



Revue 2014

Automne 2014 - Tome 73

Hommage to Roderick Alexander Macdonald (1948-2014)
Edmund Coates

La situation des enfants autochtones du Canada en regard de la
Convention relative aux droits de l'enfant
Anne Fournier

La délimitation du pouvoir réglementaire des municipalités à la
lumière de l'affaire Courses automobiles Mont-Tremblant inc. c.
Iredale
Hugo Tremblay

La preuve de la succession internationale en droit québécois : ces
étranges lettres de vérification destinées à l'étranger
Naivi Chikoc Barreda

L'accès à la justice et le succès en conférence de règlement à l'amiable
(CRA) : mythes et réalités
Jean-François Roberge et Elvis Grahovic

Le nouveau Code de procédure civile au prisme des technologies
de l'information
Antoine Guilmoin

La demande judiciaire relative à la prescription acquisitive
d'un immeuble
Pierre Pratte

Le droit de connaître ses origines : chronique d'une réforme
annoncée
Marie-France Bureau et Edith Guilhermont

La criminalisation des pratiques sexuelles sadomasochistes
en droit pénal canadien
Kerry Weinstein

Chronique
Droit disciplinaire. Une enquête mouvementée au Conseil canadien
de la magistrature
Luc Huppé



Hommage to Roderick Alexander Macdonald (1948-2014)

Edmund Coates 319

La situation des enfants autochtones du Canada
en regard de la *Convention relative aux droits de l'enfant*

Anne Fournier 327

La délimitation du pouvoir réglementaire des
municipalités à la lumière de l'affaire *Courses
automobiles Mont-Tremblant inc. c. Iredale*

Hugo Tremblay 353

La preuve de la succession internationale en droit québécois :
ces étranges lettres de vérification destinées à l'étranger

Naivi Chikoc Barreda 393

L'accès à la justice et le succès en conférence de
règlement à l'amiable (CRA) : mythes et réalités

Jean-François Roberge et Elvis Grahovic 435

Le nouveau *Code de procédure civile* au prisme
des technologies de l'information

Antoine Guilmain 471

La demande judiciaire relative à la prescription
acquisitive d'un immeuble

Pierre Pratte 509

Le droit de connaître ses origines : chronique d'une
réforme annoncée

Marie-France Bureau et Edith Guilhermont 597

La criminalisation des pratiques sexuelles
sadomasochistes en droit pénal canadien

Kerry Weinstein 633

CHRONIQUE

Droit disciplinaire. Une enquête mouvementée au
Conseil canadien de la magistrature

Luc Huppé 655

Liste des mémoires de maîtrise et thèses de doctorat
acceptés en 2013. 669

Index des auteurs 681

Index analytique 683

Table de la jurisprudence commentée 695

Table de la législation commentée 697

Hommage to Roderick Alexander Macdonald (1948-2014)*

Edmund COATES**

Professor Macdonald contributed to the profession in many ways, for example as a member of the Barreau du Québec's Comité d'étude sur la réforme des sûretés réelles et la publicité des droits, and of the Barreau's Committee on Bill 47, the *Act respecting the transfer of securities and the establishment of security entitlements* (not to mention his contributions to access to justice with respect to various committees of the Quebec Ministry of Justice or to mention his term from 1997 to 2000 as President of the Law Commission of Canada). However, his most significant influence was as a legal academic, within the context of Quebec, of his times and of McGill University.

Macdonald was a prolific author of reports, studies, background papers, etc., prepared for various commissions and government agencies, as well as the author of a wide range of academic articles (although he never achieved his dream of publishing a treatise on the law of secured transactions in Quebec; in

* 6 August 1948 – 13 June 2014, member of the Barreau du Québec since 1983, named a commissioner in November 2011 to the Commission d'enquête sur l'octroi et la gestion des contrats publics dans l'industrie de la construction (dubbed the "Charbonneau Commission", after its president). Prof. Macdonald had published an article in *Le Devoir*, the month prior to this appointment; he emphasized that a commission of inquiry was not automatically the best tool to address the public's preoccupations about corruption, collusion and the Quebec construction industry. Macdonald's article argued that the most fruitful commissions of inquiry, whether in Quebec or at the federal level, had had a future-oriented mandate, a mandate oriented towards improved management of an issue. Commissions oriented towards the past had met with some success, in the absence of a need to prosecute persons guilty of criminal acts. The most disastrous commissions had been those oriented towards the past in order to investigate alleged crimes. Roderick A. Macdonald, "Enquête ou inquisition", *Le Devoir* (7 October 2011) A 9.

** Member of the Barreau du Québec, former student of Prof. Macdonald, a former summer research assistant of his and, later, neighbour to his office for a number of years, at the Quebec Research Centre of Private and Comparative Law within the Faculty of Law of McGill University (which was to become the Paul-André Crépeau Centre for Private and Comparative Law).

the first years of the 21st century he also worked on a play about a proposal to free slaves and arm them to fight for the Confederate side in the U.S. Civil War). He ranked amongst his most notable achievements¹ his role in the collaborations and consultations which led to the Law Commission of Canada's reports *Beyond Conjuality: Recognizing and Supporting Close Personal Adult Relationships*,² and *Restoring Dignity Responding to Child Abuse in Canadian Institutions*³.

Macdonald joined McGill University's Faculty of Law in 1979 and would remain there for three decades, until the end of his career. However, he had previously been at the University of Windsor, first as a Scholar in Residence (1976/77),⁴ then as an Assistant and Associate Professor. Windsor's Faculty of Law had admitted its first students in September, 1968.⁵

McGill University had begun offering a programme leading to its law degree in 1848.⁶ In the 1960s, standard attire at McGill's Faculty of Law was a suit and straight tie for male students and a conservative dress for the female students. When Macdonald arrived to teach there in 1979, jeans and other casual clothing had become largely the norm among law students (albeit with a lag of several years in comparison to the lower campus of McGill, notably at the Faculty of Arts). The male faculty members at McGill Law had retained the style of clothing from previous decades, including wearing to the classroom suits (or the occasional tweed jacket), white shirts, and straight ties. For Macdonald, wearing a bowtie⁷ was a way of inhabiting the ecology of a Law Faculty while gently marking a certain difference.

1. Interview of Roderick A. Macdonald by Paul Kennedy, CBC Radio Ideas, "A Just Life" (broadcast 14 May 2014).
2. (Ottawa, Law Commission of Canada, 2001). While the report was issued after Macdonald's term as president had ended, its "Acknowledgements" take care to mention that it was Macdonald "who developed the initial vision for this project": *ibid.* at xxi.
3. (Ottawa, Law Commission of Canada, 2000). Submission of the report was initially scheduled for November 1998; the period was later extended: *ibid.* at 426.
4. Annette Demers, *A History of the University of Windsor Faculty of Law* (University of Windsor, 2008) at 177.
5. *Ibid.* at 15.
6. A.J. Hobbins, "No Longer 'Naked and Shivering Outside her Gates': Establishing Law as a Full-Time On-Campus Academic Discipline at McGill University in the Nineteenth Century" (2011) 34 Dal. L.J. 373 at 375.
7. "Reduced to any single meaning at the expense of the others, the bow tie appears ridiculous. Yet, if the constellation of contradictory meanings can be kept aloft, so to speak, then the bow tie and its wearer appear to have a flair that is exactly an ambiguous 'je ne sais quoi'"; Rob Shields, "A Tale of Three Louis: Ambiguity, Masculinity and the Bow Tie", in Peter McNeil & Vicki Karaminas, eds., *The Men's Fashion Reader* (New York, Berg, 2009) 108 at 109.

In 1974, Prof. Ethel Groffier had become the first female faculty member to have a full teaching load at the Faculty of Law.⁸ In 1978, she was joined in that status⁹ by Prof. Jane M. Glenn, who had started teaching at the Faculty in 1971 with a reduced load. Several women had previously taught individual courses.

In 1984, Macdonald became Dean of Law at McGill, following the ten year deanship of John E.C. Brierley, who had acted in some ways as Macdonald's mentor. Macdonald's deanship brought various changes both in substance and in style. Brierley had hosted get-togethers for faculty members around bottles of port; Macdonald served beer. Brierley¹⁰ was born in the latter part of the Great Depression, into the family of a successful Montreal real estate lawyer. His first degree was from a small Anglican liberal arts college, founded in a rural part of Quebec in 1843.¹¹ Macdonald was born a few years into the post Second World War baby boom,¹² with more modest family circumstances. He earned his first degree in 1969 at York University. Chartered in 1965,¹³

8. Prof. Groffier started to teach courses at the Faculty of Law in 1972. She had also worked for the *Civil Code Revision Office* of Quebec and completed doctoral studies at the Faculty. Prof. Groffier describes Macdonald as "[un] esprit profondément original et créateur". She notes with respect to his later contribution to the Faculty that "Je garde le meilleur souvenir de lui comme doyen." Correspondence of the author with Prof. Groffier, 21 March 2014.
9. "Full-load, full-day, full (but modest) salary": correspondence of the author with Prof. Jane M. Glenn, 4 March 2014. Prof. Glenn also notes: "I progressed through the ranks, had sabbaticals, etc. from 1971-1978 in the same way everyone did. [...] The University didn't have a proper 'mommy track' at that time, the Faculty and I more or less made up our own rules as we went along. My early Deans, especially Durnford & Brierley, but even Max Cohen on occasion, were very good about fighting the good fight on my behalf with the central administration whenever they questioned our rules, or my entitlements. The University eventually came up with the title 'full-time, reduced load' for people in my position: I think the Faculty of Management was the first to use that title."
10. "A fine scholar, a fine civilian, a fine gentleman"; Stephen Scott, "Remarks in Tribute to John Brierley" (2000) 46 McGill L.J. 7 at 8.
11. In 1958, the year after Brierley graduated, Bishop's College became Bishop's University. Also in the 1950s, attendance at the institution's chapel became merely encouraged and no longer mandatory; Christopher Nicholl, *Bishop's University 1843-1970* (Montreal, McGill-Queen's University Press, 1994) at 239.
12. "In September 1952, a revolution began. It was led by five and six year old children, dressed in their best outfits and heading off to the adventure of Grade One—the first wave of the baby boom [...]. Not only were there more children than before, but their parents had higher expectations. Mass education moved upward from the elementary schools in the 1950s to the high schools in the early 1960s, and then to the universities. Governments, educators, and parents scrambled to expand a system pushed to the edge of chaos." Doug Owsram, *Born at the Right Time: A History of the Baby-Boom Generation* (Toronto, University of Toronto Press, 1996) at 111.
13. Briefly affiliated with the University of Toronto, this institution had been rapidly developed to accommodate Toronto area children from the baby boom; many were

the institution was based on the fringes of Toronto in Downsview, dubbed by some mean-spirited tongues “Dullsville”.¹⁴ This area was part rural, part industrial, and part sprawling subdivisions of single family homes built in the preceding two decades.

Macdonald as Dean showed a strong appetite for work, a great willingness to help faculty members and students, as well as boundless enthusiasm.¹⁵ This work ethic and buoyancy of character had already distinguished him long before. For example, Prof. Angela Swan, who supervised Macdonald’s LL.M. thesis,¹⁶ recalled that he was the most enthusiastic graduate student she had ever taught.¹⁷ In the decades following his deanship, Macdonald continued to be actively involved in the Faculty of Law’s governance, including on the space and faculty recruitment committees.

Macdonald’s enthusiasm also fuelled his vibrant and varied teaching style. He continued to teach at the Faculty during the time he was called to Ottawa to serve as President of the Law Commission of Canada. However, Macdonald found that even his reserves of energy had limits, when he took on the task of revamping the Foundations¹⁸ course at the Faculty and of teaching it to the entire first year class in fall 2003 – winter 2004. In May of 2004 he said the experience made him realise “I’m definitely not thirty-five anymore”.¹⁹

Several years later, during the first round of care for his eventually fatal cancer, he continued to come into his office at the Faculty after each of the first few treatments, even though this

the first in their families to attend university. John T. Saywell, *Someone to Teach Them: York and the Great University Explosion 1960-1973* (Toronto, University of Toronto Press, 2008). As an undergraduate, Macdonald was associated with the Vanier College of the Keele Campus of York University, in Downsview; Roderick Alexander Macdonald, “Curriculum Vitae” (as updated 1 March 2012) at 3.

14. E.g., Linda Frum, *Linda Frum’s Guide to Canadian Universities* (Toronto, Key Porter Books, 1987) at 226.

15. Conversation of the author with Prof. Pierre-Gabriel Jobin, Montreal, 27 February 2014.

16. Roderick A. Macdonald, *Prolegomena to a Theory of Legal Relevance* (Faculty of Law, University of Toronto, 1975).

17. Conversation of the author with Prof. Swan, Toronto, 10 June 2005.

18. This course serves at the Faculty as a general introduction to legal traditions, theory and history: Roderick A. Macdonald & Jason MacLean, “No Toilets in Park” (2005) 50 McGill L.J. 721.

19. Unless otherwise noted, information about Prof. Macdonald reflects statements he made to the author between 1999 and 2012.

was evidently a strain.²⁰ Once it became clear that he would not return to teaching, Macdonald donated all the books filling the shelves in his large office at the Faculty to the Law Library at Lakehead University (except for a shelf above his computer desk, which held copies of his own publications). Accordingly, one day the movers came and took all these books away. A few days later, Macdonald came into the Faculty and worked at the computer in his office. While he seemed wistful about the departure of his collection, he was optimistic that it had found a good home. He had served as a consultant to Lakehead University with respect to the creation of a Faculty of Law there,²¹ and as External Examiner with respect to Lakehead's proposal.²²

A well-known example of a generational and philosophical fracture at the Faculty was the replacement in 1999 of the Brierley-influenced National Programme with the Macdonald-influenced Transsystemic Programme.²³ Already in 1990, Macdonald had reviewed the development of the National Programme and predicted its obsolescence, in favour of an emphasis

-
20. As witnessed by the author. Macdonald's office was on the top floor, South-Eastern corner, at 3674 Peel Street. This building of the Faculty of Law was a short distance downhill from the Royal Victoria Hospital.
 21. Roderick Alexander Macdonald, "Curriculum Vitae" (as updated 1 March 2012) at 68.
 22. Roderick A. Macdonald, "External Review of the Proposal to Establish a School of Law at Lakehead University", included as Appendix I to: Lakehead University, "Proposal for Creation of a Faculty of Law" (2007), online on the Law Society of Upper Canada's website <http://www.lsuc.on.ca/media/convapr08_proposal.pdf> (accessed 10 July 2014).
 23. "[The question of the transsystemic programme] divided the Faculty, and John [Brierley] was not on the same side as Rod[erick] Macdonald, to put it mildly!": correspondence of the author with Prof. Madeleine Cantin Cumyn, 31 March 2014. Prof. Cantin Cumyn began her career at the Faculty of Law in 1977, as a Wainwright Junior Fellow; when she retired in 2009 she was Wainwright Professor of Civil Law. A sizable number of senior faculty members argued that the proposed new programme would not provide a sufficient grounding in the private law, whether of the Common Law or the Civil Law traditions, and argued that a grounding of this sort was necessary for informed comparisons: conversation of Prof. Paul-André Crépeau with the author, August 2008. Proponents of the new programme saw its key novelty precisely to be "the choice to strip students of their own juridical identity, from the first day of law school, as either civilians or common lawyers": Nicholas Kasirer, "Bijuralism in Law's Empire and in Law's Cosmos" (2002) 52 J. Legal Education 29 at 30. In February 2014, the author raised the question of this past controversy with Prof. Stephen A. Scott (who taught at the Faculty from 1967 to 2002). Prof. Scott sang in jest the first verse of "The Vicar of Bray". Then he suggested that programmes and curricular reforms come and go: what matters most is the quality of the various faculty members and their dedication to teaching, in particular since faculty colleagues do not audit each other's classes.

on “universalist polyjurality”.²⁴ He discussed an article by Brierley, analysing its underlying thesis as: “however one resolves paradoxes of language, culture and legal tradition, [...] the result will always be incomplete and tentative, reflecting the felt needs of the time and the historical understanding which institutions bring to bear to their current situation”.²⁵

As with other human institutions, the Faculty of Law has its particular politics, with alliances, patrons, clients, and factions. Some academics who are loath to engage directly in conflict choose to mainly do so indirectly, by means of close associates who are more junior or who would otherwise be less influential. One of Macdonald’s better known articles is “Office Politics”,²⁶ a fictional exchange of correspondence over the assignment of office space, where he wryly depicts various law faculty characters and their tactics in pursuit of their interests. The career trajectory of a Canadian legal academic is characterised by status competition and evaluations, based on ambiguous criteria (in a realm where actors are not equally sensitive to the multiple ethical stakes).²⁷

There were naturally a number of less well-known fracture points at the Faculty. For example, the proposals in the early 2000s intended to increase the financial resources of the Faculty of Law, whether by attempting to “privatize” the Faculty (cease accepting per student grants from the government) and charge deregulated tuition, or by introducing a “social contract” whereby entering students would agree to make specified future donations to the Faculty, proportionate to their income in the years following their graduation. These proposals were initiated by the “Ad Hoc Committee on Processes for Professional Recruitment”, in its document known as the *Macdonald Report*.²⁸

The “Macdonald Committee” had selected the Faculty of Law of the University of Toronto for comparison: McGill’s Faculty

24. In the 1980s, David Howes had used the concept of *polyjurality* in his interpretation of Quebec legal history: “From Polyjurality to Monojurality: The Transformation of Quebec Law, 1875-1929” (1987) 32 McGill L.J. 523.

