2, p. xxxi et xxxii ; A. VON HIRSCH et J.V. ROBERTS, préc., note 66, 224.

80. *R. c. Ipeelee*, 2012 CSC 13, par. 37.

81. A. VON HIRSCH et J.V. ROBERTS, préc., note 66, 225.

82. COMMISSION CANADIENNE SUR LA DÉTERMINATION DE LA PEINE, préc., note 2, p. 147 et 156.

Elle consiste avant tout en « l'expression de la condamnation par la société du comportement du délinquant »⁸³. La dénonciation ne consiste pas en l'assouvissement du désir de vengeance de la population à l'endroit d'un criminel, mais bien de l'expression de son dégoût à l'égard de l'acte posé⁸⁴. Cette idée est limpide à la lecture de l'affaire *Oliver* où la Cour d'appel de la Colombie-Britannique déclare :

Courts do not impose sentences in response to public clamour, nor in a spirit of revenge. [On the other hand] sentences imposed by courts for criminal conduct must have the support of concerned and thinking citizen. [...] There are cases, as Lord Denning has said, where the punishment inflicted for grave crimes should reflect the revulsion felt by the majority of citizens for them.⁸⁵

La dénonciation implique l'imposition d'une peine qui aura pour effet de « reflect society's view of the wrongness of the conduct, and persuade those who might be confused about what is right and wrong »⁸⁶. On comprend bien que l'objectif de dénonciation est étroitement associé aux valeurs d'une société donnée⁸⁷. Cela étant, la dénonciation est un objectif qui se justifie aisément dans une logique rétributiviste de la peine, soucieuse de rendre justice et centrée sur l'attitude moralement répréhensible que le contrevenant a choisi d'adopter.

L'objectif de dissuasion édicté au paragraphe 718 b) C.cr.

Le paragraphe 718 b) du *Code criminel* énonce que la sanction peut avoir comme objectif de « dissuader les délinquants, et quiconque, de commettre des infractions ». Lorsqu'un juge affirme qu'il impose une sentence à des fins dissuasives, il ne cherche pas à punir le crime pour ce qu'il est, mais plutôt à faire en sorte que celui-ci ne soit pas commis à nouveau, par l'accusé ou par quiconque. Par la dissuasion générale, on cherche à décourager les citoyens d'imiter le contrevenant :

83. *R. c. Proulx*, [2000] 1 R.C.S. 61, par. 102.

84. *C. RUBY*, préc., note 10, p. 5.

85. *R. v. Oliver*, [1977] 5 W.W.R. 344, 345-346.

86. *R. v. S.S.*, 131 A.R. 301, par. 10.

87. *H. PARENT* et *J. DESROSIERS*, préc., note 59, par. 24.

General deterrence is intended to work in this way: potential criminals will not engage in criminal activity because of the example provided by the punishment imposed on the offender. When general deterrence is factored in the determination of the sentence, the offender is punished more severely, not because he or she deserves it, but because the court decides to send a message to other who may be inclined to engage in similar criminal activity.⁸⁸ (Nous soulignons)

La dissuasion, aux côtés de la neutralisation et de la réhabilitation, est un objectif clé de la plupart des doctrines utilitaristes⁸⁹, dont celle de Bentham :

[The] first, most extensive, and most eligible object [of punishment], is to prevent [...] all sorts of offences whatsoever: in other words, so to manage, that no offence whatsoever may be committed.⁹⁰

En effet, la dissuasion ne fait *a priori* intervenir aucune notion de morale ou de mérite, puisqu'elle s'axe sur la prévention d'infractions futures et fait du risque de récidive de l'accusé un élément tributaire de la sévérité de la peine. Voilà des considérations très près du principe d'utilité.

La dissuasion et la dénonciation sont donc des objectifs issus de philosophies différentes. La question qui se pose naturellement est donc celle de savoir pourquoi ces deux objectifs sont si souvent invoqués conjointement par les juges canadiens. Il semble en effet exister une tension entre les assises philosophiques de ces objectifs et l'application pratique qui en est faite. Un élément de la réponse se trouve selon nous dans une décision de la Cour d'appel de l'Alberta où la Cour avance que les effets de la dénonciation et de la dissuasion sur le choix de la peine se chevauchent : « These two principles may overlap in their effect on the choice of sentence »⁹¹. Lorsque dans une affaire donnée les besoins de dénonciation et de dissuasion sont grands, il en résultera un alourdissement de la peine. Certes, on invoquera les deux objectifs pour des raisons différentes : pour que le crime passé soit puni dans le cas de la dénonciation et pour que les crimes futurs soient évités

88. *P. (B.W.) c. N. (B.V.)*, [2006] S.C.J. No. 27, par. 2.

89. M. TUNICK, préc., note 5, p. 72, 77 ; COMMISSION CANADIENNE SUR LA DÉTERMINATION DE LA PEINE, préc., note 2, p. xxix et 141.

90. J. BENTHAM, préc., note 6, p. 178.

91. *R. v. S.S.*, préc., note 86, par. 10.

dans le cas de la dissuasion. Or, que l'un ou l'autre de ces objectifs soit invoqué, le résultat sera le même : la sévérité de la peine augmentera d'un cran. Plus fondamentalement, nous croyons que ces deux objectifs sont régulièrement invoqués conjointement, car ils s'avèrent tous deux pertinents dans les cas d'infractions graves : une infraction bénigne ne commandera pas la dissuasion, pas plus qu'elle ne suscitera la condamnation de la société. Au contraire, on voudra dissuader fortement les délinquants ou quiconque de commettre une infraction jugée « grave » par notre système pénal. Pareillement, il y a lieu de poser que plus l'infraction est sérieuse, plus elle suscitera la condamnation de la société et fera intervenir l'objectif de dénonciation.

B- L'utilitarisme, le rétributivisme et le principe de proportionnalité

Si les conceptions utilitariste et rétributiviste de la peine se côtoient de très près au chapitre des objectifs énoncés à l'article 718 du *Code criminel*, il en est autrement du principe de proportionnalité prévu à l'article 718.1 de cette même loi. Selon nous, le principe fondamental voulant que « la peine [soit] proportionnelle à la gravité de l'infraction et au degré de responsabilité du délinquant » ne peut se justifier qu'au regard d'une logique rétributiviste de la peine.

Certains auteurs argumentent que le principe de la proportionnalité de la peine prend racine dans la pratique de la vengeance⁹², ou encore dans la fameuse *lex talionis*, qui serait une forme rudimentaire de la proportionnalité⁹³. Le rétributivisme a aussi été associé par le passé au comportement vengeur ou à la maxime d'« œil pour œil, dent pour dent ». Cependant, la Cour suprême dans *R. c. M. (C.A.)*⁹⁴ de même que la quasi-totalité des rétributivistes modernes se dissocient d'une telle approche⁹⁵.

Par ailleurs, Kant, éminent rétributiviste, adopte lui aussi une forme de principe de proportionnalité lorsqu'il pose que la justice

92. Manon LAPOINTE, *Les apports de la Charte canadienne des droits et libertés à la problématique de la détermination de la peine*, thèse de maîtrise, Ottawa, École des études supérieures et de la recherche, Université d'Ottawa, 1997, p. 52.

93. A. MANSON, préc., note 5, p. 32.

94. *R. c. M. (C.A.)*, préc., note 70, par. 80.

95. M. TUNICK, préc., note 5, p. 87.

publique doit faire sien le principe de l'égalité dans sa recherche du mode et du degré de châtement à imposer⁹⁶. Kant avance que la peine doit être prononcée « d'une manière proportionnée à la *méchanceté intérieure* du criminel »⁹⁷. La sévérité de la punition doit être établie eu égard au niveau de « bassesse » du contrevenant⁹⁸. Plutôt que de se référer à la méchanceté ou à la bassesse du criminel, on a aujourd'hui recours aux notions de culpabilité morale et de gravité de l'infraction pour déterminer le degré de sévérité de la peine. Il n'en demeure pas moins que les similitudes sont évidentes entre le principe d'égalité de Kant et le principe de proportionnalité du *Code criminel*.

On notera que, tout comme la philosophie rétributiviste, le principe de proportionnalité nous amène à porter notre regard sur l'attitude passée du contrevenant, sur l'acte qu'il a posé et sur son degré de culpabilité morale. Comme le souligne la juge Wilson dans le *Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.*, on s'intéresse ici au mérite de l'individu :

Il faut que la sentence soit appropriée et proportionnelle à la gravité de l'infraction. Ce n'est que dans ce cas que le public peut être convaincu que le contrevenant « méritait » la punition qui lui a été infligée [...].⁹⁹

Plusieurs auteurs sont également d'avis que la proportionnalité de la peine va de pair avec le rétributivisme¹⁰⁰, ou est à tout le moins issu de la doctrine du « just deserts »¹⁰¹. Certains théoriciens prônant une approche rétributiviste de la sanction pénale se sont par ailleurs montrés enthousiastes lors de la réforme de 1995, en affirmant que le principe fondamental de proportionnalité découragerait l'imposition de sentences démesurément sévères pour des fins utilitaristes¹⁰².

96. E. KANT, préc., note 25, p. 215.

97. *Id.*, p. 216.

98. *Id.*, p. 217.

99. *Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, p. 533.

100. W.E. BRETT CODE, préc., note 27 ; B. ROLFES, préc., note 20, par. 12 ; Kent ROACH, *Criminal Law*, 4^e éd., coll. « Essentials of Canadian Law », Toronto, Irwin Law, 2009, p. 478.

101. COMMISSION CANADIENNE SUR LA DÉTERMINATION DE LA PEINE, préc., note 2, p. 158 ; A. VON HIRSCH et J.V. ROBERTS, préc., note 66, 226 ; K. ROACH, préc., note 100, p. 477 ; Rupert CROSS, *The English Sentencing System*, 2^e éd., Londres, Butterworths, 1975, p. 121.

102. A. VON HIRSCH et J.V. ROBERTS, préc., note 66, 226.

Finalement, rappelons que le postulat de la philosophie rétributiviste est qu'un individu ne saurait être traité comme une ressource pour autrui. Si l'on admet cette proposition, il s'ensuit que seuls la conduite volontaire du contrevenant et le blâme qui s'y rattache pourront justifier l'imposition d'une sanction. En toute cohérence, cette dernière devra être strictement proportionnelle à la gravité de la conduite et au degré de responsabilité du contrevenant. Autrement, « toute disproportion délibérée signifierait que les personnes sont utilisées comme des ressources »¹⁰³, ce qui reviendrait à nier le fondement même du rétributivisme.

C- La conciliation des théories de la peine en droit canadien

La coexistence d'objectifs et de principes issus de théories pénologiques opposées au sein de notre droit ne fait pas de doute. La question qui se pose est donc celle de savoir si le cadre législatif canadien de la détermination de la peine peut prétendre à une cohérence dans ce contexte. Bien que les philosophies utilitariste et rétributiviste de la peine soient généralement présentées comme contradictoires, nous croyons que celles-ci peuvent non seulement coexister, mais qu'elles peuvent carrément être conciliées. C'est là le pari qu'a fait le législateur canadien lors de la réforme de 1995. Nous posons qu'une telle approche s'est avérée gagnante.

En effet, les théoriciens contemporains qui abordent les philosophies de la peine tendent pour la plupart vers une approche mixte de la sentence¹⁰⁴. Comme l'avance la Commission Archambault, « [u]ne politique de la sentence qui demeure sensible aux limites de la pénologie [...] ne peut se permettre d'être dogmatique et doit être un modèle de souplesse et d'adaptabilité »¹⁰⁵. La Cour suprême reconnaît également le rôle complémentaire du châtiment et des objectifs utilitaires de la détermination de la peine lorsqu'elle admet qu'« il est difficile de séparer nettement

103. COMMISSION CANADIENNE SUR LA DÉTERMINATION DE LA PEINE, préc., note 2, p. 146-147.

104. M. TUNICK, préc., note 5, p. 172 ; A. MANSON, préc., note 5, p. 32 ; Thomas GABOR, « Looking back or moving forward: Retributivism and the Canadian Sentencing Commission's Proposals », (1990) 32 Canadian J. Criminology 537, 538 ; B. ROLFES, préc., note 20, par. 19.

105. COMMISSION CANADIENNE SUR LA DÉTERMINATION DE LA PEINE, préc., note 2, p. 117.

ces principes interreliés »¹⁰⁶. Dans ce contexte, on comprend bien l'importance qu'a pu acquérir la doctrine du « just deserts », où le rétributivisme et l'utilitarisme se brouillent¹⁰⁷.