25. Roderick A. Macdonald, “The National Law Programme at McGill: Origins, Establishment, Prospects” (1990) 13 Dal. L.J. 211 at 348, with respect to J.E.C. Brierley, “Quebec Legal Education since 1945: Cultural Paradoxes and Traditional Ambiguities” (1986) 10 Dal. L.J. 5.

26. (1990) 40 U.T.L. J. 419.

27. Roderick A. Macdonald & Alexandra Law, “On Letters of Reference as Frames of Reference” (2006) 29 Dal. L.J. 159.

28. (Faculty of Law, McGill University, 2002).

of Law already had a worse ratio of full time faculty members (tenured and tenure-track) to students. The Macdonald Committee judged that, in the absence of action at McGill, Toronto's announced hiring plans for new faculty members were soon going to make the comparison significantly worse.²⁹ With respect to the qualitative aspect of hiring at McGill's Faculty, the Macdonald Report recommended an emphasis on intellectual polyvalence and curiosity, an emphasis on faculty who would apply their sophisticated theoretical conceptions of law to a diverse range of courses and domains for research.

Another example of a fracture point was the set of events associated with the early departure of Dean Peter Leuprecht from the Faculty, at the beginning of 2003.³⁰ Heather Munroe-Blum, newly installed as McGill's Principal, responded decisively to this public sign of the Law Faculty's problems. Prof. William F. Foster, a highly skilled, dedicated and discreet academic diplomat, was called upon to act as Interim Dean of the Faculty, with the mission of calming the discord and restoring an atmosphere of trust.³¹

In conclusion, Roderick A. Macdonald had a complex character, leading to a diverse body of scholarship and much fruitful collaboration. The environment of McGill's Faculty of Law, its intellectual situation and opportunities, its particular cast of faculty members and students, all influenced Macdonald's development. In turn, Macdonald influenced the make-up, culture and concerns of McGill's Faculty of Law, with effects that will last for decades to come (including those effects due to the mutual influence of law programmes at Quebec universities, notably between McGill University and the Université de Montréal).

29. In addition, a significant number of faculty members had been hired in the 1970s, during the expansion of McGill's Faculty of Law, and so were likely to retire within a few years. McGill University now had a policy whereby tenured/tenure-track positions did not stay automatically with the department or faculty of a retiring faculty member.

30. His term had been set to run until 31 May 2004: McGill University, "New Dean of Law" (27 April 1999) online at <www.mcgill.ca/newsroom/channels/news/new-dean-law-9601> (accessed 10 July 2014).

31. Prof. Foster was already the Sir William C. Macdonald Professor of Law. He had begun as an Assistant Professor at the Faculty of Law in 1968, and in 2004 would be appointed Associate Provost (Policies and Procedures) of McGill University.

La situation des enfants autochtones du Canada en regard de la *Convention relative aux droits de l'enfant*

Anne FOURNIER

Résumé

La Convention relative aux droits de l'enfant adoptée par l'ONU prévoit le droit de tout enfant de ne souffrir d'aucune discrimination, notamment celle fondée sur l'origine ethnique. Elle oblige également les États parties à considérer l'intérêt supérieur de l'enfant et reconnaît à tout enfant le droit de jouir du meilleur état de santé possible. La situation des enfants autochtones du Canada sera examinée sous chacun de ces angles en tenant compte à la fois des rapports produits par les organismes ou représentants onusiens et ceux produits par des organismes québécois et canadiens.

Plus particulièrement, la surreprésentation des enfants autochtones dans les services de protection de l'enfance et le taux élevé de placements de ces enfants dans des milieux substituts allochtones soulève des questions quant à la préservation de leur identité culturelle et à la présence d'une discrimination systémique à leur endroit. De plus, les débats récurrents entre les différents paliers de gouvernement relativement à la détermination de celui qui doit assumer les coûts des interventions nécessaires à l'enfant autochtone ébranlent le principe du respect du meilleur intérêt de l'enfant, ce principe étant dans ce cas relégué au second plan. Finalement, les importants écarts observés dans les conditions de vie et de santé des enfants autochtones comparativement aux autres enfants canadiens laissent croire que les premiers ne bénéficient pas des mêmes chances que les seconds.

La situation des enfants autochtones* du Canada en regard de la *Convention relative aux droits de l'enfant*

Anne FOURNIER**

INTRODUCTION	331
1. L'application de la Convention relative aux droits de l'enfant en droit interne canadien et québécois	334
2. La situation particulière des enfants autochtones dans le contexte constitutionnel canadien et l'intérêt supérieur de l'enfant	335
3. Les écarts observés dans les conditions de vie et de santé entre les enfants autochtones et les autres enfants canadiens	339
CONCLUSION	345
BIBLIOGRAPHIE	347

* Aux fins du présent document, on entend par « autochtones » les Indiens qui sont inscrits comme tel en vertu de la *Loi sur les Indiens* (L.R.C. (1985), ch. I-5) de même que les Inuit habitant la région nordique du Canada.

** LL.M., avocate travaillant auprès des services sociaux atikamekw Onikam et membre du Comité du barreau du Québec en regard des peuples autochtones.

INTRODUCTION

Le Canada est un pays qui possède une superficie d'un peu plus de 9 985 000 km² et 32 850 000 personnes y résident. Les Autochtones¹ constituent environ 4 % de la population canadienne² et appartiennent à 52 nations différentes réparties en 617 collectivités³ et parlant plus de 60 langues différentes⁴. C'est environ 60 % des Autochtones du Canada qui habitent les terres des « réserves »⁵ et bon nombre de celles-ci se situent en région éloignée ou en région dont l'accès est restreint⁶. Au Québec, 1 % de la population est autochtone. Celle-ci se répartit en onze nations et comprend les Inuits du Nunavik⁷.

Il est difficile d'aborder la question du bien-être des enfants autochtones au Canada parce qu'elle constitue un paradoxe gênant. En effet, bien que le Canada soit parmi les pays les plus riches du monde, nombre d'enfants autochtones qui y résident vivent dans des conditions qui s'apparentent à celles que connaissent les enfants des pays en voie de développement. Suite à la visite qu'il faisait au Canada en octobre 2013, le rapporteur

1. Les statistiques sont parfois trompeuses puisque les recensements opérés par Statistiques Canada répertorient le nombre de personnes qui s'identifient comme étant « autochtones ». Rappelons que pour les fins du présent document, les autochtones comprennent les Indiens inscrits au registre en vertu de la *Loi sur les Indiens* et les Inuit.
2. Selon le dernier rapport du rapporteur spécial de l'ONU sur la question des peuples autochtones (Conseil des droits de l'homme, 27^e session, rapport du rapporteur spécial sur les droits des peuples autochtones, James Anaya, intitulé « The situation of indigenous peoples in Canada », A/HRC/27/52Add.2, le 7 mai 2014), la population autochtone au Canada est estimée à 4,3 %. La moitié d'entre eux ont le statut d'« Indien » en vertu de la *Loi sur les Indiens* ; 30 % sont Métis, 4 % sont Inuit et 15 % ne sont pas inscrits à titre d'« Indien ». Ces statistiques proviennent du Ministère des affaires autochtones et développement du Nord Canada.
3. Cela comprend les territoires des « réserves » en vertu de la *Loi sur les Indiens* et les villages nordiques.
4. Site Internet de l'assemblée des premières nations du Canada : <<http://www.afn.ca/article.asp?id=2919>> ; voir aussi l'enquête sur les peuples autochtones menée par Statistiques Canada en 2006. Les coordonnées du site Internet de Statistiques Canada : <<http://www.statcan.gc.ca/start-debut-fra.html>>.
5. Le terme « réserve » est défini de la manière suivante par la *Loi sur les Indiens* : Parcelle de terrain dont Sa Majesté est propriétaire et qu'elle a mise de côté à l'usage et au profit d'une bande.
6. Il s'agit des « réserves » qui sont accessibles seulement par les chemins forestiers ou bien par avion ou par bateau.
7. Les Inuits du Nunavik sont regroupés en 14 villages nordiques généralement situés au nord du 55^e parallèle.

spécial de l'ONU sur la question des peuples autochtones, M. James Anaya, s'exprimait ainsi :

Le Canada se classe constamment parmi les meilleurs pays pour son indice de développement humain, et pourtant, malgré la richesse et la prospérité, les peuples autochtones vivent dans des conditions comparables à celles des pays qui arrivent plus bas dans ce classement et où la pauvreté abonde.⁸

Nous sommes bien au fait des efforts concrets que le Canada a déployés et continue de déployer pour améliorer les conditions de vie des Autochtones en général, et des enfants autochtones en particulier⁹. Sans vouloir occulter cette réalité, nous avons entrepris d'aborder la question du bien-être des enfants autochtones, d'abord en relation avec les observations que faisait le rapporteur spécial sur la situation des droits de l'homme et des libertés fondamentales des populations autochtones, en décembre 2003¹⁰, à savoir : les enfants autochtones constituent le groupe social le plus vulnérable et sont victimes de discrimination systématique partout dans le monde. Il sera également tenu compte du rapport du

8. Voir l'article de Marie Vastel du Journal Le Devoir en date du 16 octobre 2013 : « Peuples autochtones – C'est la crise au Canada, dit le rapporteur spécial de l'ONU : Les conditions de vie des autochtones sont celles des pays pauvres, estime James Anaya ».
9. À titre d'exemples : Ministre des Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, « Rassembler nos forces : Le plan d'action du Canada pour les questions autochtones », Ottawa, 1997 ; Affaires indiennes et du Nord Canada, « Protocole pour la salubrité de l'eau potable dans les collectivités des Premières nations », Gatineau, mars 2006 ; « Plan d'action pour la gestion de l'eau potable dans les collectivités des Premières nations – Rapport d'étape », le 22 mars 2007, disponible à l'adresse suivante : <<http://www.ainc-inac.gc.ca/enr/wtr/pubs/prpf/pad07/pad07-fra.pdf>> ; Service d'information et de recherche parlementaires, bibliothèque du Parlement, Ottawa, « Salubrité de l'eau potable dans les collectivités des Premières nations », Tonina Simeone, Division des affaires sociales, le 29 janvier 2009, PRB 08-43F ; le Budget 2009 du Gouvernement fédéral prévoit allouer 515 millions de dollars sur deux ans pour les projets se situant dans les trois secteurs prioritaires suivants : les écoles, l'eau et les services communautaires essentiels ; Santé Canada, communiqué No 2009-143, le 1^{er} septembre 2009, « Le Gouvernement du Canada investit dans la santé des Premières nations et des Inuits » ; Affaires indiennes et du Nord Canada, Postes Canada et Santé Canada, « Programme Aliments-Poste », de Santé Canada, communiqué No 2009-63, le 28 avril 2009, où on apprend que les gouvernements du Canada et de la Saskatchewan appuient des projets visant l'amélioration de la santé des autochtones et des métis de cette province. L'investissement du Gouvernement du Canada est de 13,8 millions de dollars sur cinq ans (2005-2010).
10. Nations Unies, Comité des droits de l'enfant, journée de débat général sur les enfants autochtones, CRC/C/SR 898, 15 décembre 2003.

rapporteur spécial de l'ONU sur les droits des peuples autochtones produit en mai 2014¹¹.

La *Convention relative aux droits de l'enfant* constitue le premier instrument international à accorder des droits spécifiques aux enfants autochtones¹². En dépit de ce fait, le présent document portera plutôt sur le contenu de trois articles d'application générale : les articles 2, 3 et 24 de la *Convention*. Le premier énonce le droit de tout enfant de ne souffrir d'aucune discrimination, notamment celle fondée sur l'origine nationale, ethnique ou sociale ; le second oblige les États parties, que ce soit par le fait de leurs institutions, leurs tribunaux, leurs autorités administratives ou leurs organes législatifs, à considérer l'intérêt supérieur de l'enfant dans toutes les décisions qui le concernent ; le dernier reconnaît à tout enfant le droit de jouir du meilleur état de santé possible et impose aux États parties de rendre ces services accessibles à tous.

Une présentation préliminaire du processus de mise en œuvre de la *Convention* au Canada est d'abord nécessaire. Ensuite, il s'agira de situer la question du bien-être des enfants autochtones à l'intérieur du contexte constitutionnel canadien pour aborder plus particulièrement les conséquences engendrées par les conflits de compétences entre le gouvernement fédéral et ceux des provinces et territoires en ce qui a trait aux services dispensés aux enfants autochtones. Finalement, en nous appuyant sur différents bilans, rapports et données statistiques disponibles, nous discuterons des écarts observés dans les conditions de vie et de santé entre les enfants autochtones et non autochtones du Canada. Nous tiendrons compte des observations et commentaires du Comité des droits de l'enfant¹³ et du Comité sur les droits de l'homme¹⁴ formulés sur ces questions en février 2009 pour tenter de comprendre les objectifs que pourrait se fixer le Canada afin d'offrir aux enfants autochtones l'égalité des chances avec les enfants non autochtones.

11. Conseil des droits de l'homme, 27^e session, rapport du rapporteur spécial sur les droits des peuples autochtones, James Anaya, *supra*, note 2.

12. Voir les articles 17, 29 et 30 de la *Convention*.

13. Comité des droits de l'enfant, cinquantième session, Genève, « Observation générale n° 11 (2009) : Les enfants autochtones et leurs droits en vertu de la Convention », 12 février 2009, CRC/C/GC/11.

14. Comité sur les droits de l'homme, quatrième session, Genève, « Draft Report of the Working Group on the Universal Periodic Review – Canada », 5 février 2009, A/HRC/WG.6/4/L.3.

1. L'application de la *Convention relative aux droits de l'enfant* en droit interne canadien et québécois

C'est le 28 mai 1990 que le Canada a apposé sa signature à la *Convention relative aux droits de l'enfant*. Le document international fut par la suite ratifié par le gouvernement fédéral le 13 décembre 1991 en prévoyant sa date d'entrée en vigueur, soit le 12 janvier 1992.

Au Canada, la mise en œuvre des traités internationaux s'opère suivant le régime fédératif qui lui est propre, lequel prévoit le partage des pouvoirs entre le gouvernement central et ceux des provinces et territoires. La *Loi constitutionnelle de 1867*¹⁵ attribue aux provinces une responsabilité législative exclusive en certaines matières, notamment en ce qui concerne les droits civils¹⁶ et « l'administration de la justice »¹⁷. Dans le premier cas, se retrouvent toutes les matières relatives aux rapports entre les individus (propriété, succession, sûretés, etc.). Il s'agit, pour le Québec, de l'ensemble des sujets dont traite le droit civil¹⁸ et ailleurs au Canada, la common law¹⁹. De façon générale, les services à l'enfance et à la famille, plus particulièrement ceux reliés à la protection de l'enfant²⁰ et à l'adoption²¹, relèvent des droits civils. Il en est de même des « services de santé et des services sociaux » dispensés à l'intérieur des limites territoriales de la province²². La majeure partie des droits contenus à la *Convention* se retrouve donc sous la responsabilité des provinces et territoires. Ceux-ci se sont engagés à respecter les termes de la *Convention* et le gouvernement du Québec a, pour sa part, adopté le 9 décembre 1991²³ un décret destiné à sa mise en œuvre sur son territoire. Toutes les réformes législatives qui ont été entreprises par la suite dans les domaines de l'enfance et de la famille ont tenu compte des droits

15. *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Victoria, ch. 3 (R.-U.).

16. *Ibid.*, art. 92(13).

17. *Ibid.*, art. 92(14).

18. *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64.

19. Henri BRUN, Guy TREMBLAY et Eugénie BROUILLET, *Droit constitutionnel*, 5^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2014, p. 495.

20. Pour le Québec, il s'agit de la *Loi sur la protection de la jeunesse*, RLRQ, c. P-34.1.

21. Les dispositions régissant l'adoption d'enfants se retrouvent à l'intérieur du *Code civil du Québec* et de la *Loi sur la protection de la jeunesse*.

22. Au Québec, la loi d'application générale est la *Loi sur les services de santé et les services sociaux*, RLRQ, c. S-4.2. Et il existe une autre loi d'application particulière, soit la *Loi sur les services de santé et les services sociaux pour les autochtones cris*, RLRQ, c. S-5.

23. *Décret concernant la Convention relative aux droits de l'enfant*, D-1676-91, (1992) 32 G.O. II, 51 (09-12-1991).

dont bénéficie l'enfant en vertu de la *Convention*. Mentionnons à titre d'exemples : la révision du Code civil²⁴, notamment au chapitre du respect des droits de l'enfant²⁵ ; les dispositions de ce code au sujet de la filiation, de l'autorité parentale et de l'adoption internationale ; les modifications apportées à la *Loi sur la protection de la jeunesse*²⁶ au fil des années et la refonte complète de cette loi en 2006²⁷.

2. La situation particulière des enfants autochtones dans le contexte constitutionnel canadien et l'intérêt supérieur de l'enfant

D'une part, la *Loi constitutionnelle de 1867* attribue au parlement fédéral une autorité exclusive au sujet des « Indiens » et des terres qui leur sont réservées²⁸. D'autre part, elle attribue aux parlements des provinces le pouvoir exclusif de légiférer en matière de protection de l'enfance et de services sociaux. Se pose alors la question de savoir lequel est responsable de la prestation des services lorsqu'ils sont spécifiquement destinés aux enfants autochtones ? L'arrêt *Nil Tu, O* de la Cour suprême²⁹ apporte une réponse précise à cette question puisque la Cour conclut que les services d'aide à l'enfance dispensés aux enfants autochtones relèvent incontestablement de la compétence provinciale et que la loi provinciale adoptée pour régir ce domaine, la *Child, Family and Community Service Act*³⁰, s'applique en conséquence à tous les enfants. Ces conclusions, importées en contexte québécois, ne laissent planer aucun doute quant à l'application de la *Loi sur la protection de la jeunesse* à tous les enfants se trouvant sur le sol québécois, qu'ils se trouvent sur des terres réservées aux Autochtones, ou non. Si les Autochtones sont régis par le droit fédéral lorsqu'il est question de la « quiddité indienne », ils demeurent assujettis aux lois provinciales d'application générale dans les activités auxquelles ils se livrent en tant que citoyens d'une province³¹.

24. L.Q. 1991, c. 64.

25. Art. 32 à 34 C.c.Q.

26. *Loi sur la protection de la jeunesse*, *supra*, note 20.

27. Projet de loi N° 125, Loi modifiant la *Loi sur la protection de la jeunesse* et d'autres dispositions législatives, L.Q. 2006, c. 34.

28. *Loi constitutionnelle de 1867*, *supra*, note 15, art. 91(24).

29. *Nil/tu, O Child and Family Services c. B.C. Government and Service Employees' Union*, [2010] 2 R.C.S. 696. Dans ce litige, aucune des parties ne contestait le fait que les services d'aide à l'enfance relèvent de la compétence législative provinciale en vertu de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

30. R.S.B.C. 1996, c. 46.

31. *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, [2007] 2 R.C.S. 3, par. 61.

Évidemment, la question du financement de ces services fait l'objet d'autant de controverses. Ces aspects ont toujours constitué la pierre d'achoppement à laquelle se heurtent la grande majorité des organisations autochtones qui réclament un meilleur accès aux services de santé et aux services sociaux pour leurs enfants³².

Si chacun des paliers de gouvernement reconnaît qu'il lui incombe de dispenser des services aux Autochtones, il les renvoie cependant à l'autre palier de gouvernement pour ceux qu'ils croient outrepasser leur champ de compétence. Au bout du compte, il en résulte qu'une certaine proportion d'enfants autochtones ne reçoivent jamais en temps utile les services auxquels ils auraient eu droit n'eût été de leur identité culturelle ou ethnique et de leur lieu de résidence³³. Or, ces débats interminables et récurrents entre les autorités fédérales, provinciales et territoriales afin d'éclaircir ces zones grises³⁴ ont un effet direct sur les services offerts aux enfants autochtones :

[...] les conflits de compétence entre les gouvernements fédéral, provinciaux et territoriaux à savoir à qui appartiennent les responsabilités législatives, constitutionnelles, fiscales et morales concernant les Premières Nations (enfants) ont un impact sur la disponibilité des services et des programmes destinés aux enfants des Premières Nations.

En dépit de la quantité de littérature concernant l'impact de ce « conflit » de services pour les enfants autochtones et malgré l'engagement du gouvernement de le régler, le débat sur les compétences se perpétue. La littérature fait sommairement état des impacts de ce conflit, non seulement sur les services à l'enfance et à la famille mais également sur la livraison des autres services sociaux tels que les services de santé.³⁵

Le cas d'un enfant autochtone est tristement cité en exemple afin d'illustrer les effets concrets et tangibles que ces querelles peuvent occasionner. Il s'agit d'un enfant prénommé *Jordan*, né

32. Société de soutien à l'enfance et à la famille des premières nations du Canada, *Wen:De – Nous voyons poindre la lumière du jour*, Ottawa, mars 2005, particulièrement aux pages 96-101 et p. 194-198.

33. La problématique entourant la prestation des services comporte une dimension qui est liée au lieu de résidence de l'enfant et plus particulièrement selon qu'il réside habituellement sur une « réserve » ou à l'extérieur de celle-ci.

34. *Wen:De – Nous voyons poindre la lumière du jour*, Ottawa, mars 2005, *supra*, note 32, p. 96.

35. *Ibid.*, p. 96-97.

dans le Nord de la province du Manitoba. Il souffrait d'un trouble neuromusculaire rare³⁶ qui nécessitait des services médicaux particuliers. Les médecins qui veillaient sur *Jordan* ont convenu avec sa famille que la meilleure décision à prendre dans les circonstances consistait à l'intégrer au sein d'une famille d'accueil capable de répondre à ses besoins. Au surplus, cette famille se trouvait à proximité de la « réserve » où était né l'enfant. Mais le gouvernement fédéral et celui de la province se sont querellés plus de deux ans de telle sorte que l'enfant n'a eu pour seul milieu de vie que les hôpitaux. Il est décédé avant d'avoir pu intégrer sa famille d'accueil. Et c'est cette situation qui est à l'origine de ce qui est maintenant convenu d'appeler le *Principe de Jordan*³⁷ :

Le principe de Jordan fait passer l'intérêt supérieur de l'enfant en priorité lors de tout conflit de compétences entre et au sein d'administrations fédérales et provinciales ou territoriales. Lorsqu'un conflit survient concernant la prestation ou la prise en charge des services gouvernementaux, soit des soins de santé, l'éducation, la protection de l'enfant, des activités récréatives et autres services dont bénéficient normalement tous les enfants canadiens, qui sont destinés à un enfant indien inscrit ou inuit, le Principe de Jordan exige du gouvernement qui a été contacté en premier qu'il règle immédiatement la facture et qu'il résolve la question du paiement plus tard.³⁸

Le refus des gouvernements de prendre des mesures immédiates pour appliquer le *Principe de Jordan* est l'un des motifs qui a conduit l'Assemblée des Premières Nations et la Société de soutien à l'enfance et à la famille des Premières Nations du Canada à déposer une plainte auprès de la Commission canadienne des droits de la personne³⁹. L'autre motif principal à l'origine de la plainte concerne la directive 20-1 émanant du gouvernement

36. Noni MacDONALD et Amir ATTARAN, « Le principe de Jordan et la paralysie des administrations publiques », *Journal de l'association médicale canadienne*, août 2007.

37. *Wen:De – Nous voyons poindre la lumière du jour*, supra, note 32, p. 95-122. Voir aussi le *Rapport de la vérificatrice générale du Canada à la Chambre des communes*, Mai 2008, Chapitre 4 : Le programme des services à l'enfance et à la famille des Premières nations – Affaires indiennes et du Nord Canada, p. 19-20.

38. UNICEF CANADA, *Supplément canadien au rapport : La situation des enfants dans le monde 2009 – La santé des enfants autochtones : Pour tous les enfants, sans exception*, Toronto, 2009, p. 48-49.

39. En cours d'instance. L'audition de la plainte a débuté le 14 septembre 2009 et se poursuivra jusqu'à l'automne 2014. Pour comprendre le contexte de la plainte et son historique procédural, voir la décision de la Cour fédérale suivante : 2012 CF 445.

fédéral qui établit une formule de financement des services à l'enfance et à la famille dispensés aux Autochtones. Cette plainte repose donc sur la prétention que le Canada traite de façon discriminatoire les enfants autochtones en raison des conflits constants de compétence et d'une politique de financement inadéquate des services⁴⁰.

Certes, le cas que nous venons de rapporter a donné lieu à de nombreuses et vives réactions. Mais il a aussi permis qu'un projet de loi visant à ce que pareille situation ne se reproduise plus ait été soumis en première lecture à l'assemblée législative du Manitoba, le 24 novembre 2008⁴¹. Un projet de loi similaire a également été déposé à la Chambre des communes du Canada le 3 décembre 2008⁴². Bien que les débats entourant ces projets de loi n'aient pas abouti à la reconnaissance législative du *principe de Jordan*, les provinces du Manitoba⁴³ et de la Saskatchewan⁴⁴ ont conclu des ententes avec le gouvernement fédéral afin d'en assurer l'application. Pour sa part, le gouvernement de l'Ontario s'est engagé à appuyer le *principe de Jordan* et à collaborer avec les familles autochtones et le gouvernement fédéral afin de « s'assurer que les conflits de juridiction n'empêcheront pas d'offrir des services sociaux et des soins urgents de santé aux enfants autochtones de l'Ontario »⁴⁵.

40. Cela est rapporté par UNICEF Canada, *supra*, note 38, p. 49. À remarquer que le rapport de la vérificatrice générale du Canada, *supra*, note 37, mentionne, au sujet de la Directive 20-1 qui établit la formule de financement des services, que le comité trouve assez préoccupant que les enfants des Premières Nations vivant dans des « réserves » sont assujettis à un régime de financement qui ne fonctionne pas et qui devrait être modifié. Le comité recommandait en conséquence au Ministère des affaires indiennes et du Nord Canada (MAINC) de modifier sans délai cette directive. Aux pages 10 et 11 du rapport.

41. *Projet de loi 203, Loi sur la mise en œuvre du Principe de Jordan*, 3^e sess., 39^e légis.

42. *Projet de loi C-249, Loi visant à assurer la prestation de services de soins de santé appropriés dans les meilleurs délais aux enfants des Premières Nations*, 40^e légis., 2^e sess.

43. Le gouvernement du Manitoba annonçait, le 5 septembre 2008, qu'il avait conclu une entente avec le gouvernement fédéral afin d'appliquer le *principe de Jordan*. Voir le communiqué de presse émis en ce sens : « Le Manitoba conclut une entente avec le gouvernement fédéral pour mettre en application le principe de Jordan ».

44. Voir le communiqué émis par le Ministère des affaires indiennes et du Nord Canada, le 16 septembre 2009 : « Le Canada, la Saskatchewan et la Fédération des nations indiennes de la Saskatchewan concluent une entente provisoire sur la mise en œuvre du principe de Jordan ».

45. Ministère des Affaires autochtones de l'Ontario, communiqué, le 22 avril 2009, disponible à l'adresse suivante : <<http://www.aboriginalaffairs.gov.on.ca/francais/news/2009/042209nr.asp>>.

3. Les écarts observés dans les conditions de vie et de santé entre les enfants autochtones et les autres enfants canadiens

À l'occasion des observations finales qu'il formulait en 2003, le Comité des droits de l'enfant se disait inquiet que tous les Canadiens ne puissent bénéficier des mêmes conditions de santé. Et il se souciait notamment des disparités existant sur le plan de l'accessibilité aux services de santé pour les enfants des communautés autochtones⁴⁶. Le Comité se montrait aussi fort préoccupé par le taux élevé de suicide et d'abus de substances toxiques chez les jeunes autochtones⁴⁷. Finalement, le Comité constatait que les enfants autochtones du Canada sont l'objet de discrimination et qu'ils ne bénéficient pas des mêmes chances que les autres enfants :

Le Comité constate cependant avec inquiétude que les enfants autochtones continuent à rencontrer de nombreux problèmes, notamment à être victimes de discrimination dans plusieurs domaines, avec bien davantage de fréquence et de gravité que leurs pairs non autochtones.

Le Comité invite instamment le Gouvernement à poursuivre ses efforts pour instaurer l'égalité des chances entre enfants autochtones et enfants non autochtones.⁴⁸

(Les soulignés sont nôtres)

Au milieu des années 1990, le taux de suicide chez les jeunes autochtones du Canada préoccupait déjà les membres de la Commission royale d'enquête sur les peuples autochtones⁴⁹. Malheureusement, toutes les études qui ont été conduites par la suite ne dénotent aucune amélioration à ce chapitre de telle sorte que les jeunes autochtones se suicident de cinq à huit fois plus souvent que leurs pairs non autochtones⁵⁰. De façon constante, il est

46. Nations Unies, Comité des droits de l'enfant, examen du rapport périodique du Canada : Observations finales, CRC/C15Add.215, 27 octobre 2003, par. 34 et 35.

47. *Ibid.*, par. 36.

48. *Ibid.*, par. 58-59.

49. Commission royale d'enquête sur les peuples autochtones, Rapports spéciaux, « Choosing Life: Special Report on Suicide among Aboriginal Peoples », 1995.

50. First Nations Child & Family Caring Society of Canada, « Keeping the Promise: The Convention on the Rights of the Child and the Lived Experiences of First Nations Children and Youth », avril 2004, Chapitre cinq : « Youth Suicide », p. 122-138.

observé que le suicide constitue l'une des principales causes de décès des enfants autochtones du Canada⁵¹. Il n'existe pas un facteur de risque qui soit vraiment plus déterminant que les autres pour expliquer ces résultats mais plutôt une combinaison de facteurs qui interagissent entre eux : le surpeuplement des logements ; le nombre plus grand de familles monoparentales ; un revenu familial et un niveau de scolarité significativement moins élevés que chez la population non autochtone⁵². Pour contrer ces facteurs de risque, UNICEF Canada favorise l'émergence de « facteurs protecteurs », tels que : « la confiance ; la participation et l'action publique au sein des communautés, de même que l'autonomie et la continuité culturelle »⁵³. En raison du taux disproportionné de suicides chez les enfants autochtones, le Comité des droits de l'enfant de l'ONU demandait aux États parties qui sont concernés par cette problématique, « de concevoir et d'appliquer une politique de prévention et veiller à allouer des ressources financières et humaines supplémentaires... »⁵⁴. Le Canada est sans conteste concerné par cette dernière recommandation.

Les facteurs de risque qui ont été identifiés pour expliquer le taux de suicide élevé chez les jeunes Autochtones peuvent également contribuer à leur surreprésentation dans les services de protection de l'enfance⁵⁵. Aussi, considérant qu'il est admis qu'un contexte socioéconomique défavorable entraîne non seulement une plus grande pauvreté mais aussi le recours plus fréquent à des substances toxiques⁵⁶ (alcool, drogues, solvants), il ne faut pas s'étonner que ce soit la *négligence* qui constitue le premier motif de prise en charge des enfants autochtones sur le territoire

51. Réseau de recherche en santé des populations du Québec, « Jeunesse autochtone et inégalités sociales de santé », juillet 2008, p. 2.