On assiste par ailleurs à un certain nombre de tentatives de justification de principes fondamentalement rétributivistes en des termes utilitaristes. H.L.A. Hart, par exemple, affirme que le principe de proportionnalité peut se justifier dans une logique utilitariste en ce que « l'imposition d'une peine qui excède la culpabilité morale ou va en-deçà de celle-ci susciterait la désapprobation et ne serait pas socialement efficace »¹⁰⁸. Dans un même ordre d'idées, Bentham propose une justification utilitariste de la dénonciation en posant que lorsque nous punissons d'une manière qui exprime la condamnation, nous pouvons atteindre notre but, c'est-à-dire plus de plaisir global et moins de douleur, à moindre coût¹⁰⁹. Il rejoint en cela l'opinion rétributiviste contemporaine voulant que les conséquences bénéfiques et dissuasives de la peine soient non pas vues comme un objectif en soi, mais plutôt comme un sous-produit d'un système pénal fondé sur la réalisation d'objectifs rétributivistes telle la dénonciation¹¹⁰. Similairement, nous sommes d'avis qu'il est faux de soutenir que l'utilitarisme est dénué de toute considération morale. En effet, les crimes qui commanderont une forte dissuasion sont souvent ceux qui indignent la population. L'importance accordée à l'objectif de dissuasion pourra ainsi varier au gré de l'évolution des valeurs d'une société donnée. Finalement, bien que les justifications rétributivistes au soutien de la peine soient essentiellement orientées vers le passé, elles recèlent aussi une forme de conséquentialisme :

They are forward-looking or consequential in some sense, in that they appeal to some future good, be it the vindication of right, absolution of someone wrongly accused, or whatever good we associate with the venting of righteous anger.¹¹¹

On constate donc que les frontières entre l'utilitarisme et le rétributivisme ne sont pas aussi étanches qu'elles peuvent le

106. *R. c. M. (C.A.)*, préc., note 70, par. 82.

107. M. TUNICK, préc., note 5, p. 106.

108. M. LAPOINTE, préc., note 92, p. 52.

109. M. TUNICK, préc., note 5, p. 73.

110. W.E. BRETT CODE, préc., note 27, 41 ; *R. v. Harrison and Garrison*, [1978] 1 W.W.R. 162, p. 164 (B.C.C.A.) ; T. GABOR, préc., note 104, 540.

111. M. TUNICK, préc., note 5, p. 94.

sembler au premier abord, de sorte que la conciliation de ces deux théories nous apparaît une avenue tout à fait viable.

CONCLUSION

En conclusion, une bonne compréhension des concepts d'utilitarisme et de rétributivisme permet de rendre compte plus adéquatement du droit de la peine en général, et des dispositions canadiennes sur la peine en particulier. La maîtrise de ces concepts permet également une compréhension plus adéquate de certains enjeux liés à la peine au Canada, comme l'efficacité des peines d'emprisonnement, par exemple¹¹².

Parallèlement, il est à noter que, malgré l'opposition apparente entre ces deux conceptions de la peine, il existe plusieurs théories permettant de les réconcilier. Par exemple, il est possible d'arguer que le rétributivisme nous indique que la société est en droit de punir (les coupables) et le degré de gravité de la sanction (une sanction juste), alors que l'utilitarisme nous indique plutôt la fin de la peine (augmenter le bien-être de la société)¹¹³.

Finalement, il est à noter que, bien que plusieurs juristes relèvent l'opposition qui existe entre ces deux philosophies ainsi que les difficultés d'application¹¹⁴, nous sommes d'avis que ces deux écoles sont avant tout complémentaires et que l'omission de considérer l'une d'entre elles représenterait une erreur. En effet, le processus sentenciel prétend considérer le délinquant d'une manière englobante, intemporelle. Le passé, le présent et l'avenir du coupable sont pris en considération. Or, nous avons soulevé plus haut que l'utilitarisme s'axe vers le futur alors que le rétributivisme porte plutôt son regard vers le passé. Cela nous indique donc que, dans la pratique, les deux écoles sont considérées, bien que l'une puisse prendre plus d'importance que l'autre dans certaines circonstances. Corollairement, loin d'être fallacieuse, la présence complémentaire des philosophies rétributiviste et utilitariste, lors du processus canadien de détermination de la peine, semble plutôt

112. Si les peines d'incarcération sont inefficaces pour prévenir la récidive, elles pourraient néanmoins se justifier d'un point de vue rétributiviste.

113. M. TUNICK, *préc.*, note 5, p. 173-174.

114. *R. v. W.B.T.*, [1997] S.J. No. 126, par. 167-169 ; M.-E. SYLVESTRE et A. JODOUIN, *préc.*, note 73.

être la seule avenue logique d'un point de vue philosophique et fondée d'un point de vue factuel. Cela étant, il pourrait possiblement être pertinent pour le législateur d'établir des lignes directrices plus claires par rapport à l'articulation des principes et des objectifs entre eux, puisque cette omission semble être à la source de problèmes d'application¹¹⁵.

115. Julian V. ROBERTS et David P. COLE, *Making sense of sentencing*, Toronto, University of Toronto Press, 1999, p. 54-55.

TABLE DE LA LÉGISLATION

Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46

Statutes of Upper Canada (Stat. U.C.) 3 Wm. IV (1833), c. 3

TABLE DE LA JURISPRUDENCE

Brais c. R., 2016 QCCA 356

Paré c. R., 2011 QCCA 2047

P. (B.W.) c. N. (B.V.), [2006] S.C.J. No. 27

R. c. Couturier [2001] J.Q. n° 5625

R. c. Ipeelee, 2012 CSC 13

R. c. M.(C.A.), [1996] 1 R.C.S. 500

R. c. Proulx, [2000] 1 R.C.S. 61

R. c. Shoker, 2006 CSC 44

R. v. Harrison and Garrison, [1978] 1 W.W.R. 162

R. v. Oliver, [1977] 5 W.W.R. 344

R. v. S.S., 131 AR 301

R. v. W.B.T., [1997] S.J. No. 126

Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B., [1985] 2 R.C.S. 486

BIBLIOGRAPHIE

BENTHAM, J., *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Londres, Oxford University Press Warehouse, 1823 (original 1789).

BENTHAM, J., *On Crimes and Punishments*, New York, Marilio Publishers, 1996 (original 1764), p. 49.

BENTHAM, J., *Traité de législation civile et pénale*, t. 1, Paris, Bossange, Masson et Besson, 1802.

BRETT CODE, W.E., « Proportionate Blameworthiness and the Rule against Constructive Sentencing », (1992) 11 CR-ART 40.

- COMMISSION CANADIENNE SUR LA DÉTERMINATION DE LA PEINE, *Réformer la sentence : une approche canadienne*, Ottawa, Ministre des Approvisionnements et Services Canada, 1987.
- CROSS, R., *The English Sentencing System*, 2^e éd., Londres, Butterworths, 1975.
- DE LAPLACE, P.-S. *Essai philosophique sur les probabilités*, Courcier, 1814.
- DUFF, R.A., *Trials and Punishments*, Cambridge, Cambridge University Press, 1986.
- GABOR, T., « Looking back or moving forward: Retributivism and the Canadian Sentencing Commission's Proposals », (1990) 32 Canadian J. Criminology 537, 537.
- GENDREAU, P., C. GOGGIN et F.T. CULLEN, *L'incidence de l'emprisonnement sur la récidive*, Ottawa, Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, 1999.
- HOGARTH, J., *Sentencing As a Human Process*, Toronto, University of Toronto Press, 1971.
- JODOUIN A. et M.-È. SYLVESTRE, « Changer les lois, les idées, les pratiques : réflexion sur l'échec de la réforme de la détermination de la peine », (2009) 50 C. de D. 519.
- KANT, E., *Métaphysique des mœurs – Première Partie : Doctrine du droit*, coll. « Bibliothèque des textes philosophiques », Paris, Librairie philosophique J. Vrin, 1979.
- LAPOINTE, M., *Les apports de la Charte canadienne des droits et libertés à la problématique de la détermination de la peine*, thèse de maîtrise, Ottawa, École des études supérieures et de la recherche, Université d'Ottawa, 1997.
- MANSON, A., *Essential of Canadian Law – The Law of Sentencing*, Toronto, Irwin Law, 2001.
- McFATTER, R.M., « Sentencing Strategies and Justice: Effects of Punishment Philosophies on Sentencing decisions », (1978) 36 Journal of Personality and Social Psychology 1490.
- MEWETT, A.W. et M. MANNING, *Criminal Law*, coll. « Canadian Criminal Law Series », Toronto, Butterworths, 1978.

- PARENT, H. et J. DESROSIERS, *Traité de droit criminel*, 2^e éd., t. 3, Montréal, Éditions Thémis, 2016.
- ROACH, K., *Criminal Law*, 4^e éd., coll. « Essentials of Canadian Law », Toronto, Irwin Law, 2009.
- ROBERTS, J.V. et D.P. COLE, *Making sense of sentencing*, Toronto, University of Toronto Press, 1999.
- ROLFES, B., « The Golden Thread of Criminal Law – Moral Culpability and Sexual Assault », (1998) 61 Sask. L. Rev. 87.
- RUBY, C., *Sentencing*, 7^e éd., Markham, LexisNexis Canada, 2008.
- SCHEID, D.E., « Constructing a Theory of Punishment, Desert, and the Distribution of Punishments », (1997) 10 Can. J.L. & Juris. 441-506.
- SYLVESTRE, M.-È. et A. JODOUIN, « Changer les lois, les idées, les pratiques : réflexions sur l'échec de la réforme de la détermination de la peine », (2009) 50 C. de D. 519.
- TOSTAIN, M. et R. LEBREUILLY, « L'influence des logiques pénales rétributives et utilitaristes sur le niveau d'acceptation de la rétention de sûretés dans les cas de crimes pédo-philes », (2013) 98 Les cahier internationaux de psychologie sociale 237.
- TUNICK, M., *Punishment: Theory and Practice*, Berkeley, University of California Press, 1992.
- VON HIRSCH, A., *Past and Future Crimes – Deservedness and Dangerousness in the Sentencing of Criminals*, New Brunswick, Rutgers University Press, 1985.
- VON HIRSCH, A. et J.V. ROBERTS, « Statutory Sentencing Reform: The Purpose and Principles of Sentencing », (1994-1995) 37 Crim. L.Q. 220, 240.
- YOUNG, S., « Kant's Theory of Punishment in a Canadian Setting », (1997), 22 Queen's L.J. 347, 347.

***Benisty c. Kloda* : cinq enseignements de la Cour d'appel du Québec en droit des technologies de l'information**

Patrick GINGRAS et François SENÉCAL

Résumé

Longtemps a été attendue une décision de la Cour d'appel du Québec apportant les clarifications nécessaires à l'interprétation de la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information* (LCCJTI) – une loi qui, malgré sa quasi-majorité, laissait encore plusieurs questionnements en suspens, tant dans la jurisprudence que dans la doctrine. La décision *Benisty c. Kloda* nous permet d'identifier cinq enseignements aux fins de mieux comprendre et d'appliquer cette loi, à savoir :

1. **Un enregistrement audio enregistré sur ruban magnétique est un document technologique** : C'est la nature du support qui détermine la qualification de document technologique.
2. **La Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information a préséance sur les dispositions d'une loi générale antérieure** : Même si elle est de portée générale, la LCCJTI est spécifique dans son encadrement des documents technologiques, et les lois générales comme le *Code civil du Québec* doivent s'interpréter en fonction du sens, de l'esprit et des finalités de la LCCJTI.
3. **Il n'existe pas de présomption d'intégrité du document technologique** : Une importante clarification – la Cour d'appel nous confirme que la portée de la présomption

de l'article 7 LCCJTI se limite, en fait, à une présomption de fiabilité technologique à l'égard du seul support du document technologique.

4. **Les métadonnées peuvent servir à la démonstration de l'authenticité d'un document technologique** : Puisque la preuve de l'intégrité et, partant, de l'authenticité du document technologique demeure à faire, il est possible de recourir aux métadonnées relatives à un document aux fins de cette preuve. La fiabilité de ces informations devra évidemment toujours être établie.
5. **La reproduction d'un document technologique nécessite des garanties suffisantes** : L'article 17 de la LCCJTI formalise l'exigence de documentation dans le cadre d'un transfert. L'absence de celle-ci peut être fatale à l'admissibilité du document technologique.

Benisty c. Kloda : **cinq enseignements de la Cour d'appel du Québec en droit des technologies de l'information**

Patrick GINGRAS* et François SENÉCAL**

INTRODUCTION	277
I- UN ENREGISTREMENT AUDIO ENREGISTRÉ SUR RUBAN MAGNÉTIQUE EST UN DOCUMENT TECHNOLOGIQUE	279
II- <i>LA LOI CONCERNANT LE CADRE JURIDIQUE DES TECHNOLOGIES DE L'INFORMATION A PRÉSENCE SUR LES DISPOSITIONS D'UNE LOI GÉNÉRALE ANTÉRIEURE</i>	282
III- IL N'EXISTE PAS DE PRÉSUMPTION D'INTÉGRITÉ DU DOCUMENT TECHNOLOGIQUE	285
IV- LES MÉTADONNÉES PEUVENT SERVIR À LA DÉMONSTRATION DE L'AUTHENTICITÉ D'UN DOCUMENT TECHNOLOGIQUE	288

* Patrick Gingras, LL.M., M.B.A., est avocat et agent de marques de commerce. Il est directeur de la Direction du droit des technologies de l'information et de la propriété intellectuelle au ministère de la Justice du Québec.

** François Sénécal, LL.M., est avocat et directeur au sein de l'équipe Vie privée, Réglementation et Gestion de l'information chez KPMG s.r.l./SENCRL.

Les opinions exprimées dans le présent article n'engagent que les auteurs et ne représentent pas nécessairement celles de leurs employeurs respectifs.

V- LA REPRODUCTION D'UN DOCUMENT TECHNOLOGIQUE NÉCESSITE DES GARANTIES SUFFISANTES.	292
CONCLUSION.	294

« *Je t'attendais*
Comme un enfant perdu au fond des voiles
Et j'espérais le bonheur, mais sans y croire
Puis un beau jour comme un rayon d'espoir
Tu t'es blottie là entre mes bras »¹

INTRODUCTION

À l'instar de Daniel Héту qui chantait « *Je t'attendais* » en 1977, la décision *Benisty c. Kloda*² rendue le 17 avril dernier par la Cour d'appel du Québec met un terme à une longue attente.