52. « Keeping the Promise: The Convention on the Rights of the Child and the Lived Experiences of First Nations Children and Youth », *supra*, note 50, p. 124.

53. UNICEF Canada, « Supplément canadien au rapport : La situation des enfants dans le monde 2009 – La santé des enfants autochtones : Pour tous les enfants, sans exception », *supra*, note 38, p. 16.

54. « Observation générale n° 11 (2009) : Les enfants autochtones et leurs droits en vertu de la Convention », *supra*, note 13, p. 13, par. 55.

55. Rapports du Conseil National du Bien-être social du Canada, « Agissons maintenant pour les enfants et les jeunes Métis, Inuits et des Premières Nations », Automne 2007, vol. 127, p. 98-99.

56. M. TOURIGNY, P. DOMOND, N. TROCMÉ, B. SIOUI et K. BARIL, « Les mauvais traitements envers les enfants autochtones signalés à la protection de la jeunesse du Québec : Comparaison interculturelle », (2007) 3(3) *First Peoples Child & Family Review* 87-88, 96. Société de soutien à l'enfance et à la famille des premières nations du Canada, *Wen:De – Nous voyons poindre la lumière du jour*, *supra*, note 32, p. 10 et p. 15.

canadien⁵⁷. Aujourd'hui, il y a plus d'enfants autochtones pris en charge par les services de protection de l'enfance qu'à tout autre moment de l'histoire⁵⁸. Selon le rapporteur spécial de l'ONU sur la question des peuples autochtones, au Canada il y a 8 fois plus d'enfants autochtones qui sont pris en charge par les services d'aide à l'enfance que les enfants non-Autochtones⁵⁹. Cela peut étonner au premier abord lorsque l'on sait que les Autochtones ont longtemps subi les politiques fédérales assimilatrices, notamment celle obligeant les enfants autochtones à quitter leurs familles pour intégrer de force les pensionnats qui leur étaient destinés⁶⁰.

Bien que la surreprésentation des enfants autochtones dans les services de protection de l'enfance soit observée partout au Canada⁶¹, elle connaît des proportions plus importantes dans les

57. M. TOURIGNY, P. DOMOND, N. TROCMÉ, B. SIOUI et K. BARIL, « Les mauvais traitements envers les enfants autochtones signalés à la protection de la jeunesse du Québec : Comparaison interculturelle », *ibid.*, p. 88 et le tableau 3, p. 93. Bien que cette étude ait été effectuée au Québec, les auteurs s'entendent pour dire que « les données comparatives pour l'ensemble du Canada [...] concernant les mauvais traitements envers les enfants autochtones et non autochtones signalés aux services de protection de l'enfance s'apparentent aux données comparatives obtenues au Québec, particulièrement concernant les caractéristiques familiales » (p. 97). Voir aussi : Société de soutien à l'enfance et à la famille des premières nations du Canada, *Wen:De – Nous voyons poindre la lumière du jour*, *supra*, note 32, p. 15 ; First Nations Child & Family Caring Society of Canada, « The Struggle for Equal Rights for First Nations Children in Child Welfare », 11 avril 2006, p. 4 ; Centres d'excellence pour le bien-être des enfants, « Comparaison entre les cas d'enfants autochtones et non autochtones ayant fait l'objet d'enquête sur la maltraitance au Canada en 2003 », CEPB Information, 2008, accessible sur le Site Internet suivant : <<http://www.cecw-cepb.ca/listes/default/files/publications/fr/FNvsnonFN66F.pdf>>.
58. Rapports du Conseil National du Bien-être social du Canada, « Agissons maintenant pour les enfants et les jeunes Métis, Inuits et des Premières Nations », *supra*, note 55, p. 95. UNICEF CANADA, *Supplément canadien au rapport : La situation des enfants dans le monde 2009 - La santé des enfants autochtones : Pour tous les enfants, sans exception*, *supra*, note 38, p. ii.
59. Rapport du rapporteur spécial sur les droits des peuples autochtones, James Anaya, intitulé « The situation of indigenous peoples in Canada », *supra*, note 2, p. 11.
60. En anglais, il est fait référence au « sixties scoop » alors qu'en français, on parle de la « rafle des années '60 » pour décrire la situation des enfants enlevés de leurs parents pour être conduits de force dans les pensionnats. Le gouvernement du Canada a cependant reconnu les erreurs du passé et en juin 2008, il présentait des excuses officielles aux peuples autochtones.
61. First Nations Child & Family Caring Society of Canada, « The Struggle for Equal Rights for First Nations Children in Child Welfare », *supra*, note 57, p. 4 ; M. TOURIGNY, P. DOMOND, N. TROCMÉ, B. SIOUI et K. BARIL, « Les mauvais traitements envers les enfants autochtones signalés à la protection de la jeunesse du Québec : Comparaison interculturelle », *supra*, note 56, p. 86 ; Alexandra BRETON, Sarah DUFOUR et Chantal LAVERGNE, « Les enfants autochtones en protection de la jeunesse au Québec : leur réalité comparée à celle des autres

provinces de l'Ouest qui comptent environ 40 % de l'ensemble de la population autochtone du pays. Par exemple, alors que les enfants autochtones du Manitoba représentaient environ 23 % de l'ensemble des enfants de la province en 2005-2006, ils constituaient néanmoins 85 % des enfants pris en charge⁶². En Colombie-Britannique, les enfants autochtones représentaient environ 15 % de tous les enfants au cours de cette même période, mais 50 %⁶³ de l'ensemble des situations faisant l'objet d'une prise en charge⁶⁴. Ce taux est respectivement de 70 % en Saskatchewan et de 57 % en Alberta⁶⁵.

La surreprésentation des enfants autochtones dans les services de protection de l'enfance risque d'entraîner de lourdes conséquences non seulement pour l'enfant qui est lui-même pris en charge, mais aussi pour l'ensemble de sa famille et de sa communauté. En effet, le taux de placement des enfants autochtones à

enfants », (2012) 45(2) *Criminologie* 157-185. Disponible en ligne : <<http://id.erudit.org/iderudit/1013724ar>> ; Carrie Anna McGINN et Jean DAMASSE, « Efficacité des interventions en matière de négligence auprès des enfants, des familles et des communautés autochtones », Institut national d'excellence en santé et en services sociaux (INESSS), ETMIS 2014, Vol. 10, N° 2, disponible en ligne : <<http://www.inesss.qc.ca/publications/publications/publication/efficacite-des-interventions-en-matiere-de-negligence-aupres-des-enfants-des-familles-et-des-co.html>> ; Barreau du Québec, « Commentaires du Barreau du Québec concernant la révision triennale de la loi sur la protection de la jeunesse », juin 2010, voir la deuxième partie, le rapport est disponible en ligne : <<http://www.barreau.qc.ca/pdf/medias/positions/2010/2010616-jeunesse.pdf>> ; Assemblée des premières nations, « Kiskisik awasisak : Remember the Children – Understanding the Overrepresentation of First Nations Children in the Child Welfare system », 2011, disponible en ligne : <<http://www.fncaringsociety.com/sites/default/files/FNCIS-2008-report.pdf>> ; Rapports du Conseil National du Bien-être social du Canada, « Agissons maintenant pour les enfants et les jeunes Métis, Inuits et des Premières Nations », *supra*, note 55, p. 96-97 ; Société de soutien à l'enfance et à la famille des Premières Nations du Canada, *Wen:De – Nous voyons poindre la lumière du jour*, *supra*, note 32, p. 13 et 15.

62. Rapports du Conseil National du Bien-être social du Canada, « Agissons maintenant pour les enfants et les jeunes Métis, Inuits et des Premières Nations », *ibid.*, p. 97.

63. *Ibid.*, p. 97.

64. Les chiffres varient selon les sources mais font toujours état de la surreprésentation des enfants autochtones dans les services à l'enfance de même que de la proportion alarmante d'enfants autochtones placés hors de leurs foyers. Selon un récent rapport, alors que les enfants autochtones représentent 8 % de tous les enfants de la Colombie-Britannique, ils constituent 55 % des enfants vivant hors de leurs foyers. En Saskatchewan, 25 % des enfants sont autochtones alors que 80 % des enfants placés hors de leurs foyers sont autochtones. Voir : Representative for children and youth, « Out of sight : How one aboriginal child's best interests were lost between two provinces », rapport spécial remis à l'assemblée législative de la Colombie-Britannique, septembre 2013, p. 37.

65. Rapports du Conseil National du Bien-être social du Canada, *supra*, note 62, tableau 7.1 : Enfants autochtones pris en charge par province et territoire, p. 96.

l'extérieur de leur milieu familial est substantiellement plus élevé qu'il ne l'est pour les enfants non autochtones⁶⁶. Sachant qu'il y a pénurie de ressources familiales d'accueil autochtones, ces enfants sont davantage exposés au risque de grandir loin de leur famille et de connaître une rupture identitaire culturelle. C'est ce qui explique la recommandation que formulait le Comité des droits de l'enfant en février 2009 :

Dans les États parties où les enfants autochtones sont surreprésentés parmi les enfants privés de milieu familial, des mesures spécifiquement ciblées devraient être élaborées en consultation avec les communautés autochtones afin de réduire le nombre d'enfants autochtones bénéficiant d'une protection de remplacement et de prévenir la perte de leur identité culturelle. Plus particulièrement, lorsqu'un enfant autochtone est placé en dehors de sa communauté, l'État partie devrait prendre des mesures spéciales pour que cet enfant soit à même de préserver son identité culturelle.⁶⁷

Au Canada, la jurisprudence se rapportant à la notion du « meilleur intérêt de l'enfant » établit sans conteste que les liens psychologiques que l'enfant crée avec son milieu substitut doivent avoir préséance sur son ascendance biologique, en l'occurrence, son origine autochtone⁶⁸. Or, les motifs à l'origine de la prise en charge d'un enfant autochtone et de son retrait de son milieu familial tiennent souvent à l'interaction d'une multitude de facteurs qui ont comme source commune le contexte socioéconomique⁶⁹ dans lequel il évolue : pauvreté, faible scolarité de ses parents, surpeuplement des logements, consommation de substances toxi-

66. Les données sont incomplètes à ce chapitre et il existe des différences importantes entre elles. Toutefois, il apparaît clairement que les enfants autochtones sont davantage retirés de leur milieu familial que les autres enfants. Selon le document suivant, les estimés les plus optimistes considèrent que les enfants autochtones représentent de 30 % à 40 % des enfants qui font l'objet d'un placement : First Nations Child & Family Caring Society of Canada, « Keeping the Promise: The Convention on the Rights of the Child and the Lived Experiences of First Nations Children and Youth », *supra*, note 50, p. 156. Par contre, il appert que les rapports annuels des ministères provinciaux et territoriaux des services de protection de l'enfance estimaient, pour les années 2000-2002, que 80 % des enfants faisant l'objet d'un placement étaient autochtones. Voir : M. TOURIGNY, P. DOMOND, N. TROCMÉ, B. SIOUI et K. BARIL, « Les mauvais traitements envers les enfants autochtones signalés à la protection de la jeunesse du Québec : Comparaison interculturelle », *supra*, note 56, p. 88.

67. « Observation générale N° 11 (2009) : Les enfants autochtones et leurs droits en vertu de la Convention », *supra*, note 13, p. 14, par. 48.

68. Voir notamment : *Racine c. Woods*, [1983] 2 R.C.S. 173.

69. M. TOURIGNY, P. DOMOND, N. TROCMÉ, B. SIOUI et K. BARIL, « Les mauvais traitements envers les enfants autochtones signalés à la protection de la jeunesse du Québec : Comparaison interculturelle », *supra*, note 56, p. 88.

ques, etc. Pour parvenir à endiguer ces problèmes, des interventions intensives et soutenues doivent être mises en place⁷⁰. Ces difficultés ne sont donc pas de nature à se résoudre rapidement, ni aisément. Dans ces circonstances il est possible de formuler l'hypothèse que bon nombre d'enfants autochtones qui font l'objet d'une mesure de placement risquent de vivre une rupture sur le plan de leur identité culturelle puisqu'ils ne réintégreront vraisemblablement pas leur famille d'origine. Cela apparaît avec d'autant plus de force au Québec puisque la *Loi sur la protection de la jeunesse*⁷¹ prévoit désormais des périodes maximales d'hébergement de l'enfant au-delà desquelles le tribunal « doit rendre une ordonnance qui tend à assurer la continuité des soins et la stabilité des liens et des conditions de vie de cet enfant, appropriées à ses besoins et à son âge, de façon permanente »⁷².

L'ensemble des déterminants sociaux qui caractérisent un nombre important de familles autochtones sont liés les uns aux autres et « sont inséparables de la nature systémique et répandue de l'inégalité des Autochtones dans la société canadienne »⁷³. Ils contribuent également aux disparités observées en matière de santé entre les enfants autochtones et non autochtones⁷⁴. Pour ces raisons, le Comité sur les droits de l'homme formulait au Canada, en février 2009, les recommandations suivantes :

Integrate economic and cultural rights in its poverty reduction strategies in a way than can benefit the most vulnerable groups in society, specially the Aborigines, [...], youth [...] and adopt all necessary measures [...] to guarantee Aborigines the full enjoyment of their rights including economic, social and cultural so that their

70. *Ibid.*, p. 98.

71. *Loi sur la protection de la jeunesse*, *supra*, note 20.

72. *Ibid.*, art. 91.1. Voir également l'article 53.0.1 de cette même loi. Les données recueillies par la Commission de la santé et des services sociaux des Premières nations du Québec et du Labrador (CSSSPNQL) démontrent une augmentation importante du nombre d'adoptions d'enfants autochtones depuis l'entrée en vigueur des dispositions du P.L. 125. Pour l'année 2006-2007, il y aurait eu selon ces données 2 adoptions d'enfants autochtones. Ce chiffre serait passé à 35 pour l'année 2011-2012 et à 24 pour l'année 2012-2013. Les données demeurent cependant parcellaires quant à savoir si les adoptants sont autochtones ou non.

73. M. TOURIGNY, P. DOMOND, N. TROCMÉ, B. SIOUI et K. BARIL, « Les mauvais traitements envers les enfants autochtones signalés à la protection de la jeunesse du Québec : Comparaison interculturelle », *supra*, note 56, p. 74.

74. UNICEF CANADA, *Supplément canadien au rapport : La situation des enfants dans le monde 2009 – La santé des enfants autochtones : Pour tous les enfants, sans exception*, *supra*, note 38, p. 2-4.

standard of living was similar to that of the rest of the citizens in Canada.⁷⁵

En se joignant aux autres États parties à la *Convention relative aux droits de l'enfant*, le Canada s'est engagé à prendre toutes les mesures nécessaires afin de mettre en œuvre les droits prévus par celle-ci⁷⁶. Cela implique qu'il s'assure de recueillir toutes les données visant à mesurer les progrès de l'État partie sur le plan de sa conformité aux droits énoncés à la *Convention*⁷⁷. En l'absence d'un tel outil, il devient impossible de déterminer dans quelle mesure l'État s'est acquitté de ses obligations. Or, il est manifeste que le Canada, les provinces et les territoires ne disposent pas d'un tel système de collecte de données⁷⁸. Bien sûr, la *Convention* précise qu'il doit être tenu compte « des limites des ressources dont ils [les États] disposent ». Mais le Canada étant parmi les pays les plus riches du monde⁷⁹, il serait certainement difficile de justifier ses manquements par une insuffisance de ses ressources humaines et financières.

CONCLUSION

Si les droits prévus au terme de la *Convention relative aux droits de l'enfant* ne posent aucun problème au Canada sur le plan des principes, il demeure qu'il accuse un retard important dans la matérialisation de ceux-ci à l'endroit des enfants autochtones. D'abord, ces enfants connaissent un net déficit sur le plan de leurs conditions de vie et de leur santé comparativement à leurs pairs non autochtones. Ensuite, ils sont surreprésentés dans les services de protection de l'enfance et font l'objet d'une plus forte proportion de placements en milieu substitut. Cela emporte de lourdes

75. Comité sur les droits de l'homme, quatrième session, Genève, « Draft Report of the Working Group on the Universal Periodic Review – Canada », *supra*, note 14, p. 21, par. 45.

76. Art. 4 de la *Convention*.

77. « Observation générale n° 11 (2009) : Les enfants autochtones et leurs droits en vertu de la Convention », *supra*, note 13, p. 11, par. 47.