Une décision reconnaissant l'importance des règles de droit relatives aux technologies de l'information a enfin été rendue. Force est d'admettre que l'attente en aura valu la peine ! L'adage « tout vient à point à qui sait attendre »³ a maintenant tout son sens.

Bien qu'elle soit entrée en vigueur en 2001, la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*⁴, ci-après la « LCCJTI », n'avait à ce jour fait l'objet que de trop peu de décisions l'analysant d'une façon détaillée et satisfaisante⁵. Les raisons de cette paucité de décisions et non, avouons-le, de doctrine⁶,

1. Pour les paroles complètes, voir : Daniel HÉTU, *Je t'attendais*, <https://www.paroles-musique.com/paroles-Daniel_Hetu-Je_tattendais-lyrics,p05813744>.
2. 2018 QCCA 608.
3. Clément MAROT ; Élégie, XIV (1525).
4. RLRQ, c. C-1.1.
5. Bien que le tribunal énonce au paragraphe 54 de la décision que la LCCJTI n'avait jamais véritablement fait l'objet de décisions de nos tribunaux, soulignons que la décision *Sécurité des Deux-Rives ltée c. Groupe Meridian construction restauration inc.*, 2013 QCCQ 1301, est la première décision offrant une analyse détaillée de certains articles de la LCCJTI. Pour une analyse de cette décision, voir : François SENÉCAL, « Commentaire sur la décision *Sécurité des Deux-Rives ltée c. Groupe Meridian construction restauration inc.* – La contestation de la mise en preuve d'un courriel », *Repères*, décembre 2013, *La référence*, EYB2013REP1449, disponible en ligne : <<http://www.lccjti.ca/files/sites/105/2014/11/EYB2013REP1449.pdf>>.
6. Au fil des ans, de nombreux juristes s'intéressant au droit des technologies de l'information ont publié, tant des articles que des livres, sur les diverses facettes de la LCCJTI. Une bibliographie particulièrement exhaustive se trouve en ligne, voir : <<http://www.lccjti.ca/doctrine/>>, mais permettons-nous d'en mentionner certains en ordre chronologique : Claude FABIEN, « La preuve par document technologique », (2004) 38 R.J.T. 533, disponible en ligne : <<https://ssl.editionsthemis.com/uploaded/revue/article/rjtvol38num3/fabien.pdf>> ; Jean-François DE RICO et Dominic JAAR, « Le cadre juridique des technologies de l'information », dans *Développements récents en droit criminel*, Service de la formation continue du Barreau

découlent selon nous de sa réception par la communauté juridique, laquelle s'est faite avec une certaine méfiance comme le souligne le professeur Gautrais⁷. Ainsi, l'expression « loin des yeux, loin du cœur » résume bien la relation entre les juristes et la LCCJTI.

du Québec, 2008, EYB2008DEV1511, à la p. 3, disponible en ligne : <<https://edoc.trine.caij.qc.ca/developpements-recents/298/367296544>> ; Claude MARSEILLE et Raphaël LESCOP, « Règle de nécessité de l'original », dans *Preuve et prescription*, *JurisClasseur Québec*, Montréal, LexisNexis, 2008 ; Jean-Claude ROYER et Sophie LAVALLEE, *La preuve civile*, 4^e éd., Montréal, Éditions Yvon Blais, 2008 ; Vincent GAUTRAIS et Patrick GINGRAS, « La preuve des documents technologiques », (2012) Congrès annuel du Barreau, p. 2, disponible en ligne : <<https://edoc.trine.caij.qc.ca/congres-du-barreau/2012/1755866973>> ; Mark PHILLIPS, *La preuve électronique au Québec*, Montréal, LexisNexis, 2010 ; François SÉNÉCAL, *L'écrit électronique*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2012 ; Pierre TRUDEL, *Introduction à la Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2012, 320 p. ; Patrick GINGRAS et Jean-François DE RICO, « La transmission des documents technologiques dans XX^e Conférence des juristes de l'État 2013 », Montréal, Éditions Yvon Blais, 2013, 694 p., à la p. 409, disponible en ligne : <http://www.lccjti.ca/files/sites/105/2013/04/Patrick-Gingras_Jean-Fran%C3%A7ois-De-Rico1.pdf> ; Gilles DE SAINT-EXUPÉRY, « Le document technologique original dans le droit de la preuve au Québec », Montréal, Faculté des études supérieures, Université de Montréal, 2012, 161 p., en ligne : <<http://lccjti.ca/doctrine/de-saintexupery-g-le-document-technologique-original-dans-le-droit-de-la-preuve-auquebec/>> ; Vincent GAUTRAIS, *Preuve technologique*, Montréal, LexisNexis, 2014, 412 p. ; Nicolas W. VERMEYS, *Droit codifié et nouvelles technologies : Le Code civil*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2015 ; Léo DUCHARME, « De l'incohérence et de l'impossibilité d'application du régime dérogatoire en matière de preuve des documents technologiques », (2016) 75 *Revue du Barreau* 321, disponible en ligne : <<https://www.barreau.qc.ca/pdf/publications/revue/2016-tome-75-2.pdf>> ; Jean-Claude ROYER, *La preuve civile*, 5^e éd., par Catherine PICHE, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2016.

7. « [25] La Loi fut reçue, doux euphémisme, avec une certaine méfiance de la part de la communauté juridique. Pourtant, si l'on ne peut nier que la Loi est d'une facture « inhabituelle » au sein du monde juridique, elle n'est peut-être pas, au niveau du fond, si différente des autres lois que l'on peut trouver ailleurs. [...] »

[26] Avant de devenir Loi, un avant-projet de loi fut proposé en 2000 aux différentes communautés susceptibles d'être intéressées par la mise en place d'une telle législation. Or, plusieurs mémoires furent alors déposés que ce soit, notamment, par la Chambre des notaires, le Conseil du patronat du Québec, l'Office de la protection du consommateur, le Bureau d'assurance du Canada, l'Association des banquiers du Canada et, bien entendu, le Barreau du Québec. Ce dernier, évidemment concerné par la mise en place de ce cadre légal, fut particulièrement assasin envers ce texte. Les critiques sur le fond, sur la structure, sont légion. Pourtant, en dépit de cette mesure, au-delà du titre même de la Loi, guère de changements survinrent entre l'avant-projet de loi et le texte définitif. Si nous ne souscrivons pas à l'ensemble des critiques, nombreuses, que l'on trouve dans ce mémoire, ce dernier traduit bien l'état de choc dans lequel la communauté juridique se trouva plongée lors de l'adoption de ce nouveau cadre légal.

[27] Cette réception compliquée sera ensuite reprise tant dans la doctrine que dans la jurisprudence. Dans ce dernier cas, cela se fera soit indirectement en omettant d'utiliser la Loi, soit en la citant, mais sans offrir une réelle analyse, soit même directement en la critiquant sans ambages. » Vincent GAUTRAIS, *supra*, note 6, par. 25, 26 et 27 (renvois omis).

Les enseignements juridico-technologiques tirés de la décision *Benisty c. Kloda* dont nous avons choisi de traiter dans la présente chronique confirment l'importance de l'assise juridique de la LCCJTI dans le corpus législatif québécois depuis maintenant 17 ans⁸. Cette décision pose sans contredire un jalon dans l'interprétation et l'application de la LCCJTI⁹.

À l'aube de sa majorité, la LCCJTI n'est pas parfaite, mais n'est pas incompréhensible. Sa léthargie étant maintenant chose du passé, elle prend place sur l'échiquier et ne peut ni ne doit plus être ignorée. *Benisty c. Kloda* lègue selon nous cinq enseignements juridico-technologiques. Regardons-les de plus près.

I- UN ENREGISTREMENT AUDIO ENREGISTRÉ SUR RUBAN MAGNÉTIQUE EST UN DOCUMENT TECHNOLOGIQUE

Un document est constitué d'information portée par un support comme l'énonce l'article 3 (1) de la LCCJTI. L'information¹⁰ doit y être délimitée et structurée, de façon tangible ou logique selon le support qui la porte. Elle doit aussi être intelligible sous forme de mots, de sons ou d'images. Un texte sur support technologique ainsi qu'une photographie imprimée sur une feuille de papier sont donc des documents en vertu de la LCCJTI¹¹.

Dès lors que ces informations sont enregistrées sur un support faisant appel aux technologies de l'information, à savoir électronique, magnétique, optique, sans fil ou autres ou faisant appel à une combinaison de technologies¹², elles doivent être considérées

8. Pensons notamment au nouveau *Code de procédure civile*, RLRQ, c. C-25.01 qui réfère à la LCCJTI et qui reprend notamment sa terminologie, dont la notion de document.

9. Les paragraphes 75 à 84 de la décision prennent d'ailleurs à bras le corps la question de son interprétation.

10. Laquelle peut être rendue au moyen de tout mode d'écriture, y compris d'un système de symboles transcritibles sous l'une de ces formes ou en un autre système de symboles. Art. 3(1) LCCJTI.

11. Pour de plus amples exemples de documents, voir notamment : Vincent GAUTRAIS et Patrick GINGRAS, *supra*, note 6, à la p. 3.

12. Paragraphe 2^o de l'article 1 LCCJTI.

comme des documents technologiques¹³. Ainsi, un disque dur, un cédérom et une clé USB sont tous des supports technologiques.

Dans *Benisty c. Kloda*, la question était de savoir si des cassettes audio étaient ou non des documents technologiques aux fins de l'application de l'article 2874 C.c.Q.¹⁴, lequel, à prime lecture, s'appliquerait différemment dépendamment si nous sommes face à une déclaration enregistrée sur un ruban magnétique versus une déclaration enregistrée sur un support technologique.

Malgré les ambiguïtés ou conflits terminologiques pouvant cohabiter entre certaines dispositions législatives, lesquelles sont antérieures à la LCCJTI, et les dispositions de cette dernière¹⁵, le tribunal vient à la conclusion que les cassettes audio, bien qu'elles permettent l'enregistrement d'information sur une bande magnétique de manière analogique¹⁶, sont des documents technologiques.

13. Art. 3(4) LCCJTI.

14. L'article 2874 C.c.Q. se lit comme suit : « La déclaration qui a été enregistrée sur ruban magnétique ou par une autre technique d'enregistrement à laquelle on peut se fier, peut être prouvée par ce moyen, à la condition qu'une preuve distincte en établisse l'authenticité. Cependant, lorsque l'enregistrement est un document technologique au sens de la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information* (chapitre C-1.1), cette preuve d'authenticité n'est requise que dans le cas visé au troisième alinéa de l'article 5 de cette loi ».

15. Sur cette question précise, le tribunal souligne que cette controverse fait l'objet de deux thèses différentes, soit celle de Mark Phillips soutenant que le ruban magnétique n'est pas un document technologique, et celle de Vincent Gautrais, Patrick Gingras et Claude Fabien étant d'avis contraire. Voir notamment : Vincent GAUTRAIS, *supra*, note 6, par. 501 et 502 ; Vincent GAUTRAIS et Patrick GINGRAS, *supra*, note 6, à la p. 41 ; Claude FABIEN, *supra*, note 6, à la p. 591 ; et Mark PHILLIPS, *La preuve électronique au Québec*, Montréal, LexisNexis, 2010, par. 88.

16. À cet égard, soulignons qu'un disque dur fait appel à une mémoire de masse magnétique, mais l'enregistrement s'y effectue de façon numérique (binaire). Voir notamment : Wikipedia, *Disque dur*, disponible en ligne : <https://fr.wikipedia.org/wiki/Disque_dur> ; et Wikipedia, *Enregistrement sonore*, disponible en ligne : <https://fr.wikipedia.org/wiki/Enregistrement_sonore#Supports_num%C3%A9riques>.

C'est en s'appuyant sur la thèse des auteurs Vincent Gautrais et Patrick Gingras¹⁷, ainsi que Claude Fabien¹⁸, que la Cour en vient à cette conclusion. Au surplus, le tribunal souligne que les principes d'interprétation des lois semblent favoriser une telle approche. Nous y reviendrons dans le 2^e enseignement puisqu'il est grandement lié à celui-ci.

En résumé, *Benisty c. Kloda* nous enseigne qu'une information enregistrée sur un support magnétique faisant appel à la technologie analogique est un document technologique au sens de la LCCJTI. En conséquence, toute information portée par un support faisant appel aux technologies de l'information, malgré une disposition législative ou réglementaire antérieure pouvant en laisser présager une controverse quant à sa qualification, doit être considérée comme formant un document technologique.

17. « [Cette] distinction entre [la déclaration qui a été enregistrée sur ruban magnétique et le document technologique] apparaît pouvoir être explicitée ainsi : la première est de l'ancien droit datant de 1994 ; la seconde a été introduite en 2001 avec la Loi. La première réfère à une volonté législative permissive selon laquelle la preuve d'un témoignage implique une preuve de l'authenticité, le support magnétique servant d'illustration. La seconde omettant de corriger cette erreur, se situe davantage dans la dichotomie précédente entre document « physique » d'un côté et technologique de l'autre. Cela dit, et parce qu'il faut bien donner une réponse, il nous apparaît néanmoins que le témoignage sur un support magnétique devrait être traité sous la seconde proposition dans la mesure où, d'une part, la disposition de la Loi est plus récente et, d'autre part, plus précise en terme de gestion des technologies, cette dernière étant précisément dédiée à la cohérence du traitement des différents supports. » Vincent GAUTRAIS et Patrick GINGRAS, *supra*, note 6, à la p. 41.