78. M. TOURIGNY, P. DOMOND, N. TROCMÉ, B. SIOUI et K. BARIL, « Les mauvais traitements envers les enfants autochtones signalés à la protection de la jeunesse du Québec : Comparaison interculturelle », *supra*, note 56, p. 84 et 88 ; UNICEF CANADA, *Supplément canadien au rapport : La situation des enfants dans le monde 2009 - La santé des enfants autochtones : Pour tous les enfants, sans exception*, *supra*, note 38, notamment aux pages 2, 8 et 16 ; Société de soutien à l'enfance et à la famille des premières nations du Canada, *Wen:De – Nous voyons poindre la lumière du jour*, *supra*, note 32, p. 33, p. 47, p. 69-70.

79. Aussi, il est utile de mentionner que depuis la signature de la Convention, le gouvernement du Canada a affiché à quelques occasions des surplus budgétaires.

conséquences si l'on considère que la *négligence* est le premier motif d'intervention auprès de ces enfants et que celle-ci est intimement reliée au contexte socioéconomique défavorable et aux problématiques complexes qui caractérisent la situation de ces enfants. Dans ces circonstances, les interventions nécessaires à la reprise en charge de l'enfant par ses parents devront vraisemblablement se prolonger sur une longue période de temps au terme de laquelle l'enfant risque fort d'être davantage attaché à ses parents substituts qu'à ses parents d'origine. Bien sûr, cela dépend de l'âge de l'enfant et de son niveau de développement au moment du placement. Mais il est certain que, pour une portion significative d'enfants, leur hébergement en milieu substitut se traduira par une rupture avec leur identité et leur culture autochtones.

Les conflits de compétences entre les différents paliers de gouvernement ont un impact direct sur la prestation des services de santé et des services sociaux aux enfants autochtones. Si davantage de gouvernements s'engageaient à appliquer dès à présent ce qui est convenu d'appeler le *principe de Jordan* plutôt que de connaître d'interminables querelles, il est certain que les enfants autochtones de l'ensemble du pays en seraient les premiers bénéficiaires. Cela signifie qu'il faille réellement placer l'intérêt de l'enfant au premier rang des préoccupations de ceux qui sont appelés à prendre des décisions à leur sujet et veiller à ce que les conflits de compétence n'occultent plus la recherche du meilleur intérêt de l'enfant.

Bien que le Canada figure parmi les pays les plus riches du monde, il tarde à parvenir à des résultats acceptables sur le plan de l'amélioration des conditions de vie des familles autochtones⁸⁰. Aujourd'hui, il apparaît clairement que les enfants autochtones sont l'objet de discrimination et qu'ils ne bénéficient pas des mêmes chances de réussite que les autres enfants. Le Canada doit non seulement s'assurer d'éliminer toute discrimination systématique envers les enfants autochtones mais il a également l'obligation de prouver qu'il y est parvenu. Il ne reste plus qu'à espérer que ces résultats ne tarderont pas à venir.

80. Rapports du Conseil National du Bien-être social du Canada, « Agissons maintenant pour les enfants et les jeunes Métis, Inuits et des Premières Nations », *supra*, note 55, p. 67.

BIBLIOGRAPHIE

Documents émanant de divers comités et organismes des Nations Unies

Comité des droits de l'enfant, examen du rapport périodique du Canada : Observations finales, CRC/C15Add.215, 27 octobre 2003.

Comité des droits de l'enfant, journée de débat général sur les enfants autochtones, CRC/C/SR 898, 15 décembre 2003.

Comité des droits de l'enfant, cinquantième session, Genève, « Observation générale n° 11 (2009) : Les enfants autochtones et leurs droits en vertu de la Convention », 12 février 2009, CRC/C/GC/11.

Comité sur les droits de l'homme, quatrième session, Genève, « Draft Report of the Working Group on the Universal Periodic Review – Canada », 5 février 2009, A/HRC/WG.6/4/L.3.

Comité sur les droits de l'homme, 27^e session, rapport du rapporteur spécial sur les droits des peuples autochtones, « The Situation of Indigenous Peoples in Canada », 7 mai 2014, A/HRC/27/52/Add.2.

UNICEF CANADA, *Supplément canadien au rapport : La situation des enfants dans le monde 2009 – La santé des enfants autochtones : Pour tous les enfants, sans exception*, Toronto, 2009.

Textes législatifs – CANADA

Fédéral

Loi constitutionnelle de 1867, 30 & 31 Victoria, ch. 3 (R.-U.).

Loi sur les Indiens, L.R.C. (1985), ch. I-5.

Projet de loi C-249, Loi visant à assurer la prestation de services de soins de santé appropriés dans les meilleurs délais aux enfants des Premières Nations, 40^e légis., 2^e sess.

Provinces

Colombie-Britannique

Child, Family and Community Service Act, R.S.B.C. 1996, c. 46.

Manitoba

Projet de loi 203, Loi sur la mise en œuvre du Principe de Jordan, 3^e sess., 39^e légis.

Québec

Code civil du Québec, L.Q. 1991, c. 64.

Décret concernant la Convention relative aux droits de l'enfant, D-1676-91, (1992) 32 G.O. II, 51 (09-12-1991).

Loi sur la protection de la jeunesse, RLRQ, c. P-34.1.

Loi sur les services de santé et les services sociaux, RLRQ, c. S-4.2.

Loi sur les services de santé et les services sociaux pour les autochtones cris, RLRQ, c. S-5.

Projet de loi N° 125, Loi modifiant la Loi sur la protection de la jeunesse et d'autres dispositions législatives, L.Q. 2006, c. 34.

Documents émanant du gouvernement fédéral et des provinces

Affaires indiennes et du Nord Canada, « Programme des services à l'enfance et à la famille des premières nations – Manuel national », Politique sociale et des programmes, Administration centrale, mai 2005.

Affaires indiennes et du Nord Canada, « Protocole pour la salubrité de l'eau potable dans les collectivités des Premières nations », Gatineau, mars 2006.

Barreau du Québec, « Commentaires du Barreau du Québec concernant la révision triennale de la loi sur la protection de la jeunesse », juin 2010, voir la deuxième partie, le rapport est disponible en ligne : <<http://www.barreau.qc.ca/pdf/medias/positions/2010/2010616-jeunesse.pdf>>.

Bureau du vérificateur général du Canada, Rapport de la vérificatrice générale du Canada à la Chambre des communes, « Chapitre 4 : Le programme des services à l'enfance et à la famille des Premières nations – Affaires indiennes et du Nord Canada », mai 2008, disponible à l'adresse suivante : <http://www.oag-bvg.gc.ca/internet/Français/parl_oag_200805_04_f_30700.html>.

Commission royale d'enquête sur les peuples autochtones, Rapports spéciaux, « Choosing Life: Special Report on Suicide among Aboriginal Peoples », 1995.

Carrie Anna McGINN et Jean DAMASSE, « Efficacité des interventions en matière de négligence auprès des enfants, des familles et des communautés autochtones », Institut national d'excellence en santé et en services sociaux (INESSS), ETMIS 2014, Vol. 10, N° 2, disponible en ligne : <<http://www.inesss.qc.ca/publications/publications/publication/efficacite-des-interventions-en-matiere-de-negligen-ae-aupres-des-enfants-des-familles-et-des-co.html>>.

Ministre des Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, « Rassembler nos forces : Le plan d'action du Canada pour les questions autochtones », Ottawa, 1997.

« Plan d'action pour la gestion de l'eau potable dans les collectivités des Premières nations – Rapport d'étape », le 22 mars 2007, disponible à l'adresse suivante : <<http://www.ainc-inac.gc.ca/enr/wtr/pubs/prpf/pad07/pad07-fra.pdf>>.

Rapports du Conseil National du Bien-être social du Canada, « Agissons maintenant pour les enfants et les jeunes Métis, Inuits et des Premières Nations », Automne 2007, vol. 127.

Representative for children and youth, « Out of Sight: How One Aboriginal Child's Best Interests were Lost Between Two Provinces », rapport spécial remis à l'assemblée législative de la Colombie-Britannique, septembre 2013.

Réseau de recherche en santé des populations du Québec, « Jeunesse autochtone et inégalités sociales de santé », juillet 2008.

Ministère de la Santé et des Services sociaux du Québec, *Prestation et financement des services de santé et des services sociaux destinés aux Autochtones (Premières Nations et Inuits)*, Cadre

de référence, 2007, disponible à l'adresse électronique suivante : <www.msss.gouv.qc.ca>, section **Documentation**, rubrique **Publications**.

Service d'information et de recherche parlementaires, bibliothèque du Parlement, Ottawa, « Salubrité de l'eau potable dans les collectivités des Premières nations », Tonina Simeone, Division des affaires sociales, le 29 janvier 2009, PRB 08-43F.

Statistiques Canada, « L'enquête sur les enfants autochtones, 2006 : la famille, la collectivité et la garde des enfants », Division de la statistique sociale et autochtone, N° 89-634-X au catalogue – N° 001.

Doctrine

Henri BRUN, Guy TREMBLAY et Eugénie BROUILLET, *Droit constitutionnel*, 6^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2014.

Tara COLLINS, Rachel GRONDIN, Véronica PINERO, Marie PRATTE et Marie-Claude ROBERGE (dir.), *Droits de l'enfant – Actes de la conférence internationale, Ottawa 2007*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2008.

Carmen LAVALLÉE, « La Convention internationale relative aux droits de l'enfant et son application au Canada », (1996) 48(3) *Revue internationale de droit comparé* 605-630.

Articles de périodiques

Alexandra BRETON, Sarah DUFOUR et Chantal LAVERGNE, « Les enfants autochtones en protection de la jeunesse au Québec : leur réalité comparée à celle des autres enfants », (2012) 45(2) *Criminologie* 157-185. Disponible en ligne : <<http://id.erudit.org/iderudit/1013724ar>>.

Assemblée des premières nations, « Kiskisik awasisak: Remember the Children – Understanding the Overrepresentation of First Nations Children in the Child Welfare system », 2011, disponible en ligne : <<http://www.fncaringsociety.com/sites/default/files/FNCIS-2008-report.pdf>>.

First Nations Child & Family Caring Society of Canada, « Keeping the Promise: The Convention on the Rights of the Child and the Lived Experiences of First Nations Children and Youth », avril 2004, Chapitre cinq : « Youth Suicide », p. 122-138.

- First Nations Child & Family Caring Society of Canada, « The Struggle for Equal Rights for First Nations Children in Child Welfare », 11 avril 2006.
- Noni MacDONALD et Amir ATTARAN, « Le principe de Jordan et la paralysie des administrations publiques », *Journal de l'association médicale canadienne*, août 2007.
- Société de soutien à l'enfance et à la famille des premières nations du Canada, *Wen:De – Nous voyons poindre la lumière du jour*, Ottawa, mars 2005.
- M. TOURIGNY, P. DOMOND, N. TROCMÉ, B. SIOUI et K. BARIL, « Les mauvais traitements envers les enfants autochtones signalés à la protection de la jeunesse du Québec : Comparaison interculturelle », (2007) 3(3) *First Peoples Child & Family Review*.

Arrêts

- Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, [2007] 2 R.C.S. 3.
- Commission canadienne des droits de la personne c. Société de soutien à l'enfance et à la famille des Premières Nations du Canada et Assemblée des Premières Nations*, 2012 CF 445, le 8 avril 2012.
- Nil/tu,O Child and Family Services c. B.C. Government and Service Employees' Union*, [2010] 2 R.C.S. 696.
- Racine c. Woods*, [1983] 2 R.C.S. 173.

La délimitation du pouvoir réglementaire des municipalités à la lumière de l'affaire *Courses automobiles Mont-Tremblant inc. c. Iredale*

Hugo TREMBLAY

Résumé

Le palier municipal se retrouve souvent en ligne de front dans le contentieux afférent au développement des ressources naturelles et à la protection de l'environnement. Les municipalités se situent à la confluence des tensions générées par l'impulsion uniformisatrice des orientations politiques provinciales face à une opinion citoyenne reflétant des sensibilités locales à propos de problèmes singuliers et protéiformes. Dans la mesure où la réglementation municipale diverge du cadre provincial pour répondre à des intérêts locaux, le rôle des mécanismes de conciliation entre la réglementation municipale et la législation provinciale acquiert une importance significative. L'impact de l'affaire *Iredale* sur la problématique relative à la validité et au caractère opérationnel de règlements municipaux lorsqu'il existe des dispositions provinciales visant le même objet pourrait se répercuter sur l'étendue des pouvoirs municipaux à l'égard du développement des ressources naturelles et de la protection de l'environnement. L'expression du principe de subsidiarité s'en trouverait favorisée ou inhibée selon que l'étendue de ces pouvoirs est accrue ou réduite. Dans ce contexte, cet article identifie les questions soulevées par l'affaire *Iredale* et tente de déterminer l'impact du jugement de la Cour d'appel.

La délimitation du pouvoir réglementaire des municipalités à la lumière de l'affaire *Courses automobiles Mont-Tremblant inc. c. Iredale*

Hugo TREMBLAY*

1. LE JUGEMENT DE LA COUR D'APPEL	360
1.1 Le contexte	360
1.2 Les motifs	362
2. LE TEST DE COMPATIBILITÉ DES RÈGLEMENTS MUNICIPAUX ET PROVINCIAUX	364
2.1 La démarche analytique usuelle	364
2.2 La modification du test de compatibilité	368
2.3 Les répercussions de la modification du test de compatibilité	369
3. LE CARACTÈRE CONCILIABLE DU RÈGLEMENT MUNICIPAL AVEC L'ARTICLE 20 L.Q.E.	373
3.1 Les critères d'application du 3 ^e volet de l'article 20	374
3.2 L'application du droit aux faits	381

* Avocat, professeur adjoint à la Faculté de de droit de l'Université de Montréal, membre du Centre de recherche en droit publique.

3.3	Le caractère conciliable des dispositions	383
3.4	Les répercussions d'Iredale par rapport à l'application de la L.Q.E.	387
4.	CONCLUSION	391

L'étendue du pouvoir réglementaire des municipalités à l'égard de matières encadrées par des lois et règlements provinciaux fait régulièrement l'objet d'attention¹. De temps à autre, certains sujets portés par l'actualité provoquent de vifs débats en l'absence de consensus entre les autorités locales et le gouvernement provincial². C'était le cas de l'épandage agricole de matières fertilisantes provenant des rejets d'égout voilà quelques années³. Plus récemment, la mise en place de mesures de protection des prises d'eau potable municipales à l'encontre des activités de forage et de fracturation à des fins d'exploration des hydrocarbures non-conventionnels a provoqué des tensions⁴.