18. « L'article 2874 C.c.Q. contient une incohérence étonnante. Il laisse entendre qu'il peut y avoir deux types d'enregistrement : d'une part, l'enregistrement « sur ruban magnétique ou par une autre technique d'enregistrement à laquelle on peut se fier » et, d'autre part, l'enregistrement qui constitue « un document technologique au sens de la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information* ». Or, la Loi édicte que la notion de document inclut l'enregistrement sonore, magnétoscopique ou informatisé, et même le film (art. 71 de la Loi), et la notion de document technologique, telle que définie à l'alinéa 4 de l'article 3 de la Loi, inclut tous les documents « qui sont sur des supports faisant appel aux technologies de l'information, qu'elles soient électronique, magnétique, optique, sans fil ou autres » tel que précisé au paragraphe 2 de l'article 1 de la Loi. Il en résulte qu'il est inconcevable que l'enregistrement d'une déclaration soit autre chose qu'un document technologique. » Claude FABIEN, *supra*, note 6, à la p. 591 (renvois omis).

II- LA LOI CONCERNANT LE CADRE JURIDIQUE DES TECHNOLOGIES DE L'INFORMATION A PRÉSENCE SUR LES DISPOSITIONS D'UNE LOI GÉNÉRALE ANTÉRIEURE

Comme le souligne le professeur Gautrais, la LCCJTI n'est pas un texte indépendant qui doit être considéré de façon autarcique¹⁹.

Il est vrai que dans certaines situations, les principes de la LCCJTI peuvent être susceptibles de créer des conflits interprétatifs avec d'autres dispositions législatives²⁰ comme ce fut le cas dans *Benisty c. Kloda*. Cette réalité n'est pas nouvelle. Il en fut de même dans la décision *Bolduc c. Montréal (Ville de)*²¹ quant aux exigences de signature prévues à l'article 34 (8) h) du *Règlement sur la forme des constats d'infraction*²². Au surplus, l'emploi de certains mots que l'on retrouve dans le corpus législatif peut aussi, à la lumière de la LCCJTI, être susceptible de générer une controverse²³.

19. Vincent GAUTRAIS, *supra*, note 6, par. 53.

20. Rappelons que le projet de *Loi d'application de la Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*, mort au feuillet à la dissolution de la 38^e législature le 5 novembre 2008, avait pour objet de mettre à niveau l'ensemble de la législation avec les principes de neutralité et d'équivalence fonctionnelle établis par la LCCJTI et permettant l'interchangeabilité et la liberté de choix des supports et des technologies. Assemblée nationale du Québec, *Projet de loi n° 65 : Loi d'application de la Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*, 38^e législature, 1^{re} session, disponible en ligne : <<http://www.assnat.qc.ca/fr/travaux-parlementaires/projets-loi/projet-loi-65-38-1.html>>.

21. 2011 QCCA 1827. Voir notamment le mémoire déposé dans le cadre d'une demande d'intervention à la Cour d'appel du Québec de Vincent Gautrais et Dominic Jaar, disponible en ligne : <<https://docplayer.fr/8313157-Argumentaire-des-co-requerants.html>>, ainsi que la décision antérieure rendue par la Cour supérieure – *Bolduc c. Montréal (Ville de)*, 2010 QCCS 1062.

22. *Règlement sur la forme des constats d'infraction*, RLRQ, c. C-25.1, r. 1, disponible en ligne : <<http://www.canlii.org/fr/qc/legis/regl/1993-goq-2-5725/derniere/1993-goq-2-5725.html>>.

23. Il ne suffit que de lire l'énumération de termes à interpréter technologiquement énoncée au paragraphe 1^o de l'article 71 de la LCCJTI pour s'en convaincre : « La notion de document prévue par la présente loi s'applique à l'ensemble des documents visés dans les textes législatifs, que ceux-ci y réfèrent par l'emploi du terme document ou d'autres termes, notamment acte, annales, annexe, annuaire, arrêté en conseil, billet, bottin, brevet, bulletin, cahier, carte, catalogue, certificat, charte, chèque, constat d'infraction, décret, dépliant, dessin, diagramme, écrit, électrocardiogramme, enregistrement sonore, magnétoscopique ou informatisé, facture, fiche, film, formulaire, graphique, guide, illustration, imprimé, journal, livre, livret, logiciel, manuscrit, maquette, microfiche, microfilm, note, notice, pamphlet, parchemin, pièce, photographie, procès-verbal, programme, prospectus, rapport, rapport d'infraction, recueil et titre d'emprunt. »

L'article 2860 (1) C.c.Q. en est un bel exemple. Alors qu'il énonce que « [l']acte juridique constaté dans un écrit ou le contenu d'un écrit doit être prouvé par la production de l'original ou d'une copie qui légalement en tient lieu » (notre soulignement), dans la mesure où l'article 2841 C.c.Q. et les articles 15 et 17 LCCJTI prévoient deux modes différents de reproduction des documents, soit la copie et le transfert, nous croyons que le 1^{er} alinéa devrait référer à la copie et au transfert, et non uniquement à la copie. Au surplus, l'article pourrait uniquement mentionner « la reproduction qui légalement en tient lieu »²⁴. La notion de copie prévue à l'article 2860 C.c.Q. devrait, malgré la terminologie employée, être entendue, comme l'interprète la Cour d'appel dans *Benisty c. Kloda*, dans un sens large, c'est-à-dire en permettant les deux moyens de reproduction prévus à l'article 2841 C.c.Q.²⁵. Un raisonnement similaire pourrait aussi s'appliquer à l'article 2815 C.c.Q. quant aux copies d'actes authentiques.

Ainsi, pour déduire l'intention du législateur quant à savoir si la déclaration enregistrée sur ruban magnétique est un document technologique ou non au sens de la LCCJTI et incidemment sujet à des exigences différentes en matière d'authentification, le plus haut tribunal du Québec a cherché à identifier la volonté présumée du législateur à l'aide des principes généraux d'interprétation. Pour ce faire, à l'aide des maximes jurisprudentielles prévoyant, d'une part, qu'il faut donner préséance à la législation la plus récente et à la norme législative qui est postérieure à l'autre norme en conflit²⁶, et, d'autre part, donner préséance à la loi particulière par rapport à la loi d'application générale²⁷, le tribunal juge que la LCCJTI²⁸ doit avoir préséance sur les dispositions du

24. Voir notamment : Vincent GAUTRAIS, *supra*, note 6, par. 359 ; et Vincent GAUTRAIS et Patrick GINGRAS, *supra*, note 6, à la p. 24.

25. Pour un autre exemple, voir l'article 727 C.p.c., lequel est discuté dans : Jean-François DE RICO et Patrick GINGRAS, « Les premiers pas de la procédure technologique : regard technologique sur le nouveau Code de procédure civile », (2016) 21 *Lex Electronica* 1, aux p. 43 et s., disponible en ligne : <<http://www.lex-electronica.org/s/1448>>.

26. En d'autres mots, la Cour d'appel du Québec convient que le législateur a présumé souhaiter abroger tacitement les normes incompatibles avec les nouvelles.

27. Voir notamment les paragraphes 75 à 79 de la décision.

28. À cet égard, soulignons que la Cour d'appel qualifie la LCCJTI de loi particulière. Si nous considérons que la LCCJTI est une loi à portée générale, en ce sens où elle applique un filtre technologique à l'ensemble du corpus législatif, nous comprenons également que la thématique de son contenu soit spécifique aux matières technologiques, justement.

Code civil du Québec qui ont une portée générale. Au surplus, le tribunal énonce qu'il :

[...] est permis de diminuer l'importance de l'argument textuel au profit des autres règles d'interprétation afin de corriger une erreur dite matérielle lorsque la formulation de la loi est manifestement déficiente. [...] Il est nécessaire de retenir l'interprétation qui est la plus conforme au but de la loi et à l'intention du législateur pour faire fi d'un problème réel dans la formulation de la norme législative, en l'espèce l'article 2874 C.c.Q. [...].²⁹ (Renvois omis)

En considérant l'un des objets énumérés dans le paragraphe 3 de l'article 1 LCCJTI, il en découle que l'intention du législateur était notamment de prévoir « l'équivalence fonctionnelle des documents et leur valeur juridique, et non pas l'équivalence fonctionnelle des documents technologiques » (renvois omis)³⁰.

Soulignons aussi que le tribunal se réfère également à l'article 41 (2) de la *Loi d'interprétation*³¹, qui prévoit qu'une loi doit recevoir une interprétation large, libérale, qui assure l'accomplissement de son objet et l'exécution de ses prescriptions suivant leurs véritables sens, esprit et fin³². Dans ce contexte, rappelons que depuis plusieurs années la Cour suprême du Canada a, à maintes reprises, traité de l'interprétation des textes de loi en favorisant une interprétation tenant compte du contexte technologique³³.

Pour conclure et avec respect pour le tribunal, soulignons que contrairement à ce qui est énoncé au paragraphe 80 de la décision, la LCCJTI s'applique à tous les supports, incluant le papier et ses équivalents physiques³⁴. La LCCTI n'exclut pas le

29. *Supra*, note 2, par. 79.

30. *Ibid.*, par. 81.

31. RLRQ, c. I-16.

32. *Supra*, note 2, par. 83.

33. Voir notamment : *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet*, 2004 CSC 45 ; *Robertson c. Thomson Corp.*, 2006 CSC 43 ; *R. c. McIvor*, 2008 CSC 11 ; *Entertainment Software Association c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 34 ; et *Société Radio-Canada c. SODRAC 2003 Inc.*, 2015 CSC 57. Voir aussi : Vincent GAUTRAIS, « Neutralité technologique : la consécration de la Cour suprême », *LCCJTI.ca*, 31 juillet 2012, disponible en ligne : <<http://www.lccjti.ca/2012/07/31/neutralite-technologique-la-consecration-de-la-cour-supreme/>>.

34. « [80] En l'espèce, les débats parlementaires entourant l'étude du projet de loi peuvent nous éclairer sur l'intention du législateur. Ces derniers m'amènent à

support papier. Elle s'applique à tout document sur tout support. C'est le document technologique qui doit, pour être interprété, être opposé au document non technologique, c'est-à-dire à celui faisant appel au support papier ou à tout autre support physique de même nature³⁵. En d'autres mots, la notion de document comprend tout support, tant papier que technologique, alors que le document technologique exclut par définition le support papier³⁶. C'est donc uniquement lorsque la LCCJTI traite spécifiquement du document technologique qu'elle ne vise pas le document sur support papier. À titre d'exemple, les articles 4, 12, 21, 24 et 25 LCCJTI s'appliquent au seul document technologique et non au document sur support papier.

En résumé, *Benisty c. Kloda* nous enseigne qu'en cas de conflit interprétatif entre la LCCJTI et des dispositions antérieures du corpus législatif, le recours aux finalités de la LCCJTI, notamment l'objectif de faciliter la transposition des dispositions législatives d'un environnement papier à un environnement technologique, fera en sorte de donner préséance à la LCCJTI.

III- IL N'EXISTE PAS DE PRÉSUMPTION D'INTÉGRITÉ DU DOCUMENT TECHNOLOGIQUE

Le document technologique ne fait pas l'objet d'une présomption d'intégrité. Point final.

Une telle disparité d'application des règles de preuve pour une même information portée par des supports différents, soit technologiques ou papier³⁷, est illogique. Bien qu'une doctrine majoritaire l'ait soulignée depuis fort longtemps³⁸, les tribunaux,

conclure, tout comme Vincent Gautrais^[53], que la *L.c.c.j.t.i.* vise tous les supports, sauf le papier et ses équivalents physiques ». (Notre soulignement)

35. Vincent GAUTRAIS et Patrick GINGRAS, *supra*, note 6, à la p. 5. Pensons notamment à l'article 29 LCCJTI.

36. *Ibid.*, à la p. 8.

37. Pensons par exemple à un courriel en format natif (format .MSG) versus un courriel ayant fait l'objet d'une impression sur support papier ou à une lettre sur support papier versus la même lettre ayant fait l'objet d'une numérisation en format PDF. Dans ce contexte de reproduction par le mécanisme du transfert, l'article 17 LCCJTI trouverait application.

38. Jean-Claude ROYER et Catherine PICHÉ, *supra*, note 6, n^{os} 496 et 508 ; Vincent GAUTRAIS, *supra*, note 6, n^{os} 201-207 ; M. PHILLIPS, *supra*, note 6, n^{os} 130-131. Pour la doctrine minoritaire, voir Marie-Ève BÉLANGER, « Documents technolo-

tant ceux administratifs que judiciaires, ont quasi unanimement³⁹ considéré que l'article 7 LCCJTI créait une telle présomption d'intégrité à l'égard d'un document technologique de sorte que la partie qui dépose en preuve un document technologique n'aurait pas à démontrer que son contenu est intègre, soit qu'il n'a pas été altéré⁴⁰. Ceci est erroné et la Cour d'appel le confirme⁴¹.

L'article 7 LCCJTI⁴², également reproduit à l'article 2840 C.c.Q., s'applique uniquement au support technologique du document et non pas à son contenu, soit l'information qu'il porte. Comme le soulignait le ministre de l'époque lors des débats parlementaires précédant l'adoption de la LCCJTI :

M. Cliche : [...] Je répète une dernière fois, il n'y a pas d'intégrité automatique ou de présomption d'intégrité par ce projet de loi, au contraire. On définit plus tard, à l'article 6, qu'est-ce que l'intégrité,

giques, copies et documents résultant d'un transfert », dans *JurisClasseur Québec*, vol. « Preuve et prescription », fasc. 5, Montréal, LexisNexis, 2008, mise à jour le 12 juillet 2016, par. 47 ; Léo DUCHARME, *Précis de la preuve*, 6^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2005, n^o 477. *A contrario*, Claude Fabien soutient que « [l]e nouveau régime crée une présomption d'authenticité en faveur de l'élément matériel qualifié de document technologique » (renvois omis). Voir : Claude FABIEN, *supra*, note 6, p. 587.

39. Voir notamment : *Droit de la famille – 161206*, 2016 QCCS 2378, par. 67-70 ; *Planificateurs immobiliers et hypothécaires JC inc. c. Courtiers Inter-Québec inc. (Royal LePage Inter-Québec)*, 2017 QCCQ 1225, par. 85 ; *Leclair c. Charest*, 2016 QCCQ 2518, par. 94-99 ; *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Compagnie d'arrimage de Québec ltée*, 2010 QCCQ 942, par. 120 ; *Stefanovic c. ING Assurances inc.*, 2007 QCCQ 10363, par. 65-66 ; *Vandal c. Salvas*, 2005 CanLII 40771 (QC CQ), [2005] R.L. 587, par. 22-23 (C.Q.) ; *Desjardins et Services partagés Canada*, 2017 QCTAT 1222, par. 35 ; *Landry et Provigo Québec inc. (Maxi & Cie)*, 2011 QCCLP 1802, par. 51-53.

Quelques décisions ont néanmoins reconnu que l'article 7 LCCJTI ne créait pas de présomption d'intégrité. Voir notamment : *St-Gabriel-Lalemant (Municipalité de) c. Caouette*, 2015 QCCS 1948, par. 40-42 et 46 (Dans cette affaire, les défendeurs n'ont pas réussi à renverser la présomption, notamment, parce que l'expert n'est pas parvenu à démontrer une atteinte à l'intégrité du support) ; *Sécurité des Deux-Rives liée c. Groupe Meridian construction restauration inc.*, 2013 QCCQ 1301, par. 52 ; *Tremcar inc. et Valois*, 2015 QCCLP 6333, par. 38.

40. Au sujet de l'intégrité, l'article 6 (1) LCCJTI énonce que « [l']intégrité du document est assurée, lorsqu'il est possible de vérifier que l'information n'en est pas altérée et qu'elle est maintenue dans son intégralité, et que le support qui porte cette information lui procure la stabilité et la pérennité voulue ».

41. *Supra*, note 2, par. 93.

42. « Il n'y a pas lieu de prouver que le support du document ou que les procédés, systèmes ou technologies utilisés pour communiquer au moyen d'un document permettent d'assurer son intégrité, à moins que celui qui conteste l'admission du document n'établisse, par prépondérance de preuve, qu'il y a eu atteinte à l'intégrité du document ». (Notre soulignement)

et un citoyen qui pense que son document, qui a été véhiculé par les technologies de l'information, n'est pas intègre, on lui donne des recours, on lui donne des possibilités de recours.

Et ça amène passablement d'économies au niveau de la preuve et de la Cour au grand détriment de certains avocats qui auraient peut-être aimé plaider ça à chaque fois. [...] L'article vise à éviter les recours et les preuves indus, exagérés ou non nécessaires devant le tribunal ». ⁴³ (Notre soulignement)

En vertu de l'article 7 LCCJTI, seul le fait que le support ou la technologie utilisé permet d'assurer l'intégrité du document est présumé. Il ne faut donc pas confondre l'intégrité du document et la capacité d'une technologie à assurer celle-ci. À cette fin, la Cour d'appel désigne cette dispense de preuve à l'égard du support comme une présomption de fiabilité technologique plutôt qu'une présomption d'intégrité du support. Il va sans dire que nous apprécions cette terminologie qui devrait cristalliser une importante nuance. L'objectif était vraisemblablement de formaliser un état de fait sous-jacent aux lois basées sur le papier, à savoir la capacité du papier à assurer l'intégrité d'un document sur un tel support.

En résumé, *Benisty c. Kloda* nous enseigne que l'article 7 LCCJTI ne crée pas une présomption d'intégrité du document technologique, mais plutôt une présomption de fiabilité technologique du support, laquelle est présumée tant que l'autre partie conteste l'admission dudit document en établissant, par prépondérance de preuve, qu'il y a eu atteinte à l'intégrité du document⁴⁴.

43. Assemblée nationale du Québec, *Débats parlementaires concernant le Projet de loi n° 161 : Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*, disponible en ligne : <<http://www.assnat.qc.ca/fr/travaux-parlementaires/projets-loi/projet-loi-161-36-1.html>>. L'argument d'économie des moyens nous rappelle par ailleurs l'Ordonnance de Moulins, qui justifiait ainsi le passage à la preuve écrite : « Pour obvier à multiplication de faits que l'on a vû ci-devant estre mis en avant en jugement, sujets à preuve de témoins, et reproche d'iceux, dont adviennent plusieurs inconvénients et involutions de procès [...] ». Ordonnance sur la réforme de la justice, 1566, art. 54, dans JOURDAN, ISAMBERT, DECRUSY et TAILLANDIER, *Recueil général des anciennes lois françaises*, t. 14, Paris, Belin-Leprieur, p. 189, en ligne : <<http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k517005>>.

44. Comme le souligne François Senécal citant le professeur Léo Ducharme : « Indépendamment de la portée accordée à la présomption établie dans la première partie de la disposition, la seconde partie semble, à sa face même, illogique. S'il est démontré qu'il y a eu atteinte à l'intégrité du document, la « contre-preuve » de l'intégrité du support est rendue futile :

IV- LES MÉTADONNÉES PEUVENT SERVIR À LA DÉMONSTRATION DE L'AUTHENTICITÉ D'UN DOCUMENT TECHNOLOGIQUE

Corollaire du précédent enseignement, si le document technologique ne bénéficie pas d'une présomption d'intégrité, la preuve de l'intégrité – de l'authenticité – du document demeure donc à faire.

S'appuyant sur la doctrine⁴⁵, *Benisty c. Kloda* « rappelle que les articles 2855 et 2874 C.c.Q. exigent la démonstration d'une preuve indépendante ou distincte d'authenticité du document mis en preuve »⁴⁶.

Cet enseignement est toutefois celui qu'il convient de traiter avec le plus de prudence, car avec respect pour le tribunal, nous ne pouvons faire nôtre la conclusion suivante :

[...] Or, un document technologique comprend généralement une documentation inhérente, comme des métadonnées, permettant d'identifier un auteur, la date de confection, ou encore la présence de modifications dans le document. Puisque ces métadonnées constituent une preuve inhérente du document technologique – et non pas une preuve indépendante ou distincte, tel que le requiert la première partie des articles 2855 et 2874 C.c.Q. –, et qu'elles remplissent le même rôle qu'une preuve d'authenticité traditionnelle, le législateur dispense la partie de faire en plus telle preuve distincte.⁴⁷ (Notre soulignement)

D'une part, soulignons que les métadonnées peuvent être internes ou externes à un document auxquelles elles se rattachent⁴⁸. Lorsqu'elles sont internes à un document, elles consti-

« [i]l n'est donc pas possible [...] que la démonstration par prépondérance de preuve qu'il y a eu atteinte à l'intégrité d'un document technologique ne termine pas le débat. [...] C'est comme si une fois qu'un navire a coulé, on pouvait encore prouver qu'il était insubmersible. » » (renvois omis).

François SENÉCAL, *supra*, note 9, à la p.139.

45. Vincent GAUTRAIS, *supra*, note 6, appuyé par Jean-Claude ROYER et Catherine PICHE, *supra*, note 6.

46. *Supra*, note 2, par. 99.

47. *Ibid.*, par. 99.

48. Pour une analyse juridique des métadonnées, voir : Patrick GINGRAS et François SENÉCAL, « Métadonnées : Plaidoyer pour des mal aimées et des incomprises », (2015) 74 *Revue du Barreau* 249, aux p. 257 et s., disponible en ligne : <<https://www.barreau.qc.ca/pdf/publications/revue/2015-tome-74-1.pdf>>.

tuent de l'information qui, si absente, engendre une atteinte à l'intégrité du document.

D'autre part, elles renseignent et contextualisent un document, ou un événement, à bien des égards. De ce fait, elles peuvent « être utiles pour établir des faits distincts, tels le consentement du sujet, leur authenticité, ou la date de la photographie »⁴⁹. Elles peuvent aussi constituer une documentation au sens de l'article 17 (4) LCCJTI :

[...] La documentation peut être jointe, directement ou par référence, soit au document résultant du transfert, soit à ses éléments structurants ou à son support.⁵⁰ (Notre soulignement)

Les métadonnées ne sont pas, en soi, une source d'informations fiable d'emblée, et ce, de la même façon que la date inscrite sur un document papier n'atteste pas de sa propre véracité⁵¹. En effet, et tel que repris dans la décision *Sécurité des Deux-Rives ltée c. Groupe Meridian construction restauration inc.*⁵², les métadonnées doivent faire l'objet d'une authentification pour y prêter foi. Citant l'expert Bourbonnière dans la décision *Richard c. Gougoux*⁵³, le juge Massol note que :

[...] soumettre un imprimé papier d'un courriel qui inclut les métadonnées ne prouve en rien à lui seul ni le contenu du courriel ni l'intégrité des métadonnées. Les courriels en question sont stockés

49. *Ibid.*, à la p. 272. Le tribunal avait conclu, dans *Bernier c. L'Écho de la Rive-Nord*, 2012 CanLII 18581 (QC CPQ), par. 4, sur la base de témoignages et des métadonnées de photos, que le sujet d'une photographie ne pouvait qu'avoir implicitement acquiescé à être pris en photo : « Le journaliste, M. Sinclair, ajoute que si on regarde les métadonnées des trois photos, elles indiquent qu'elles ont toutes été prises avec une lentille 50 mm, donc relativement près, ce qui fait en sorte que le plaignant ne pouvait ignorer le fait qu'il était photographié. »

50. Notons par ailleurs que les métadonnées peuvent aussi être modifiées. Sur ce point, voir : Patrick GINGRAS et François SENÉCAL, *supra*, note 48, à la p. 263.

51. Notons par ailleurs que les métadonnées peuvent aussi être modifiées. Sur ce point, voir : *Ibid.*, à la p. 276.

52. *Supra*, note 5.

53. 2009 QCCS 2301, par. 77. Voir aussi : Patrick GINGRAS et François SENÉCAL, *supra*, note 48, à la p. 290 ; Nicolas W. VERMEYS et Patrick GINGRAS, « Je tweet, tu clavardes, il blogue : les aléas juridiques de la communication électronique », dans *Développements récents en déontologie, droit professionnel et disciplinaire (2011)*, Service de la formation continue du Barreau du Québec, 2011, EYB2011DEV1766, p. 5, à la p. 38, disponible en ligne : <<https://edoctrine.caij.qc.ca/developpements-recents/335/368038435>> ; et Patrick GINGRAS et Nicolas W. VERMEYS, *Actes illicites sur Internet : qui et comment poursuivre*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2011, 174 p.

sur l'ordinateur en tant que documents textes, qui peuvent être édités dans n'importe quelle application de texte-rédacteur, telle que Microsoft Word. [...].

En conséquence, nous nous retrouvons respectueusement en désaccord avec les paragraphes 102 et 103 de *Benisty c. Kloda* :

[102] Or, l'idée qu'un support technologique est présumé fiable (article 7 L.c.c.j.t.i.) diffère de l'idée qu'un tel support puisse effectivement assurer l'intégrité du document (article 5 al. 3 L.c.c.j.t.i.). La nuance est subtile. Une technologie peut donc être fiable (article 7 L.c.c.j.t.i.) sans pour autant permettre d'affirmer que l'on puisse en conclure que l'intégrité du document est assurée : cette assurance supplémentaire est offerte par les documents technologiques qui comprennent une documentation inhérente, ou métadonnées, qui font la preuve de *l'intégrité du document*.

[103] Autrement dit, la dispense de prouver l'authenticité du document s'applique lorsque le support ou la technologie employé permet de constater que l'intégrité du document est assurée. Il ne s'agit pas ici de fiabilité technologique présumée en vertu de l'article 7 L.c.c.j.t.i., mais du cas particulier des documents technologiques qui comprennent des métadonnées et qui, par conséquent, font la preuve de leur propre intégrité ». (Notre soulignement)

L'hypothèse du professeur Gautrais sur le sens à donner à l'article 5 (3) LCCJTI, reprise dans *Benisty c. Kloda*⁵⁴, semble éclaircir le raisonnement :

[512] [...] La rationalité derrière cette disposition [soit l'article 2855 C.c.Q.] nous paraît basée sur le fait qu'une partie qui apporterait des éclaircissements quant au support (élément indissociable sans lequel un document n'existe pas) justifierait en soi l'authenticité dudit document. À titre d'exemple, si une partie est en mesure de prouver par une documentation tant l'intégrité que son auteur, alors pourquoi fournir en plus une preuve indépendante de son authenticité ? Comme plusieurs articles de la Loi, la référence à l'article 5, al. 3 entre directement dans un office de facilitation des documents technologiques.