1. Voir Daniel BOUCHARD, « La hiérarchie des normes environnementales entre les lois et règlements provinciaux et les règlements municipaux », dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, *Développements récents en droit de l'environnement*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1999, p. 225.
2. C'est le cas depuis le début des années 1970 : voir Pierre LAURIN, « Les pouvoirs municipaux à l'égard des activités extractives », dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, *Développements récents en droit municipal*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1993, p. 125.
3. Voir Catherine KOVACS et Étienne LEBLANC, « Les boues usées sur des terres agricoles : une pratique controversée », *Radio-Canada*, 5 septembre 2011, <<http://www.radio-canada.ca/regions/Montreal/2011/09/05/009-epandage-boues-usees-controverse.shtml>> (page consultée le 1^{er} mai 2014). Cette controverse se reflète dans la jurisprudence : voir *Ferme L'Évasion inc. c. Elgin (Municipalité du canton d')*, 2011 QCCA 967, où la Cour d'appel infirme un jugement de première instance et déclare *ultra vires* un règlement municipal interdisant l'épandage de boues d'usine d'épuration d'eaux usées.
4. Voir *Gastem inc. c. Ristigouche-partie-Sud-Est (Municipalité de)*, 2014 QCCS 1094, *Pétrolia inc. c. Gaspé (Ville de)*, 2014 QCCS 360 (désistement d'appel) (ci-après « *Pétrolia c. Gaspé* ») et François BOULAY, « Municipalités, protégez vos sources d'eau potables ! », *Le Devoir*, 21 juillet 2014, p. A7. Il semble que Gaspé et Ristigouche fassent partie d'un groupe comptant environ 70 municipalités qui ont constitué un Fonds intermunicipal de défense de l'eau pour contribuer aux frais judiciaires de celles qui ont adopté un modèle de règlement dit « de Saint-Bonaventure » dont la validité pourrait être contestée : voir Guillaume ROUSSEAU, « Prépondérance étatique et compétences municipales sur l'eau et le forage : étude de la validité d'un règlement de la Ville de Gaspé », (2014) 55 *Cahiers de droit* 645 et Richard LANGELE, *Bref historique du Règlement dit de Saint-Bonaventure et du Fonds intermunicipal de défense de l'eau (F.I.D.E.)*, février 2014, 26 p. (texte non publié). Face aux médias, le Ministre du Développement durable, de l'Environnement de la Faune et des Parcs (tel qu'était son titre à l'époque) a soigneusement évité de prendre position en déclarant du règlement de Gaspé qu'il « reconnaît sa validité tant qu'une autorité compétente ne l'invalidera pas » : Alexandre SHIELDS, « Interdiction de forage – Québec reconnaît le règlement de Gaspé », *Le Devoir*, 18 janvier 2013, <<http://www.ledevoir.com/environnement/actualites-sur-l-environnement/368704/quebec-reconnait-le-reglement-de-gaspe>> (page consultée le 1^{er} mai 2014). Cependant, le Gouvernement a publié le 29 mai 2013 un projet de règlement qui vise exactement le même objet que le règlement de Gaspé contesté par Pétrolia, projet de règlement qui est entré en vigueur le 14 août 2014 : voir les

De telles tensions reflètent une problématique juridique qui porte sur la validité et le caractère opérationnel de règlements municipaux lorsqu'il existe des dispositions provinciales visant le même objet⁵. Il ne s'agit pas simplement du contentieux de la légalité des règlements municipaux et de l'étendue du contrôle judiciaire à leur égard, mais plus précisément de questions relatives à la cohabitation des règlements municipaux avec le droit provincial⁶. Les deux sujets se touchent, mais le second inclut les cas où la légalité d'un règlement municipal est avérée ou incontestée. Dans de tels cas, il s'agit essentiellement de déterminer si la disposition municipale est sans effet ou si elle s'applique en plus de la disposition provinciale.

Les articles 246 de la *Loi sur l'aménagement et l'urbanisme* (ci-après « L.A.U. »), 124 de la *Loi sur la qualité de l'environnement* (ci-après « L.Q.E. »), et 3 de la *Loi sur les compétences municipales* (ci-après « L.C.M. ») se trouvent au cœur de cette problématique⁷. L'impact des articles 246 L.A.U. et 124 L.Q.E. sur le pouvoir réglementaire des municipalités reste somme toute limité parce que confiné aux domaines du droit minier pour le premier article, et du droit de l'environnement pour le second.

D'une part, l'article 246 L.A.U. prévoit que les règlements municipaux en matière d'aménagement du territoire et d'urbanisme sont sans effet à l'égard de l'exploration, la recherche, la mise en valeur ou l'exploitation de substances minérales faits conformément à la *Loi sur les mines*⁸. D'autre part, l'article 124 L.Q.E. énonce que les règlements élaborés en vertu de la *Loi sur la qualité de l'environnement* prévalent sur tout règlement municipi-

articles 29 et suivants du *Projet de Règlement sur le prélèvement des eaux et leur protection*, (2013) 22 G.O. II, 2184.

5. L'affaire *114957 Canada ltée (Spraytech, Société d'arrosage) c. Hudson (Ville)*, [2001] 2 R.C.S. 241 (ci-après « *Spraytech* »), par. 3, présente cette problématique dans le contexte du principe de subsidiarité, qu'elle définit ainsi : « le niveau de gouvernement le mieux placé pour adopter et mettre en œuvre des législations soit celui qui est le plus apte à le faire, non seulement sur le plan de l'efficacité mais également parce qu'il est le plus proche des citoyens touchés et, par conséquent, le plus sensible à leurs besoins, aux particularités locales et à la diversité de la population. »
6. Quant au contrôle judiciaire de la légalité des règlements municipaux, voir par exemple *Catalyst Paper Corp. c. North Cowichan (District)*, [2012] 1 R.C.S. 5, par. 10 à 31 (ci-après « *Catalyst Paper Corp.* »), et *Montréal (Ville) c. 2952-1366 Québec inc.*, [2005] 3 R.C.S. 141 (ci-après « *2952-1366 Québec inc.* »), par. 41 à 54.
7. *Loi sur l'aménagement et l'urbanisme*, RLRQ, c. A-19.1 ; *Loi sur la qualité de l'environnement*, RLRQ, c. Q-2 ; *Loi sur les compétences municipales*, RLRQ, c. C-47.1.
8. Voir *Québec (Procureur général) c. Bélanger*, 2012 QCCA 1669, par. 63 à 88.

pal portant sur le même objet, à moins que le règlement municipal ne soit approuvé par le Ministre du Développement durable, de l'Environnement, et de la Lutte contre les changements climatiques (ci-après « MDDELCC »)⁹.

Par comparaison, l'effet de l'article 3 L.C.M. est beaucoup plus général puisqu'il affecte toutes les compétences réglementaires accordées par la *Loi sur les compétences municipales*, y compris en matière de culture, de développement économique, d'énergie, d'environnement, de nuisances, de sécurité et de transport¹⁰. Cet article se lit ainsi :

3. Toute disposition d'un règlement d'une municipalité adopté en vertu de la présente loi, inconciliable avec celle d'une loi ou d'un règlement du gouvernement ou d'un de ses ministres, est inopérante.

La règle codifiée à l'article 3 L.C.M. depuis 2005 n'est pas nouvelle puisqu'elle reflète l'approche adoptée par la jurisprudence en droit administratif depuis fort longtemps¹¹. Cependant, la Cour d'appel a récemment renouvelé la perspective sur cet article dans *Courses automobiles Mont-Tremblant inc. c. Iredale* (ci-après « *Iredale* »), une décision dont la Cour suprême a refusé l'appel le 3 avril 2014¹².

9. Voir *Enfouissements J.C. Verreault ltée c. St-Robert (Municipalité de)*, 2010 QCCA 922 ; *Gestion Raymond Denis inc. c. Val-Bélair (Ville de)*, J.E. 96-2190 (C.A.) ; *St-Michel-Archange (Municipalité de) c. 2419-6388 Québec inc.*, [1992] R.J.Q. 875 (C.A.) (ci-après « *St-Michel-Archange* ») et *4410912 Canada c. St-Télesphore*, 2011 QCCS 2563.

10. Voir notamment les articles 2 et 4 L.C.M., *supra*, note 7.

11. Daniel BOUCHARD, « Quelques impacts de la nouvelle Loi sur les compétences municipales sur les pouvoirs municipaux en matières environnementales », dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, *Développements récents en droit de l'environnement*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2006, p. 128. Les travaux parlementaires indiquent que telle était effectivement l'intention du législateur : Commentaires de la Ministre Nathalie Normandeau, « Étude détaillée du projet de loi n° 62 – Loi sur les compétences municipales », *Journal des débats de la Commission de l'aménagement du territoire*, vol. 38, n° 53, 37^e légis., 1^{re} sess., 14 avril 2005, 10h15, <<http://www.assnat.qc.ca/fr/travaux-parlementaires/commissions/cat-37-1/journal-debats/CAT-050414.html>> (page consultée le 1^{er} mai 2014).

12. *Courses automobiles Mont-Tremblant inc. c. Iredale*, 2013 QCCA 1348 (ci-après « *Iredale* C.A. »). Rejet de la demande d'autorisation d'appel, Dossier 35575, <<http://www.scc-csc.gc.ca/case-dossier/info/dock-regi-fra.aspx?cas=35575>> (page consultée le 1^{er} mai 2014). La doctrine a commencé à réagir au jugement : voir François BOUCHARD, « La “raisonnabilité” a toujours sa place en matière de bruit : les affaires *Courses automobiles Mont-Tremblant inc.* / *Ville de Mont-Tremblant c. Iredale* », dans Service de la formation continue du Barreau du

Dans cette affaire, un citoyen (ci-après « Requéran ») incommodé par des nuisances sonores contestait la validité du règlement municipal (2006)-53-2 tel que modifié par le règlement (2009)-53-3 (ci-après « Règlement municipal ») de la Ville de Mont-Tremblant (ci-après « Municipalité ») au motif qu'il était trop permissif envers le bruit provenant d'un circuit de course automobile.

La Cour supérieure fit droit aux arguments du Requéran à l'égard de certains articles du Règlement municipal qu'elle déclara nuls et inopérants parce qu'ils n'imposaient pas de limite au bruit émanant des activités de courses et d'essai sur le circuit, contrairement à ce que requiert l'article 20 L.Q.E. selon lequel il est prohibé d'émettre dans l'environnement un son susceptible de porter atteinte à la santé ou au bien-être de l'être humain¹³.

La Cour d'appel renversa la décision de première instance et confirma la validité de l'ensemble du Règlement municipal. Or, les motifs de la Cour semblent modifier le traitement de la problématique de la validité et du caractère opérationnel de règlements municipaux, ce qui change l'étendue du pouvoir des municipalités à certains égards.

Ce texte résume le contexte factuel et les motifs d'*Iredale* (1.) puis se penche sur les deux aspects principaux du jugement, soit d'abord la problématique générale de la compatibilité des règlements municipaux avec les lois et règlements provinciaux (2.), et ensuite la conciliation du Règlement municipal avec l'article 20 L.Q.E. compte tenu de la nature et de la portée de cette disposition (3.).

1. LE JUGEMENT DE LA COUR D'APPEL

1.1 Le contexte

La piste de course automobile de Mont-Tremblant existe depuis 1964¹⁴. Jusqu'à la fin des années 1980, le circuit se situe

Québec, *Développements récents en droit municipal*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2014, p. 135.

13. *Iredale c. Mont-Tremblant (Ville de)*, 2011 QCCS 760 (ci-après « *Iredale C.S.* ») ; art. 1(4) et (5), 20 *in fine* L.Q.E., *supra*, note 7.

14. La description du contexte factuel du litige est tirée d'*Iredale, C.A.*, *supra*, note 12, par. 9 à 26.

dans un secteur forestier, et à peine deux ou trois résidences l'avoisinent.

En 1987, le propriétaire de la piste annonce son intention de fermer la piste. La Municipalité modifie le zonage du secteur pour en refléter le caractère résidentiel projeté. Au cours des années 1990, une trentaine de résidences sont construites à proximité du circuit. Cependant, en 2000-2001, le propriétaire de la piste la vend à de nouveaux exploitants qui la rénovent et en reprennent les activités. Le bruit que génèrent les courses provoque alors des plaintes de la part des voisins du circuit.

En 2003, la Municipalité se dote d'un premier règlement sur le bruit afin de mettre en place des compromis satisfaisant les diverses parties intéressées. Le règlement est modifié une première fois en 2005, puis à nouveau en 2006 pour se conformer à un jugement intervenu dans un litige entre la Municipalité et les exploitants du circuit, et finalement une troisième fois en 2009 pour tenter de régler définitivement les tensions qui sévissent toujours à cause du bruit émis par la piste de course¹⁵.

Le Règlement municipal prohibe l'émission d'un bruit de nature à troubler la paix, la tranquillité, le confort et le bien-être du citoyen, ou l'usage paisible de sa propriété. Toutefois, le Règlement exempte les activités de course automobile de cette prohibition générale pour les assujettir à un régime particulier qui distingue les activités de course régulières d'une part, des activités spéciales et des essais d'autre part.

Le Règlement impose des contraintes à la tenue de tous les types d'activités de course en fonction de la date, de la fréquence, de la durée, et du nombre d'événements. En outre, le Règlement soumet les activités de course régulières à une limite maximale en vertu de laquelle les bruits émanant du circuit ne peuvent excéder un certain niveau de décibels, tandis que les véhicules qui y participent doivent être dotés de silencieux. Par contre, les activités spéciales et les essais, qui sont permis au total 36 jours par année, ne sont pas assujettis à une limite maximale de bruit ni à l'obligation de munir de silencieux les véhicules qui y prennent part¹⁶.

15. Quant au jugement de 2006, voir *Mont-Tremblant (Ville de) c. Courses automobiles Mont-Tremblant inc.*, 2006 QCCS 3886.

16. *Iredale C.A.*, *supra*, note 12, par. 24 et 70 à 72.

Le Requéranr réside au voisinage de la piste, en subit les inconvénients, et conteste le Règlement municipal. La Cour supérieure rejette en bonne partie sa demande, mais l'accueille partiellement pour déclarer nulles et inopérantes les dispositions du Règlement municipal permettant la tenue d'activités spéciales et d'essais sans limite de bruit et sans silencieux 36 jours par année.

La Municipalité et les exploitants du circuit portent ce jugement en appel, de telle sorte que la Cour d'appel doit trancher des seules questions suivantes¹⁷ :

- Les dispositions annulées du Règlement municipal sont-elles déraisonnables ?
- Les dispositions annulées du Règlement municipal sont-elles conciliables avec l'article 20 L.Q.E. ?
- Le Règlement municipal porte-t-il atteinte aux droits garantis par la *Charte des droits et libertés de la personne* et la *Charte canadienne des droits et libertés*¹⁸ ?

1.2 Les motifs

Premièrement, la Cour d'appel établit que le Règlement municipal est raisonnable dans sa totalité. La Municipalité est clairement habilitée par la *Loi sur les compétences municipales* à réglementer le bruit émanant du circuit de course¹⁹. Dans un tel cas, la légalité du Règlement municipal est évaluée en fonction de la norme de contrôle de la décision raisonnable²⁰. Le caractère raisonnable doit être évalué en fonction d'une analyse contextuelle qui tient compte d'une vaste gamme de facteurs relatifs aux aspects sociaux, économiques et politiques de la communauté

17. *Ibid.*, *supra*, note 12, par. 31.

18. Il s'agit des droits à la vie, à la sécurité, à la sûreté, à l'intégrité physique et à la jouissance paisible des biens : *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (1982, R.-U., c. 11)], art. 7 ; *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12, art. 1 et 6.

19. *Iredale C.A.*, *supra*, note 12, par. 40 à 45, 66, 67 et 69 ; *L.C.M.*, *supra*, note 7, art. 2, 4, 5, 19 et 56.

20. *Iredale C.A.*, *supra*, note 12, par. 48 à 50 ; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, [2008] 1 R.C.S. 190 (ci-après « *Dunsmuir* »), par. 27 et s. ; *Catalyst Paper Corp.*, *supra*, note 6. La Cour d'appel cite aussi quelques autres décisions de la Cour suprême à ce sujet, dont 2952-1366 *Québec inc.*, *supra*, note 6.

locale²¹. Considérant l'ensemble de ces facteurs, les dispositions du Règlement municipal annulées par la Cour supérieure sont raisonnables parce qu'elles ont été adoptées dans un but légitime et conforme à l'intérêt public, qu'elles reflètent un choix éminemment politique, que la Municipalité n'a pas agi sous la dictée d'un tiers ni n'a contrevenu à l'équité procédurale, que les intérêts de tous ont été considérés afin d'en arriver à un véritable compromis, et que l'antériorité du circuit par rapport aux résidences voisines a été prise en compte²².

Deuxièmement, la Cour d'appel détermine que les dispositions annulées par la Cour supérieure sont compatibles avec l'article 20 L.Q.E.²³. La prohibition prévue par cet article d'émettre des bruits qui nuisent à la santé ou au confort de l'être humain a une portée relative et contextuelle dont l'application demande nécessairement une appréciation au cas par cas²⁴. Or, le Règlement municipal instaure des contraintes qui assurent, autant que faire se peut, la santé et le confort des concitoyens. De plus, les bruits effectivement émis par les activités de course sur le circuit en toute conformité avec le Règlement municipal ne contreviennent pas à la prohibition de l'article 20 L.Q.E. Par conséquent, les dispositions du Règlement municipal et de l'article 20 L.Q.E. sont conciliables, puisque les unes n'imposent pas ce que les autres interdisent²⁵.

Troisièmement, la Cour conclut qu'il n'y a pas eu de contravention aux droits de la personne protégés par les chartes compte tenu de ses motifs à l'égard des deux questions précédentes.