Ainsi, selon le professeur Gautrais, dès lors que des éléments de preuve convainquent de l'intégrité d'un document technologique

54. Par. 104. Citant Vincent GAUTRAIS, *supra*, note 6, par. 512.

et de sa source, une preuve indépendante d'authenticité n'est pas requise. Si cela nous paraît récuratif lorsque l'on utilise des métadonnées internes à un document comme indices du maintien de son intégrité, ce qui est la cause de notre inconfort au paragraphe 103, cela est tout à fait indiqué lorsque cette preuve d'intégrité est comprise dans une documentation, laquelle devrait elle-même être authentifiée pour que le tribunal puisse s'y fier.

Là où la situation se corse, c'est lorsque cette documentation se trouve intégrée à un document⁵⁵. Nous posons que cette documentation, qu'elle soit comprise dans un document distinct ou intégrée au document que l'on entend mettre en preuve, doit d'abord faire l'objet d'une preuve d'authenticité avant qu'il y soit prêté foi, et qu'une fois cela fait, qu'il soit évalué si cette documentation permet de conclure que le document auquel elle réfère est fiable.

En résumé, *Benisty c. Kloda* nous rappelle que les métadonnées peuvent servir à l'authentification d'un document. Toutefois, dans le contexte des articles 5 (3) et 7 LCCJTI ainsi que des articles 2855 et 2874 du C.c.Q., la Cour d'appel nous semble, avec respect, faire confiance aveuglément aux métadonnées. Nous sommes respectueusement d'avis que le mécanisme d'application de ces articles nécessite une preuve distincte d'authenticité des métadonnées afin de ne réserver le privilège des documents qui font preuve d'eux-mêmes qu'aux seuls documents authentiques.

55. Jean-François DE RICO et Dominic JAAR, *supra*, note 6, donnent l'exemple de la documentation d'un transfert, dont les informations pourraient, par hypothèses, être intégrées à un document, afin que celui-ci contienne également des éléments de preuve pouvant servir à établir le maintien de son intégrité. Cela ne diffère pas, en soi, d'un document papier : « [L]'écrit papier se caractérise par une unité de lieu et de temps et sa conservation est statique. Le document, en lui-même, contient tous les indices relatifs à son intégrité – d'où l'obligation de produire l'original au tribunal. Parce qu'il porte en lui ses « caractères externes », l'original est le meilleur moyen de détection du faux : une atteinte à l'intellectualité implique nécessairement une atteinte à la matérialité du document. C'est ainsi l'original qui constitue la « meilleure preuve » ». François SENÉCAL, « Du témoin à l'écrit ; du papier à l'électronique : la notion de faux en toile de fond », (2012) 26-1 *Cahiers de propriété intellectuelle* 161, à la p. 175, disponible en ligne : <<https://www.lccjti.ca/doctrine/senecal-notion-faux/>>.

V- LA REPRODUCTION D'UN DOCUMENT TECHNOLOGIQUE NÉCESSITE DES GARANTIES SUFFISANTES

Pour clore le tout, *Benisty c. Kloda* se penche sur la question de la reproduction des documents. Celle-ci fait l'objet de notre cinquième et dernier enseignement.

La reproduction d'un document peut selon l'article 2841 C.c.Q. être le fruit d'une copie, soit sur un même support ou sur un support qui ne fait pas appel à une technologie différente, ou d'un transfert, c'est-à-dire sur un support faisant appel à une technologie différente.

Or, si une partie désire invoquer une telle reproduction conçue à partir d'un document source, il convient de s'assurer que l'information du document résultant de la copie ou du transfert soit fidèle à celle du document source.

Ces observations sont nécessaires du fait que dans *Benisty c. Kloda*, l'appelant a déposé des cassettes audio à son dossier à la Cour supérieure, mais y avait substitué, sous la même cote, un CD dans son dossier d'appel⁵⁶. Afin de déterminer si le juge de première instance avait erré en concluant à l'absence d'authenticité des enregistrements, la Cour d'appel devait d'abord évaluer dans quelle mesure elle pouvait se fier à l'information contenue au CD, soit au document reproduit.

Qualifiant, avec raison, la reproduction de l'information de la cassette analogique vers le CD de transfert au sens de l'article 2841 C.c.Q., la Cour d'appel applique les articles 17 et 18 LCCJTI qui énoncent les formalités applicables pour que le résultat du transfert, soit le CD, ait la même valeur que les cassettes lorsque celles-ci sont détruites⁵⁷. Le non-respect de ces formalités étant fatal pour l'appelant compte tenu de la disparition de celles-ci, soit des documents sources.

56. *Supra*, note 2, par. 128 à 132. Soulignons aussi qu'au paragraphe 48 de la décision, il est mentionné que le procureur de l'appelant se dit incapable d'expliquer la raison de la substitution et dit ignorer de plus où se trouvent les six cassettes.

57. *Ibid.*, par. 137.

Puisqu'il n'y a pas, en preuve, d'éléments permettant de démontrer que les enregistrements résultant du transfert comportent la même information que les cassettes, la Cour ne peut utiliser les enregistrements reproduits sur le CD pour apprécier leur authenticité : ils n'ont tout simplement pas la même valeur juridique que ceux contenus sur les cassettes.⁵⁸ (Notre soulignement)

L'application des règles de droit relatives aux reproductions par le mode du transfert semble ici aller de soi. Nous proposons cependant de pousser un peu plus loin l'analyse. La Cour d'appel note qu'il n'y a pas d'élément tendant à démontrer le maintien de l'intégrité lors du passage d'un support faisant appel à une technologie différente à un autre⁵⁹. L'article 17 (2) LCCJTI parle toutefois plus précisément d'une documentation, laquelle s'avère nécessaire lorsque le document source est détruit ou, comme dans le présent cas, introuvable.

Toutefois, sous réserve de l'article 20, pour que le document source puisse être détruit et remplacé par le document qui résulte du transfert tout en conservant sa valeur juridique, le transfert doit être documenté de sorte qu'il puisse être démontré, au besoin, que le document résultant du transfert comporte la même information que le document source et que son intégrité est assurée ». (Notre soulignement)

Il n'est pas nécessaire d'interpréter la décision afin d'établir si la Cour renvoyait implicitement à la documentation de l'article 17 LCCJTI lorsqu'elle parlait d'éléments au paragraphe 138 ou si, plutôt, elle entendait par là tout élément de preuve, de quelque nature qu'il soit. Les soussignés sont toutefois d'avis que l'exigence d'une documentation formelle pourrait être satisfaite par un témoignage, au besoin⁶⁰. Effectivement, en matière de « double preuve »⁶¹, constituée par la partie qui entend l'invoquer éventuellement, chacun est libre d'y mettre l'effort qu'il désire, d'une part, et d'autre part, cette documentation devra elle-même être authentifiée, vraisemblablement par témoignage⁶². Le fait que la

58. *Ibid.*, par. 138.

59. Les articles 17 et 18 LCCJTI figurant d'ailleurs au chapitre intitulé « Maintien de l'intégrité du document au cours de son cycle de vie » de la LCCJTI.

60. Voir notamment : *Sécurité des Deux-Rives ltée c. Groupe Meridian construction restauration inc.*, *supra*, note 5.

61. Vincent GAUTRAIS, *supra*, note 6, par. 33.

62. Dans la mesure où cette documentation est intégrée au document issu du transfert, c'est-à-dire intégrée aux métadonnées, nous nous retrouvons encore ici dans

documentation de l'article 17 LCCJTI ait été constituée de façon contemporaine au transfert, ce qui n'est d'ailleurs pas une exigence dudit article, est un fort indicateur de sa force probante, mais ne devrait pas être une condition sine qua non à toute preuve des circonstances d'un transfert.

En résumé, *Benisty c. Kloda* nous enseigne que toute reproduction d'un document source est accompagnée d'exigences formelles dont la finalité est d'offrir des garanties suffisantes pour s'assurer que l'information contenue dans un document issu d'une copie ou d'un transfert reproduise fidèlement celle portée par le document qui en est la source. L'absence de ces garanties peut donc être fatale.

CONCLUSION

Benisty c. Kloda permet de tirer des enseignements intéressants quant à l'interprétation et l'application de la LCCJTI. Ceux-ci devraient minimalement stabiliser les interprétations jurisprudentielles et doctrinales et cette décision devrait « donner le la » pour les quelques années à venir. Sur ce, laissons donc les derniers mots de cette chronique à celui qui nous en a fourni les premiers...

« Allez viens on va s'aimer si longtemps
Tout là-haut sur un rayon de soleil
Allez viens voir le printemps qui s'éveille
Dans le coeur des amants »⁶³

la situation où nous devons également authentifier des informations comprises aux métadonnées d'un document, forme de témoignage par écrit. Voir Jean-François DE RICO et Dominic JAAR *supra*, note 6, à la p 1.

63. Pour les paroles complètes, voir : Daniel HÉTU, *Je t'attendais*, <https://www.paroles-musique.com/paroles-Daniel_Hetu-Je_tattendais-lyrics,p05813744>.

CHRONIQUE

DROIT PROFESSIONNEL

Denis C. KRATCHANOV*

Le secret professionnel de l'avocat et la protection des comptes d'honoraires: la présomption créée dans l'arrêt *Maranda* est-elle devenue théorique ?

En août 2017, la Cour d'appel du Québec a rendu sa décision dans l'arrêt *Kalogerakis c. Commission scolaire des Patriotes*¹ (ci-après *Kalogerakis*). Elle a alors ordonné, en réponse à une demande présentée par l'appelant en vertu de la *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels*² (ci-après *Loi sur l'accès*) la communication à celui-ci des honoraires juridiques payés par les intimées dans des litiges où elles étaient poursuivies par des tiers. Ce fai-

sant, la Cour écarte la présomption, créée par la Cour suprême dans l'arrêt *Maranda c. Richer*³, selon laquelle les comptes d'honoraires et de débours des avocats soumis à leurs clients sont, *prima facie*, protégés par le secret professionnel de l'avocat⁴. Dans cette chronique, nous nous questionnerons sur la façon dont la Cour d'appel s'y est prise pour écarter cette présomption et nous tenterons de démontrer qu'elle aurait dû entreprendre cet exercice d'une tout autre façon pour demeurer fidèle à la position

* Avocat. L'auteur désire remercier M^e Megan Brady pour les réflexions et les conseils qu'elle lui a donnés pendant la rédaction de cette chronique. Les opinions exprimées n'engagent toutefois que l'auteur.

1. 2017 QCCA 1253.

2. RLRQ, c. A-2.1.

3. [2003] 3 R.C.S. 193. Sept des juges de la Cour suprême souscrivent aux motifs du juge LeBel créant cette présomption, alors que la juge Deschamps, dans des motifs distincts, s'accorde sur la décision rendue, mais ne reconnaît pas l'existence de la présomption.

4. Nous utiliserons l'expression « secret professionnel de l'avocat » plutôt que celle de « privilège avocat client de common law » puisque c'est d'elle qui s'agit dans l'arrêt *Kalogerakis* et qu'elle englobe le « privilège avocat client »: voir *Société d'énergie Foster Wheeler ltée c. Société intermunicipale de gestion et d'élimination des déchets (SIGED) inc.*, [2004] 1 R.C.S. 45, para. 28-29.

qu'a adoptée la Cour suprême pour soustraire les comptes d'honoraires d'avocats de la protection offerte par le secret professionnel.

1. *Maranda c. Richer*

Pour bien analyser la décision *Kalogerakis* de la Cour d'appel, il faut d'abord comprendre la décision de la Cour suprême dans l'arrêt *Maranda*. Soupçonnant un individu de blanchiment d'argent et de trafic de stupéfiants, la police obtient un mandat de perquisition pour saisir les documents relatifs aux honoraires et aux débours facturés à cet individu par son avocat. Cet avocat présente alors une requête en *certiorari* pour faire annuler la perquisition et la faire déclarer abusive et illégale. L'une des questions en litige devant la Cour suprême est celle-ci : est-ce que le montant des honoraires et débours payés à un avocat par son client, sans autres détails, constitue une communication entre l'avocat et son client que protège le secret professionnel de l'avocat ?

Dans ses motifs, le juge LeBel prend d'abord soin de préciser que la police ne cherche que le montant brut des honoraires et débours versés à l'avocat et que son juge-

ment ne portera que sur cette question⁵. Dans son analyse du droit applicable, il identifie ensuite deux courants jurisprudentiels au sujet de la question à laquelle la Cour est confrontée. L'un d'eux, adopté par la Cour d'appel du Québec⁶ dont le jugement est fait appel, reconnaît que les honoraires et débours versés à l'avocat « seraient en principe accessibles, à moins que le contexte ne démontre que leur transmission porterait atteinte au privilège avocat-client »⁷. Selon le juge LeBel, ce courant repose sur le fait que la Cour d'appel du Québec donne une grande importance à la distinction qui existe entre « faits » et « communications », le montant brut des honoraires étant ainsi considéré comme un fait plutôt qu'une communication.

L'autre courant jurisprudentiel identifié par le juge LeBel⁸ tend plutôt à conclure que le montant des honoraires d'avocat doit être protégé puisqu'il entre dans le cadre de la relation avocat client et il cite notamment à cet égard une décision de la Cour d'appel fédérale⁹ rendue dans le contexte de l'application de la *Loi sur l'accès à l'information*¹⁰.

5. *Maranda*, para. 24.

6. *Le Caporal Normand Leblanc c. Maranda*, [2001] R.J.Q. 2490, 2001 CanLII 15883 (C.A.) (il s'agit de la décision qui faisait l'objet de l'appel en Cour suprême et qu'elle a infirmée).

7. *Maranda*, para. 25.

8. *Ibid.*, para. 27. Les autres décisions citées par le juge LeBel pour illustrer ce courant jurisprudentiel proviennent toutes du contexte de droit civil et administratif.

9. *Stevens c. Canada (Premier ministre)*, [1998] 4 C.F. 89, 1998 CanLII 9075 (C.A.).

10. L.R.C. 1985, c. A-1.

De ces deux courants, le juge LeBel préfère le second. Selon lui, la distinction entre fait et communication est fragile et ne permet pas de dissocier les comptes d'honoraires des actes de communications et les difficultés inhérentes à cette dissociation mettraient trop facilement le secret professionnel de l'avocat en danger¹¹. Il reconnaît plutôt que « [l]es questions de calcul et de paiement des honoraires en constituent un élément important pour les deux parties »¹². Puisque le compte d'honoraires est un fait rattaché à la relation avocat client qui constitue l'un de ses éléments et compte tenu « de l'importance des valeurs constitutionnelles que mettrait en danger leur communication »¹³, le juge LeBel est d'avis qu'une présomption *prima facie* devrait reconnaître que les comptes d'honoraires bruts d'un avocat sont protégés par le secret professionnel de l'avocat¹⁴.

Finalement, il ajoute que dans le cas devant lui, la partie cherchant à obtenir le mandat de perquisition visant les honoraires de l'avocat devait alléguer « de manière suffisante »¹⁵ que la « communication de cette information ne porterait aucune atteinte à la confidentialité de la relation » avocat client et qu'en l'absence de preuve à cet égard, la présomption ne peut être renversée.

La juge Deschamps, quant à elle, bien qu'elle soit en accord avec le juge LeBel sur le dispositif dans l'arrêt *Maranda*, n'épouse pas les motifs de sa décision quant à l'existence d'une présomption réfragable octroyant la protection du secret professionnel aux honoraires d'avocats. Elle qualifie celle-ci de « présomption théorique détachée de tout fondement contextuel »¹⁶ et elle préfère plutôt aborder la question de l'application du secret professionnel de l'avocat aux comptes

11. Ce principe fut d'ailleurs réitéré par la Cour suprême dans *Canada (Procureur général) c. Chambre des notaires du Québec*, [2016] 1 R.C.S. 336, 2016 CSC 20, para. 40 et *Canada (Revenu national) c. Thompson*, [2016] 1 R.C.S. 381, 2016 CSC 21, para. 19.

12. *Maranda*, para. 32.

13. *Ibid.*, para. 33. À cet égard, la Cour suprême a réaffirmé en 2015 que des dispositions législatives qui autorisent une perquisition dans un bureau d'avocats qui risque, de par sa nature, de violer le secret professionnel de l'avocat, contreviennent aux articles 7 et 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*: *Canada (Procureur général) c. Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada*, 2015 CSC 7, [2015] 1 R.C.S. 401.

14. Dans *Canada (Procureur général) c. Chambre des notaires du Québec*, [2016] 1 R.C.S. 336, 2016 CSC 20, para. 40 et 72 et dans *Canada (Revenu national) c. Thompson*, [2016] 1 R.C.S. 381, 2016 CSC 21, para. 19, la Cour suprême a étendu cette protection aux relevés comptables d'un avocat ou d'un notaire.

15. *Maranda*, para. 35.

16. *Ibid.*, para. 58. Par ailleurs, elle interprète les motifs du juge LeBel comme donnant une portée différente au secret professionnel dans le contexte du droit pénal de celui du droit civil et elle refuse cette distinction: voir les paragraphes 50 et 57.

d'honoraires selon le contexte dans lequel ils ont fait l'objet d'une perquisition. Selon elle, le montant des honoraires ne dévoile en rien la nature des avis donnés par l'avocat à son client. Qui plus est, le fait que le client soit représenté par cet avocat est déjà du domaine public et le fait que l'avocat ne le fasse pas gratuitement peut être inféré. Dans ces circonstances, il n'est pas approprié pour elle d'accorder la même protection aux honoraires qu'aux avis juridiques qu'aurait donnés l'avocat. Elle ne reconnaît donc pas, dans cette instance, que le compte d'honoraires bruts d'un avocat puisse être protégé par le secret professionnel de l'avocat.

2. *Kalogerakis c. Commission scolaire des Patriotes*

Le contexte de l'arrêt *Kalogerakis* est bien différent de celui de l'arrêt *Maranda*. Au lieu d'être dans le contexte d'une perquisition faite par la police dans le cadre d'une enquête criminelle, nous sommes ici dans le cadre de

demandes faites en vertu de la Loi sur l'accès par des personnes cherchant à connaître le montant total des honoraires payés aux avocats qui représentaient des organismes publics dans des litiges civils. En réponse à ces demandes, les deux organismes publics refusent de donner accès aux renseignements demandés en se fondant sur le secret professionnel de l'avocat. Ces refus sont confirmés, en révision, par la Commission d'accès à l'information (ci-après CAI). Ces décisions sont ensuite infirmées en appel à la Cour du Québec¹⁷, mais rétablies en révision judiciaire par la Cour supérieure¹⁸. Selon la Cour supérieure, la CAI a eu raison de faire porter aux demandeurs d'accès le fardeau de renverser la présomption selon laquelle le compte d'honoraires de l'avocat et ses composantes sont protégés par le secret professionnel de l'avocat. Le fait que le litige soit né en vertu de la Loi sur l'accès ne justifie pas, selon elle, un fardeau moindre, la protection du secret professionnel de l'avocat méritant le même niveau de protection dans tous les contextes¹⁹. En l'absence de preuve

17. *Kalogerakis c. Commission scolaire des Patriotes*, 2014 QCCQ 4167; cette décision renverse le courant jurisprudentiel développé dix ans auparavant par le même tribunal: *Québec (Commission des services juridiques) c. Gagnier*, 2004 CanLII 20578 (QC C.Q.).

18. *Commission scolaire des Patriotes c. Quenneville*, 2015 QCCS 4598.

19. Le même principe, reconnaissant l'existence du secret professionnel de l'avocat peu importe le contexte dans lequel il est invoqué, a d'ailleurs été repris par la Cour suprême dans l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada*, 2015 CSC 7, [2015] 1 R.C.S. 401, para. 38: « Toutefois, l'attente raisonnable à l'égard de la confidentialité des communications protégées par le secret professionnel de l'avocat est invariablement élevée, peu importe le contexte. Le principal élément moteur de cette attente élevée en matière de respect de la vie privée est la nature particulièrement protégée de la relation avocat-client, et non le contexte dans lequel l'État cherche à s'ingérer dans cette zone particulièrement protégée. »

pour renverser cette présomption, la CAI a donc eu raison de refuser l'accès aux renseignements recherchés par les demandeurs et la Cour du Québec n'aurait donc pas dû intervenir pour infirmer les décisions de la CAI.

La principale question en litige dans cette affaire devant la Cour d'appel est donc la même que dans *Maranda*, c'est-à-dire, est-ce que le montant total des honoraires d'un avocat est protégé par le secret professionnel de l'avocat. Même si le contexte des deux affaires est très différent, cela n'empêche pas la Cour d'appel de reconnaître, de prime abord, que la présomption établie dans l'arrêt *Maranda* trouve application:

[30] Il est admis que tout ce qui touche à la relation avocat/client est à priori couvert par le secret. La Cour suprême l'établit dans l'arrêt *Maranda* où le juge LeBel écrit:

[33] [...] En raison des difficultés inhérentes à l'appréciation de la neutralité des informations contenues dans les comptes d'avocats et de l'importance des valeurs constitutionnelles que mettrait en danger leur communication, la reconnaissance d'une présomption voulant que ces informations se situent *prima facie* dans la catégorie privilégiée assure mieux

la réalisation des objectifs de ce privilège établi de longue date [...].²⁰

La Cour d'appel se lance alors dans une recherche visant à identifier les pistes juridiques qui s'offrent à elle pour renverser la présomption:

[31] Mais cette présomption – cet *a priori*, hypothèse de départ ou prémisses *prima facie* – doit être vérifiée afin de discerner, en fonction du critère pertinent, les éléments qui se révéleront en fin d'analyse non couverts par le secret malgré celle-ci.²¹

Cette recherche mènera la Cour d'appel sur ce qui nous semble être quatre fausses pistes.

- Première fausse piste: les motifs de la juge Deschamps dans l'arrêt *Maranda*

Pour identifier les principes permettant de renverser la présomption, la Cour d'appel commence, étonnamment, par citer les motifs rédigés par la juge Deschamps dans l'arrêt *Maranda*. On se souviendra que la juge Deschamps avait alors exprimé son désaccord avec le juge LeBel et ses sept autres collègues quant à la création de la présomption *prima facie* protégeant les comptes d'honoraires d'avocats. Selon elle, une telle présomption n'avait pas raison d'exister²² et les comptes

20. *Kalogerakis*, para. 30.

21. *Ibid.*, para. 31.

22. *Maranda*, para. 58.

d'honoraires d'avocats ne méritent d'être protégés par le secret professionnel que s'ils « se situent dans la sphère du privilège tel que défini dans l'arrêt *Solosky* »²³.

D'un point de vue académique, on peut très bien préférer les motifs de la juge Deschamps à ceux du juge LeBel, mais d'un point de vue juridique, il nous apparaît clairement erroné de les utiliser pour chercher un moyen d'écarter la présomption créée par le juge LeBel. Agir ainsi équivaudrait simplement à traiter les motifs de la juge Deschamps comme s'ils représentaient le point de vue majoritaire de la Cour suprême.

- Deuxième fausse piste: l'arrêt *Association de protection des épargnants et investisseurs du Québec [APEIQ] c. Corporation Nortel Networks*²⁴

La Cour d'appel cite ensuite l'une de ses propres décisions dans laquelle un avocat invoquait les règles du secret professionnel pour

refuser de remettre son relevé d'honoraires professionnels lorsque ceux-ci doivent être approuvés par le tribunal à la suite d'une transaction qui a mis fin à un recours collectif. Dans cette décision, la Cour d'appel reformule cette question de la manière suivante: « [D]ans le cadre d'un recours collectif, l'avocat peut-il refuser l'accès à son relevé d'honoraires professionnels à ceux qui seront appelés à les payer »²⁵ ?

Cette décision de la Cour d'appel ne fait aucunement référence à la présomption créée par le juge LeBel dans l'arrêt *Maranda* et encore moins aux principes qui permettraient de la renverser. Au contraire, la Cour d'appel lit plutôt l'arrêt *Maranda* comme créant un secret professionnel à deux vitesses ou à géométrie variable, un en matière pénale qui nécessite une protection élevée et un autre en matière civile qui ne nécessite pas le même niveau de protection²⁶. Sur cette base, puisque le litige dans *Nortel Networks* est de nature civile et non pénale, la Cour d'appel refuse de prendre position

23. *Ibid.*, para. 56.

24. 2007 QCCA 1208.

25. *Ibid.*, para. 52.

26. *Ibid.*, para. 49. Cette lecture des motifs du juge LeBel est semblable à celle qu'en faisait la juge Deschamps et l'accent que le juge LeBel met sur le contexte pénal de l'arrêt *Maranda* y contribue pour beaucoup. Selon ce raisonnement, un même renseignement, comme le compte d'honoraires, serait protégé par le secret professionnel dans le contexte d'un litige pénal et ne le serait pas dans le contexte d'un litige civil. Cette façon de lire les motifs du juge LeBel ne résiste toutefois pas à une analyse plus approfondie. Pour créer la présomption visant les comptes d'honoraires d'avocats, le juge LeBel s'inspire essentiellement d'une jurisprudence non pénale et la Cour suprême a elle-même reconnu l'application d'une telle présomption dans le contexte civil: *Société d'énergie Foster Wheeler ltée c. Société inter-municipale de gestion et d'élimination des déchets (SIGED) inc.*, [2004] 1 R.C.S. 456, 2004 CSC 18, para. 42.

sur l'application du secret professionnel aux honoraires d'avocats, mais elle conclut que si les comptes d'honoraires de l'avocat étaient protégés par le secret professionnel, le bénéficiaire de celui-ci y aurait renoncé en mettant de l'avant le caractère raisonnable des sommes demandées²⁷. Au final, rien dans la décision *Nortel Networks* ne permet donc d'identifier des principes qui pourraient intervenir pour renverser la présomption créée par l'arrêt *Maranda*.

- Troisième fausse piste: l'arrêt *R. c. Cunningham*²⁸

Ici, la Cour d'appel cite aussi une décision de la Cour suprême postérieure à l'arrêt *Maranda*. Dans cette affaire, la Cour suprême devait décider, dans le contexte d'une demande d'un avocat de cesser d'occuper, si le non-paiement des honoraires par le client – qui n'est pas lié au fondement de l'affaire et dont la mise au jour ne cause pas préjudice à celui-ci – bénéficie de la protection du secret professionnel de l'avocat. La Cour suprême ayant conclu que non et ayant souligné que le non-paiement des honoraires par le client constituait un élément minime d'information, la Cour d'appel y voit une situation où la Cour suprême elle-même minimise l'impact de la

présomption qu'elle a créée dans l'arrêt *Maranda*²⁹. Mais est-ce vraiment le cas ? Dans *Cunningham*, la Cour suprême fait référence à sa décision dans *Maranda*³⁰, mais c'est pour dire qu'il existe une différence entre les deux affaires et qu'elle tient d'abord et principalement au fait de la nature des renseignements en cause. Selon elle, le non-paiement des honoraires est un genre d'information qui ne mérite pas, *a priori*, de protection en l'absence de démonstration du client que sa communication lui causerait préjudice³¹. Autrement dit, le raisonnement utilisé par la Cour suprême dans *Cunningham* pour déterminer si le non-paiement des honoraires est protégé par le secret professionnel de l'avocat s'applique à des renseignements qui ne sont pas visés par la présomption créée dans *Maranda*. Encore ici, donc, la Cour d'appel fait donc fausse route pour identifier les facteurs pertinents à considérer pour renverser la présomption créée par l'arrêt *Maranda*.