Pour ces raisons, les dispositions du Règlement municipal que la Cour supérieure a annulées sont valides et opérantes, et le recours du Requérent est rejeté.

21. *Iredale C.A.*, *supra*, note 12, par. 62 à 79 ; *Catalyst Paper Corp.*, *supra*, note 6, par. 17 à 19 et 24.

22. *Iredale C.A.*, *supra*, note 12, par. 62 à 79.

23. *Ibid.*, par. 82 à 143.

24. *Ibid.*, par. 90 à 105.

25. *Iredale C.A.*, *supra*, note 12, par. 109 et 140 à 142 ; *Spraytech*, *supra*, note 5 ; *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161 (ci-après « *Multiple Access* »).

2. LE TEST DE COMPATIBILITÉ DES RÈGLEMENTS MUNICIPAUX ET PROVINCIAUX

Au-delà des effets immédiats de la décision, les motifs de la Cour d'appel dans *Iredale* suggèrent une modification du test de compatibilité entre les règlements municipaux et les lois et règlements provinciaux²⁶. Cette section présente d'abord les paramètres usuels qui guident l'analyse effectuée dans le cadre du test de compatibilité (2.1), puis étudie comment la décision de la Cour d'appel dans *Iredale* modifie cette analyse (2.2), et finalement soulève certaines interrogations à l'égard du contrôle par les cours de la compatibilité des normes municipales et provinciales (2.3).

2.1 La démarche analytique usuelle

Le principe de primauté du droit impose que le pouvoir de l'État, y compris le pouvoir réglementaire des municipalités, soit exercé conformément à la loi. La conformité d'un règlement municipal à la loi est établie par les cours supérieures qui procèdent au contrôle judiciaire.

Le contrôle judiciaire des règlements municipaux suit un cadre bien identifié. À l'instar de tout acte administratif, les règlements municipaux sont assujettis à la procédure de contrôle reformulée dans l'affaire *Dunsmuir* qui requiert plus ou moins de déférence de la part des cours selon qu'elles doivent appliquer soit la norme de la décision correcte soit celle de la décision raisonnable²⁷.

L'identification de la norme de contrôle applicable dans un cas spécifique procède par une analyse en deux étapes²⁸. Dans un premier temps, il faut déterminer si la jurisprudence s'est déjà penchée sur la question soulevée et si elle indique de façon satisfaisante comment le contrôle judiciaire doit être exercé en l'instance. Cet exercice repose sur une catégorisation de la question en

26. *Iredale C.A.*, *supra*, note 12, par. 51 à 60 et 106 à 110 ; *Spraytech*, *supra*, note 5, par. 34 à 39.

27. *Catalyst Paper Corp.*, *supra*, note 6, par. 10 et s., *Dunsmuir*, *supra*, note 20.

28. *Dunsmuir*, *supra*, note 20, par. 62 à 64.

fonction d'une typologie de problématiques soumises au contrôle judiciaire :

[26] Selon l'arrêt *Dunsmuir*, les catégories énumérées ci-après sont susceptibles de contrôle judiciaire soit selon la norme de la décision correcte soit selon celle de la décision raisonnable. La norme de la décision correcte s'applique : (1) aux questions constitutionnelles ; (2) aux questions de « droit générales [qui sont] “à la fois, d'une importance capitale pour le système juridique dans son ensemble et étrangère[s] au domaine d'expertise de l'arbitre” » ; (3) aux questions portant sur la délimitation des compétences respectives de tribunaux spécialisés concurrents ; (4) aux « question[s] touchant véritablement à la compétence ou à la constitutionnalité ». En revanche, c'est généralement la norme de la décision raisonnable qui s'applique dans les cas suivants : (1) la question se rapporte à l'interprétation de la loi habilitante (ou « constitutive ») du tribunal administratif ou à « une loi étroitement liée à son mandat et dont il a une connaissance approfondie » ; (2) la question soulève à son tour des questions touchant les faits, le pouvoir discrétionnaire ou des considérations d'intérêt général ; (3) la question soulève des questions de droit et de fait intimement liées.²⁹ (Références omises)

Lorsque cette première étape est fructueuse, la cour n'a qu'à suivre la norme de contrôle déjà établie par la jurisprudence pour évaluer la légalité du règlement municipal sans passer à l'étape suivante de l'analyse. Par contre, si la première étape ne permet pas d'identifier la norme de contrôle applicable, la cour doit passer

29. *Smith c. Alliance Pipeline Ltd.*, [2011] 1 R.C.S. 160. L'approche par catégories semble actuellement constituer le principal moteur de l'analyse de la norme de contrôle : voir *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, [2011] 3 R.C.S. 654, par. 30, et *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, [2011] 3 R.C.S. 471, par. 17-22 (ci-après « *Canada (Commission canadienne des droits de la personne)* »). Un des défauts de l'approche favorisée provient de la dialectique binaire sur laquelle repose la conceptualisation des catégories identifiées. Par l'effet de cette dialectique, l'approche catégorielle offre une couverture complète de l'ensemble des questions possibles assujetties au contrôle judiciaire, de telle sorte qu'il n'est jamais nécessaire de passer à la deuxième étape de l'analyse dans un contexte où la Cour suprême penche fortement en faveur d'une présomption de déférence : voir *Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, *supra*, par. 24, et *McLean c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, 2013 CSC 67, par. 19 à 33, relativement à la présomption de déférence (*contra* : *Rogers Communications Inc. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, [2012] 2 R.C.S. 283, par. 14 et 15). Lauren WITHAK, « With the Correctness Standard of Review? *Dunsmuir*, Six Years Later », (2014) 27 *Rev. Can. D. Adm. & Prat.* 173, 182, note : « In fact, in all of the Supreme Court of Canada's post-*Dunsmuir* administrative law decisions that involved neither a legislated standard of review nor a constitutional question, the reasonableness standard has applied. »

à la seconde étape qui requiert une analyse contextuelle dont l'issue dépend d'un certain nombre de facteurs pertinents, y compris l'existence d'une clause privative, l'objet du régime législatif en cause, la nature de la question débattue, et l'expertise du décideur administratif³⁰.

Au terme de cette analyse, la norme de contrôle pertinente est identifiée et appliquée à l'acte dont la légalité est contestée. Si la norme de la décision correcte s'applique, les cours interviennent dès qu'une erreur grève l'acte contesté³¹. Si la norme de la décision raisonnable s'applique, les cours ne sanctionnent pas l'acte erroné mais seulement l'acte déraisonnable, de telle sorte qu'une municipalité assujettie à ce standard de contrôle judiciaire dispose d'une marge de manœuvre discrétionnaire lui permettant d'adopter un éventail de décisions et d'actes réglementaires acceptables et rationnels bien que potentiellement incorrects³².

Un règlement municipal dont la validité est confirmée à la suite de cette analyse n'est pas nécessairement opérant. Il peut être valide mais inopérant, c'est-à-dire dépourvu d'effet³³. Pour qu'un règlement municipal valide soit aussi opérant, sa compatibilité avec les lois et règlements provinciaux qui portent sur la même matière doit encore être déterminée³⁴. La compatibilité est

30. *Dunsmuir*, *supra*, note 20, par. 64. Compte tenu de la dynamique notée en *supra* note 29, cette deuxième étape est devenue inutile dans la plupart des cas. Paul DALY, « *Dunsmuir's Flaws Exposed: Recent Decisions on Standard of Review* », (2012) 58 *R. D. McGill* 483, 487, note : « The four-factor approach has thus been marginalized in favour of a categorical approach. The former has not been entirely jettisoned, however ; the Court has continued to mention the factors, but they are now to be treated as "guideposts" rather than as a road map. In short, it is clear that the categorical approach now drives the analysis. » (Références omises). Matthew LEWANS, « *Deference and Reasonableness Since Dunsmuir* », (2012) 38 *Queen's L.J.* 59, présente un sommaire de l'évolution de l'analyse de la Cour suprême à cet égard, qui conclut que la Cour suprême reste néanmoins fidèle à l'analyse pragmatique et fonctionnelle (p. 81).

31. *Dunsmuir*, *supra*, note 20, par. 50.

32. *Ibid.*, par. 47. Pour une critique de la norme de la décision raisonnable dans ce contexte, voir Lauren WITHAK, *supra*, note 29, p. 193 à 198.

33. Hubert REID, *Dictionnaire de droit québécois et canadien : avec lexique anglais-français*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1994, p. 303.

34. Dans *Québec (Procureur général) c. Canada (Ressources humaines et Développement social)*, [2011] 3 R.C.S. 635, par. 11, la Cour suprême indique qu'un ordre logique est généralement suivi, sans qu'il ne s'agisse toutefois d'une règle impérative : « Si une loi est invalide, il n'y a pas lieu de s'interroger sur son applicabilité. De même, si une disposition provinciale n'est pas applicable, elle ne peut entrer en conflit avec une disposition fédérale et ainsi à entraîner l'application de la doctrine de la prépondérance des lois fédérales. Il est donc logique d'étudier d'abord la validité d'une disposition en litige, puis son applicabilité et, enfin, son opérabilité. »

évaluée selon le « critère du conflit explicite » établi par la Cour suprême dans l'affaire *Spraytech c. Ville de Hudson* :

[34] [...] Dans *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161, 187, le juge Dickson (plus tard Juge en chef), au nom de la majorité de la Cour, examine le « critère du conflit explicite » entre la législation fédérale et la législation provinciale. À la page 191, il explique qu'« il ne semble y avoir aucune raison valable de parler de prépondérance et d'exclusion sauf lorsqu'il y a un conflit véritable, comme lorsqu'une loi dit 'oui' et que l'autre dit 'non' ; 'on demande aux mêmes citoyens d'accomplir des actes incompatibles' ; l'observance de l'une entraîne l'inobservance de l'autre. [...] »

[36] L'arrêt *Multiple Access* s'applique également à l'examen de la question de savoir s'il y a conflit entre le règlement municipal et la législation provinciale, sauf dans les cas (différents de la présente affaire) où la loi provinciale pertinente spécifie un critère autre. [...] ³⁵ (Soulignements ajoutés)

Ainsi, il existe un conflit explicite, réel et direct, entre un règlement municipal et la législation provinciale seulement lorsqu'un texte impose ce que l'autre interdit³⁶. Autrement dit, pour qu'un règlement municipal soit incompatible avec une loi ou un règlement provincial, il faut d'abord que les deux touchent des sujets similaires et, ensuite, qu'un citoyen, pour obéir à l'un doive enfreindre l'autre³⁷.

À l'occasion, la Cour suprême ajoute des commentaires qui permettent de mieux comprendre le contexte dans lequel les compétences concurrentes des municipalités et du gouvernement pro-

35. *Spraytech*, *supra* note 5. *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161 (ci-après « *Multiple Access* »). Récemment, la Cour suprême faisait les remarques générales suivantes en matière de conflit de lois dans *Thibodeau c. Air Canada*, 2014 CSC 67 (ci-après « *Thibodeau* »), par. 92 : « Qu'est-ce qu'un conflit ? [...] Le cadre législatif qui régit cette question n'est pas compliqué. Premièrement, les tribunaux adoptent une interprétation restrictive de ce qui constitue un conflit dans un tel contexte. Deuxièmement, les tribunaux estiment qu'il y a conflit seulement lorsque le conflit, au sens strict du terme, ne peut être évité par l'interprétation. Le chevauchement n'est pas en soi un conflit dans ce contexte, de sorte que, même si les champs d'application de deux dispositions se chevauchent, on présume qu'elles sont censées s'appliquer, pourvu qu'elles puissent le faire sans que cela mène à un résultat absurde. Cette présomption peut être réfutée si l'une des dispositions est censée traiter la matière de façon exhaustive. Troisièmement, ce n'est que si le conflit est inévitable que le tribunal doit recourir aux dispositions légales et aux principes d'interprétation permettant de déterminer quelle loi prime l'autre. »

36. Voir *Spraytech*, *supra*, note 5, par. 38.

37. *Ibid.*

vincial s'exercent. La Cour indique que la simple existence d'une loi provinciale dans un domaine donné n'écarte pas le pouvoir des municipalités de réglementer cette matière³⁸. Elle cite avec approbation la Cour d'appel de la Colombie-Britannique pour circonscrire étroitement le domaine dans lequel l'analyse de compatibilité s'effectue :

On ne résout plus ce genre de problème en examinant un régime complet, en examinant l'autre régime complet et en décidant quel régime occupe tout le domaine à l'exclusion de l'autre. Il faut plutôt examiner les dispositions précises et la manière dont elles s'appliquent dans le cas particulier et se demander si elles peuvent s'appliquer de façon harmonieuse dans ce cas précis ? Dans l'affirmative, il faut permettre leur coexistence et elles doivent chacune réglementer en parallèle une facette, ou deux facettes différentes, de la même activité.³⁹

2.2 La modification du test de compatibilité

Dans *Iredale*, la Cour d'appel se conforme à la démarche analytique décrite ci-dessus jusqu'à l'étape du test de compatibilité. La Municipalité est clairement habilitée à adopter le Règlement municipal, de telle sorte que la Cour écarte d'emblée la norme de contrôle de la décision correcte applicable aux questions de véritable compétence. La jurisprudence de la Cour suprême permet directement d'établir que la norme de la décision raisonnable guide le contrôle judiciaire en l'instance puisque la Municipalité dispose d'un pouvoir discrétionnaire et politique lui accordant une grande marge de manœuvre. La validité du Règlement municipal est donc établie par l'exercice du contrôle judiciaire de la façon usuelle.

Par contre, à l'étape du test de compatibilité, la Cour semble amalgamer l'évaluation du caractère opérant d'un règlement municipal au processus de contrôle judiciaire :

38. *Ibid.*, par. 39.

39. Passage tiré de *British Columbia Lottery Corp. c. Vancouver (City)* (1999), 169 D.L.R. (4th) 141, 147-148, et repris dans *Spraytech*, *supra*, note 5, par. 38. *A priori*, la Cour d'appel dans *Iredale C.A.*, *supra*, note 12, par. 55 *in fine*, ne semble pas adhérer à cette approche. Bien que ce paragraphe du jugement dans *Iredale* porte généralement sur la question de la compatibilité, la référence qui y est faite à l'arrêt *Catalyst Paper Corp.*, *supra*, note 6, de même que l'utilisation du terme « enfreindrait », introduisent assez d'ambiguïté dans les motifs de la Cour pour ne pas être retenu comme une modification supplémentaire du test de compatibilité.

[54] [...] Mais selon quelle norme vérifier l'application de l'article 3 L.C.M., c'est-à-dire vérifier la compatibilité d'un règlement municipal avec une disposition législative (ou réglementaire) autre que celles de la loi habilitante ?

[55] À mon avis, plutôt que de constituer un exercice distinct obéissant à sa propre norme, cette démarche fait partie intégrante du processus visant à vérifier, plus généralement, si le règlement est raisonnable au sens de l'arrêt *Catalyst*, c'est-à-dire s'il fait partie de l'éventail des issues acceptables au regard de l'ensemble des facteurs juridiques et non juridiques (sociaux, économiques et politiques) que doit considérer une municipalité dans l'exercice des compétences que lui attribue sa loi habilitante. [...]

[60] En résumé, la question de savoir si la Ville a valablement agi en réglementant le bruit et, en particulier, le bruit issu des activités des exploitants ne peut être résolue qu'en fonction de la norme de la raisonabilité/déraisonabilité. C'est la même norme qui s'applique à la question particulière de savoir si les règlements contestés sont, conformément à l'article 3 L.C.M., compatibles ou non avec l'article 20 L.Q.E. Et c'est toujours cette norme qu'il faudra appliquer au test qui, selon l'enseignement des juges majoritaires dans l'arrêt *Spraytech*, permet de savoir si le règlement municipal est conciliable avec la loi provinciale.⁴⁰

Ainsi, il faudrait appliquer le test de la compatibilité en fonction de la norme de contrôle de la décision déraisonnable. Autrement dit, il ne s'agirait plus simplement de déterminer s'il est possible ou impossible de se conformer à la fois à un règlement municipal et à la loi provinciale. Le conflit entre deux normes devrait aussi être évalué en fonction de son caractère raisonnable ou déraisonnable.

2.3 Les répercussions de la modification du test de compatibilité

La Cour d'appel indique que le test de compatibilité fait partie intégrante de la démarche effectuée par les cours dans le cadre du contrôle judiciaire⁴¹. Une telle modification de l'approche enseignée par la Cour suprême dans *Spraytech* soulève plusieurs difficultés.