- Quatrième fausse piste: *Ontario (Attorney General) v. Ontario (Assistant Information and Privacy Commissioner)*³²

Enfin, la Cour d'appel fait référence à une décision de 2005 de la Cour d'appel de l'Ontario, elle

27. *Association de protection des épargnants et investisseurs du Québec [APEIQ] c. Corporation Nortel Networks*, 2007 QCCA 1208, para. 62.

28. [2010] 1 R.C.S. 331, 2010 CSC 10 (ci-après *Cunningham*).

29. *Maranda*, para. 36.

30. *Cunningham*, para. 28.

31. *Ibid.*, para. 29-31.

32. 2005 CanLII 6045 (ON C.A.), 251 D.L.R. (4th) 65.

aussi rendue dans le contexte d'une demande d'accès à l'information, pour déterminer dans quelles circonstances la présomption de l'arrêt *Maranda* peut être renversée³³. La Cour d'appel de l'Ontario avait alors conclu que la présomption de l'arrêt *Maranda* serait renversée s'il n'y avait aucune possibilité raisonnable qu'un observateur averti, bien au fait de l'information publique déjà disponible, puisse utiliser le compte d'honoraires pour déduire ou autrement connaître des communications qui, elles, sont protégées par le secret professionnel de l'avocat. Ce critère, la Cour d'appel de l'Ontario l'avait elle-même emprunté d'une décision de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique³⁴ rendue dans une cause semblable en 2003, quelques mois, toutefois, avant la décision *Maranda* de la Cour suprême. Le raisonnement utilisé par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique pour décider si les honoraires d'un avocat sont protégés par le secret professionnel de l'avocat ne peut donc être vu comme représentant un test approprié pour décider si la présomption créée par l'arrêt *Maranda* a été renversée, puisque cette présomption n'existait pas encore au moment où elle a été rendue. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique utilise donc ce critère pour décider, *a priori*, si le compte d'honoraires bénéficie de la protection du secret professionnel et elle fait porter à celui

qui invoque le secret professionnel, le fardeau de prouver son existence. Comme la présomption créée dans *Maranda* visait exactement à éviter ce genre d'analyse pour déterminer, *a priori*, si un compte d'honoraires était protégé par le secret professionnel, son utilisation pour renverser cette présomption devient un non-sens. C'est donc à tort, selon nous, que la Cour d'appel de l'Ontario a ainsi fait référence à la décision de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique pour trouver des motifs permettant de renverser la présomption créée dans *Maranda*. La Cour d'appel du Québec ne fait que répéter cette erreur.

- Quatre fausses pistes

La Cour d'appel se sert de ces quatre fausses pistes pour analyser les explications fournies par les parties invoquant le secret professionnel de l'avocat et décider si elles sont suffisantes pour que la présomption que les honoraires sont protégés par le secret professionnel puisse survivre. Elle se demande aussi en quoi la communication des honoraires révélerait la nature des services juridiques qui ont été obtenus. Elle constate d'abord que les litiges civils auxquels les honoraires se rapportent sont consignés dans des documents publics, y compris les arguments et la preuve présentés en cour. Quant à l'explication que le montant des

33. *Ontario (Attorney General) v. Ontario (Assistant Information and Privacy Commissioner)*, 2005 CanLII 6045 (ON C.A.), 251 D.L.R. (4th) 65.

34. *Legal Services Society v. Information and Privacy Commissioner of British Columbia* (2003), 2003 BCCA 278 (CanLII), 226 D.L.R. (4th) 20.

honoraires pourrait nuire à la capacité des organismes publics à négocier des règlements hors cour, elle n'y accorde pas de poids, car elle considère que l'ampleur des moyens mis en œuvre est déjà connue de l'observateur aguerri et que l'argument que la communication des honoraires de l'une des parties créerait un déséquilibre entre parties opposées dans un litige est spéculatif. Elle qualifie les autres explications fournies de peu convaincantes et de faibles. Cette analyse aurait pu avoir sa place si la Cour d'appel tentait de déterminer que les organismes publics avaient agi de manière raisonnable ou dans l'intérêt public en se prévalant de la protection offerte par le secret professionnel de l'avocat. Il s'agit là d'une question qui peut être pertinente lorsque ce secret est invoqué pour refuser de communiquer un document demandé en vertu de la loi d'accès, mais elle est fondamentalement différente de celle de l'existence même du secret professionnel³⁵.

Le résultat net de la décision de la Cour d'appel ressemble davantage à la position adoptée par la juge Deschamps dans l'arrêt *Maranda*, qu'à celle mise de l'avant par le juge LeBel et sept de ses collègues. En effet, elle traite la présomption créée par le juge LeBel comme une notion purement théorique et elle impose, comme la juge Deschamps, à celui qui réclame la

protection du secret professionnel de l'avocat à l'égard des comptes d'honoraires d'avocats, le fardeau de démontrer que la communication de ces comptes dévoilera d'autres renseignements dont la protection par le secret professionnel de l'avocat ne fait pas de doute. Que cela ait été voulu ou non, cette façon de régler la question ressemble aussi beaucoup au raisonnement que la Cour d'appel avait elle-même adopté dans son propre jugement de 2001 dans l'affaire *Maranda*: les comptes d'honoraires ne sont pas, *a priori*, protégés par le secret professionnel de l'avocat, mais peuvent l'être en adoptant, au cas par cas, une approche contextuelle³⁶. La présomption créée par la Cour suprême voulant que le montant brut des honoraires d'un avocat soit, *a priori*, protégé par le secret professionnel se transforme ainsi en une présomption qu'ils ne le sont pas, sauf preuve du contraire.

Comme la décision *Kalogerakis* n'a pas été portée en appel, elle deviendra sans doute la nouvelle référence au Québec, et peut-être même dans d'autres provinces, pour déterminer quand les honoraires d'avocats demeurent protégés par le secret professionnel. Pourtant, une autre façon de répondre à cette question est préférable et davantage conforme, selon nous, à la jurisprudence de la Cour suprême.

35. Voir à ce sujet *Ontario (Sûreté et Sécurité publique) c. Criminal Lawyers Association*, 2010 CSC 23 (CanLII), [2010] 1 R.C.S. 815, para. 53-55 et 75.

36. *Le Caporal Normand Leblanc c. Maranda*, [2001] R.J.Q. 2490, 2001 CanLII 15883, para. 95-100.

3. Une autre piste pour renverser la présomption créée dans l'arrêt *Maranda*

En créant la présomption que les comptes d'honoraires d'avocats étaient protégés par le secret professionnel de l'avocat, la Cour suprême a réitéré, comme elle n'a cessé de le faire depuis le début des années 1980, l'importance de ce principe en droit canadien. Elle reconnaissait aussi qu'il est difficile d'apprécier la neutralité des informations contenues dans de tels comptes, même s'il ne s'agit que de montants bruts. À ce sujet, la Cour suprême confirmait ainsi en 2016 pourquoi le montant brut des honoraires d'un avocat mérite d'être protégé par le secret professionnel et elle étendait cette protection aux relevés comptables de l'avocat:

Dans *Maranda*, notant l'importance des renseignements qui peuvent être tirés d'informations apparemment aussi neutres que le montant des honoraires versés par un client, la Cour conclut que « le fait même du montant des honoraires doit être considéré comme un élément d'information protégé » (par. 33). La Cour reconnaît ainsi que, même lorsqu'une information de nature comptable ne comporte aucune description de tâche, sa divulgation peut à elle seule révéler de l'information confidentielle et privilégiée.

[...] Si les honoraires d'avocats peuvent révéler de l'information privilégiée, nous voyons mal pourquoi ce ne pourrait être le cas avec les relevés comptables. Certes, un relevé comptable ne contiendra pas toujours de l'information privilégiée. Il n'en demeure pas moins qu'il est susceptible d'en contenir, de sorte que la divulgation d'un tel relevé peut comporter une violation du secret professionnel. Cela suffit pour les fins de notre analyse.³⁷

Dans l'arrêt *Maranda*, le juge LeBel se fait discret sur la façon dont la présomption peut être renversée, se limitant à affirmer que la partie qui veut avoir accès aux honoraires juridiques de l'autre partie doit alléguer et démontrer que la communication du montant des comptes d'honoraires de l'avocat « ne porterait pas atteinte au privilège qui protégeait sa relation professionnelle »³⁸ avec son client. À n'en pas douter, il s'agit là d'un lourd fardeau à porter pour une partie qui, en principe, ne connaît ni le montant ou même l'ampleur des honoraires, ni la nature ou le type de services qui auraient pu avoir été fournis par l'avocat.

Le juge LeBel a toutefois l'occasion de préciser sa pensée sur le sujet quelques mois plus tard dans l'arrêt *Société d'énergie Foster Wheeler ltée c. Société intermunicipale de gestion et d'élimination des déchets (SIGED) inc.*³⁹. Celui-ci por-

37. *Canada (Procureur général) c. Chambre des notaires du Québec*, [2016] 1 R.C.S. 336, 2016 CSC 20, para. 72-73.

38. *Maranda*, para. 34.

39. [2004] 1 R.C.S. 456, 2004 CSC 18.

tait sur l'application du secret professionnel de l'avocat dans le cadre d'un interrogatoire au préalable. Dans cette affaire, le juge LeBel conclut d'abord, conformément à sa décision dans *Maranda*, qu'une présomption réfragable protège, au titre du secret professionnel de l'avocat, l'ensemble des communications entre un client et son avocat dès que la preuve est faite que ce client a donné un mandat général à l'avocat en sa qualité professionnelle. Il ajoute ensuite qu'il appartient à la partie adverse de démontrer que les informations recherchées « ne sont soumises ni à l'obligation de confidentialité, ni à l'immunité de divulgation, ou qu'il s'agit d'un cas où la loi autoriserait la divulgation en dépit de l'existence du secret professionnel »⁴⁰ pour que la présomption soit renversée. Il s'agit là à notre avis d'un test extrêmement strict, puisque, *a priori*, l'avocat est tenu à la confidentialité quant à tous les faits que lui communique son client de même qu'aux faits qu'il communique à ce dernier dans le cadre de sa relation professionnelle. D'ailleurs, en appliquant ce test aux faits de l'espèce dans *Foster Wheeler*, le juge LeBel détermine que seulement deux faits précis, parmi plusieurs autres, ne relèvent pas de l'obligation de confidentialité de l'avocat et ne sont pas assujettis à l'obligation de confidentialité de l'avocat et peuvent donc être divulgués⁴¹.

Il s'agit en l'occurrence de faits qui sont déjà publics, c'est-à-dire l'identité du projet soumis à la procédure d'approbation réglementaire et l'état de cette procédure.

À notre avis, le test élaboré par le juge LeBel dans *Foster Wheeler* pour renverser la présomption réfragable qui fait que les communications entre un avocat et son client sont protégées par le secret professionnel devrait également être appliqué aux comptes d'honoraires d'avocats, ceux-ci constituant eux-mêmes des communications entre un client et son avocat. Comme l'avocat est, *a priori*, tenu à une obligation de confidentialité à l'égard des honoraires qu'il demande à son client⁴², ceux-ci continuent à être protégés par le secret professionnel de l'avocat à moins que la partie adverse ne puisse démontrer que le client a renoncé à cette obligation de confidentialité.

Pratiquement, cela veut sans doute dire que rares seront les cas où une partie pourra lever le voile créé par la présomption à moins de pouvoir faire la preuve d'une telle renonciation, implicite ou explicite, qui lui permettrait de renverser la présomption créée dans l'arrêt *Maranda*. Mais n'est-ce pas là l'essence même du message précautionneux que la Cour suprême ne cesse de marte-

40. *Ibid.*, para. 42.

41. *Ibid.*, para. 43.

42. *Barreau du Québec (Syndic) c. Jolly*, 2012 QCCDBQ 98, para. 96. Voir, entre autres, le *Code de déontologie des avocats*, RLRQ, c. B-1, r. 3.1, art. 60.

ler lorsqu'elle affirme l'importance d'assurer que le secret professionnel demeure toujours aussi absolu que possible⁴³ ?

43. *Canada (Procureur général) c. Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada*, 2015 CSC 7, [2015] 1 R.C.S. 401, para. 44 ; *Canada (Procureur général) c. Chambre des notaires du Québec*, [2016] 1 R.C.S. 336, 2016 CSC 20, para. 82 et *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. University of Calgary*, [2016] 2 R.C.S. 555, para. 43, pour ne citer que trois des plus récentes décisions à ce sujet.

Barreau
du Québec



445, boulevard St-Laurent
Montréal (Québec) H2Y 3T8

514-954-3400 1 800 361-8495

www.barreau.qc.ca