40. *Iredale C.A.*, *supra*, note 12.

41. *Ibid.*, par. 55 reproduit plus haut.

Premièrement, l'amalgame du test de compatibilité avec le contrôle de la légalité affecte les fondements du processus de conciliation des règlements municipaux avec la législation provinciale. Dans *Spraytech*, la Cour suprême requiert une analyse en deux étapes qui vise d'abord à établir la validité d'un règlement municipal par l'exercice du contrôle judiciaire, puis dans un deuxième temps, qui permet de déterminer le caractère opérant d'un règlement légal par l'application du test de compatibilité. Ce processus binaire exprime d'abord un impératif de conformité aux règles de délégation de pouvoir entre l'Assemblée nationale et les municipalités lors de l'exercice du contrôle judiciaire, puis le principe de la hiérarchie des normes accordant primauté aux dispositions provinciales face aux règles municipales lors du test de compatibilité. Cependant, les motifs de la Cour d'appel dans *Iredale* suggèrent la fusion des deux étapes, de telle sorte que l'absence de conflit réel et direct avec la législation provinciale confirmerait la validité d'un règlement municipal. La distinction analytique entre la légalité de la délégation de pouvoir et la hiérarchie des normes s'en trouve donc minée⁴².

Deuxièmement, l'intégration du test de compatibilité au contrôle judiciaire efface la distinction entre un règlement municipal invalide et un règlement municipal inopérant. La notion du caractère opérant perdrait alors sa pertinence puisqu'un règlement municipal inconciliable serait tout simplement invalide. Par le fait même, l'article 3 L.C.M. deviendrait inutile car un règlement municipal incompatible serait frappé de nullité *ab initio* pour cause d'illégalité avant même que son caractère opérationnel ne puisse être étudié⁴³.

Troisièmement, l'inclusion du test de compatibilité au processus de contrôle de la légalité confond les attributions respectives des pouvoirs exécutif et judiciaire. En effet, le processus en deux temps exposé dans *Spraytech* implique nécessairement que le test de compatibilité s'applique à deux normes valides. À la deuxième étape, il n'existe aucun acte à l'égard duquel peut

42. Voir *ibid.*, par. 108, où le caractère conciliable d'un règlement municipal n'est pas lié au principe de hiérarchie des normes mais plutôt aux règles de délégation de pouvoir.

43. La position de la Cour d'appel à cet effet est très claire : « Il va de soi en effet que, sauf autorisation contraire, une municipalité ne peut pas, même dans l'exercice des pouvoirs que lui confère sa loi habilitante, adopter des règlements incompatibles avec une autre loi (ou avec un règlement du gouvernement). » (voir *ibid.*, par. 54).

s'exercer le contrôle judiciaire. Une municipalité ne prend pas de résolution ni de règlement, en somme n'effectue aucune action, pour établir la compatibilité d'une des dispositions qu'elle a adoptées. Il n'appartient pas à une municipalité de juger si son règlement, valide et adopté conformément à l'habilitation dont elle dispose, est conciliable avec les dispositions provinciales. L'application du test de compatibilité est plutôt une fonction des cours. Or, la norme de la décision raisonnable participe du contrôle des actes de l'administration et ne peut s'appliquer aux décisions du pouvoir judiciaire.

Quatrièmement, l'inclusion du test de compatibilité au processus de contrôle judiciaire modifie l'étendue du domaine dans lequel la réglementation municipale est opérante. Dans la démarche traditionnelle, le test de compatibilité repose sur le critère du conflit explicite selon lequel une disposition municipale est inopérante dès qu'elle impose ce que la législation provinciale interdit ou vice-versa, c'est-à-dire qu'un citoyen doit enfreindre l'une pour obéir à l'autre. La démarche suggérée par la Cour d'appel dans *Iredale* requiert l'application de la norme de la décision raisonnable au test de compatibilité, et donc au critère du conflit explicite. Bien que l'exercice ne soit pas aisé, on peut imaginer deux façons d'évaluer le critère du conflit explicite en fonction de son caractère raisonnable.

D'une part, il peut s'agir d'évaluer s'il est déraisonnable que ce qu'une norme impose soit interdit par l'autre. L'existence d'un conflit explicite n'est plus suffisant pour rendre inopérant le règlement municipal ; il faut en plus que ce conflit explicite soit jugé déraisonnable⁴⁴. Il existe alors des cas où le conflit explicite entre des dispositions municipale et provinciale est raisonnable, ce qui préserve le caractère opérant de la disposition municipale. Dans de tels cas, la simple existence d'un conflit explicite ne rend plus inopérante la disposition municipale, contrairement à ce que *Spraytech* prévoyait. Cette façon d'appliquer la norme de la décision raisonnable au test de compatibilité accroît l'étendue du

44. Aussi contre-intuitive qu'elle soit, on retrouve cette gradation des conflits entre deux dispositions dans un passage d'un récent arrêt de la Cour suprême où il est question d'incompatibilité entre deux lois fédérales, dont l'une transpose en droit interne un traité international. Dans *Thibodeau*, *supra* note 35, la Cour énonce que « [89] Les tribunaux présument que les lois adoptées par le législateur ne contiennent ni contradiction ni incohérence, et ils ne concluent à l'existence de l'une ou l'autre que si les dispositions en cause sont à ce point incompatibles qu'elles ne peuvent coexister. » Voir aussi *ibid.*, par. 93-96, 99.

domaine dans lequel la réglementation municipale est opérationnelle.

D'autre part, il peut s'agir de déterminer s'il est raisonnable de conclure à l'existence d'un conflit. Dans un tel cas, l'existence avérée d'un conflit explicite n'est plus nécessaire ; les dispositions municipales sont opérantes seulement lorsqu'il est déraisonnable de conclure à l'existence d'un conflit explicite. Cette deuxième façon d'appliquer la norme de la décision raisonnable au test de compatibilité réduit l'étendue du domaine dans lequel la réglementation municipale est opérationnelle. Qu'elle l'augmente ou la réduise, il faut donc constater que l'inclusion du test de compatibilité au processus de contrôle judiciaire modifie l'étendue du domaine dans lequel la réglementation municipale est opérationnelle.

Un tel constat est d'autant plus significatif que le raisonnement de la Cour d'appel peut tout aussi bien s'appliquer à d'autres mécanismes de conciliation que l'article 3 L.C.M. Cette disposition codifie la règle jurisprudentielle de droit commun à l'effet qu'un règlement municipal est compatible et opérationnel à moins qu'il n'entre en conflit explicite avec une loi ou un règlement provincial⁴⁵. Cependant, le législateur provincial peut écarter le droit commun et prévoir d'autres tests de compatibilité dans des domaines particuliers, comme la Cour suprême le souligne dans *Spraytech*⁴⁶. Par exemple, le législateur peut décider de rendre inopérants les règlements municipaux dès qu'un règlement provincial vise le même objet sans qu'il existe de conflit explicite. C'est le cas de l'article 124 L.Q.E. mentionné en introduction⁴⁷. Or, le raisonnement de la Cour d'appel est assez général pour mener à la conclusion qu'en principe, tous les tests de compatibilité doivent être analysés en fonction de la « norme de la raisonnable », et non pas seulement celui de l'article 3 L.C.M.⁴⁸. Par conséquent, les jugements qui appliquent ces autres tests

45. Voir *supra*, note 11.

46. Voir le passage de l'affaire *Spraytech*, *supra*, note 5, par. 36, cité plus haut (*supra*, note 35), selon lequel le critère de compatibilité repose sur le test du conflit explicite « sauf dans les cas (différents de la présente affaire) où la loi provinciale pertinente spécifie un critère autre. »

47. L'article 246 L.A.U. mentionné en introduction offre un autre exemple : voir *supra*, note 8.

48. C'est d'ailleurs ce que la Cour sous-entend lorsqu'elle réfère à l'ancien article 410 de la *Loi sur les cités et villes*, RLRQ, c. C-19 : voir *Iredale C.A.*, *supra*, note 12, par. 54.

devraient tenir compte d'*Iredale* pour déterminer l'étendue du domaine dans lequel la réglementation municipale est opérante, ce qui ne semble pas être le cas dans la jurisprudence ultérieure⁴⁹.

Il résulte de cette série d'observations que les énoncés de principe émis par la Cour d'appel à propos de l'amalgame du test de compatibilité au contrôle judiciaire et à propos de l'application de la norme de la décision raisonnable au conflit entre des dispositions municipale et provinciale, doivent être traités avec réserve et précaution⁵⁰. D'ailleurs, la Cour d'appel semble suivre la démarche analytique usuelle dans *Iredale* malgré son énoncé de principe innovateur, et ne donne aucune indication claire qu'elle applique effectivement la norme de la décision raisonnable à l'analyse de la compatibilité.

3. LE CARACTÈRE CONCILIABLE DU RÈGLEMENT MUNICIPAL AVEC L'ARTICLE 20 L.Q.E.

Selon la Cour d'appel, la portée de l'article 20 L.Q.E. détermine la solution du litige dans *Iredale*⁵¹. Le débat porte essentiellement sur la compatibilité du Règlement municipal avec l'article 20 L.Q.E. compte tenu de l'article 3 L.C.M. dans le contexte du test de compatibilité détaillé plus haut⁵². Il apparaît fondamental de bien saisir la nature et la portée de l'article 20 L.Q.E. afin d'établir si les dispositions contestées du Règlement municipal y sont conciliables. La Cour procède donc à l'examen détaillé de l'article 20 L.Q.E., dont le texte se lit ainsi :

20. Nul ne doit émettre, déposer, dégager ou rejeter ni permettre l'émission, le dépôt, le dégagement ou le rejet dans l'environnement d'un contaminant au-delà de la quantité ou de la concentration prévue par règlement du gouvernement.

La même prohibition s'applique à l'émission, au dépôt, au dégagement ou au rejet de tout contaminant, dont la présence dans l'environnement est prohibée par règlement du gouvernement ou est susceptible de porter atteinte à la vie, à la santé, à la sécurité, au

49. Par exemple, l'affaire *Pétrolia c. Gaspé*, *supra*, note 4, dans laquelle la Cour supérieure se penche sur les articles 124 L.Q.E., 246 L.A.U., et 3 L.C.M. ne mentionne pas *Iredale* ni l'application de la norme de raisonnable aux différents tests de compatibilité.

50. En particulier, voir *Iredale C.A.*, *supra*, note 12, par. 52 à 60.

51. À cet égard, voir *Iredale C.A.*, *supra*, note 12, par. 62, 63, 78, 82, et 88 à 105.

52. *Ibid.* Voir aussi les paragraphes 106 à 143.

bien-être ou au confort de l'être humain, de causer du dommage ou de porter autrement préjudice à la qualité du sol, à la végétation, à la faune ou aux biens.⁵³ (Soulignements ajoutés)

La Cour constate d'abord l'absence de toute autre disposition législative ou réglementaire provinciale de nature à viser spécifiquement le bruit provenant d'un circuit de course automobile tel qu'en l'espèce, de telle sorte que seul le troisième volet de la prohibition de l'article 20 L.Q.E. souligné ci-haut est pertinent⁵⁴.

Les critères d'application du troisième volet de la prohibition de l'article 20 L.Q.E. se résument ainsi : il est interdit d'émettre

(1) un contaminant, y compris un son ou une vibration ou une combinaison de l'un et l'autre,⁵⁵

(2) dans l'environnement, y compris l'atmosphère et d'une manière générale le milieu ambiant avec lequel les espèces vivantes interagissent,⁵⁶

(3) qui est susceptible de porter atteinte ou préjudice,

(4) *soit* à la vie, à la santé, à la sécurité, au bien-être ou au confort de l'être humain – *ou* à la qualité du sol, à la végétation, à la faune ou aux biens.

La Cour d'appel émet des commentaires généraux à propos de la prohibition du troisième volet de l'article 20 L.Q.E. de même qu'à l'égard de chacun des critères d'application de cette prohibition pour en déterminer la nature et la portée exacte en l'instance. Or, l'étude des motifs de la Cour soulève plusieurs difficultés et révèle que l'adoption de l'arrêt *Iredale* à titre de précédent pourrait modifier l'application de l'article 20 L.Q.E. à l'avenir.

3.1 Les critères d'application du 3^e volet de l'article 20

Quant au premier critère d'application du troisième volet de la prohibition de l'article 20 L.Q.E., la Cour d'appel accepte

53. L.Q.E., *supra*, note 7.

54. *Iredale C.A.*, *supra*, note 12, par. 91 à 97. À propos des trois volets de la prohibition de l'article 20 L.Q.E., voir *Alex Couture inc. c. Piette*, [1990] R.J.Q. 1262 (C.A.) (ci-après « *Alex Couture* »).

55. L.Q.E., *supra*, note 7, art. 1(5).

56. *Ibid.*, art. 1(2) et 1(4). En l'instance, la Cour d'appel prend pour acquis la présence du deuxième critère d'application. Dans son ensemble, le texte du jugement laisse simplement entendre que les bruits émis par les activités du circuit de course automobile sont effectivement émis dans l'environnement.

d'emblée que le bruit émanant d'essais ou de courses automobiles sur le circuit de Mont-Tremblant est un contaminant, ce qui n'étonne pas compte tenu de la définition large et inclusive donnée au terme par la *Loi sur la qualité de l'environnement*⁵⁷.

Cependant, la Cour lie étroitement la notion de contaminant sonore à celle de nuisance⁵⁸. L'amalgame des notions de contaminant et de nuisance en relation au bruit ne surprend pas non plus, puisque la réglementation du bruit par les municipalités est traditionnellement associée à la gestion des nuisances⁵⁹. De plus, les municipalités disposent à la fois du pouvoir de réglementer les nuisances proprement dites et du pouvoir de réglementer l'émission de contaminants sonores dans l'environnement en vertu de la *Loi sur les compétences municipales*⁶⁰.

De cet amalgame résulte une distorsion du concept de contaminant sonore au sens de l'article 20 L.Q.E. qui rend davantage anthropocentrique l'interdiction d'altérer l'environnement par le bruit. Autrement dit, présenter la contamination sonore comme une question de nuisance tend à restreindre la portée des mécanismes de protection de l'environnement à la seule préservation de la santé, de la sécurité et du bien-être des personnes. Ce glissement de sens est apparent dans certains passages de l'arrêt, dont le suivant :

[66] Les sons que produisent ces activités [du circuit de course automobile] sont cependant des contaminants au sens de la *Loi sur la qualité de l'environnement* et peuvent assurément, du moins quand ils atteignent un certain niveau d'intensité, de fréquence ou de continuité, être considérés comme des nuisances, c'est-à-dire des « facteurs d'origine technique (bruits, dégradations, pollutions, etc.) ou sociale (encombrements, promiscuité) qui rendent la vie malsaine ou pénible », et portent en conséquence atteinte à l'environnement.

57. *Iredale C.A.*, *supra*, note 12, par. 66, 91 ; L.Q.E., *supra*, note 7, art. 1(5).

58. Voir *Iredale C.A.*, *supra*, note 12, par. 8, 61 (« contaminant nuisible »), 66, 86, etc.

59. Par exemple, voir *2952-1366 Québec inc.*, *supra*, note 6, notamment au paragraphe 89, où la Cour suprême réfère à la « pollution par le bruit », *Camp Jardin (Gan) d'Israël c. La Minerve (Municipalité de)*, 2013 QCCA 1699, par. 37 et 42, et *Iredale C.A.*, *supra*, note 12, par. 41 à 45. Voir aussi Lorne GIROUX, « Retour sur les compétences municipales en matière de nuisance », dans Service de formation permanente du Barreau du Québec, *Développements récents en droit de l'environnement*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1999, p. 299, de même que Julie-Anne PARISEAU et Michel BÉLANGER, Fascicule 26 – « Bruit », dans *Jurisclasseur Québec, Droit de l'environnement*, Montréal, LexisNexis, 2012-mises-à-jour, par. 23 à 29.

60. L.C.M., *supra*, note 7, art. 6(6) et 59.

ronnement, à divers degrés. [...]»⁶¹ (Références omises ; soulignement ajouté)

Pourtant, ni l'article 20 L.Q.E. spécifiquement, ni le cadre législatif et réglementaire afférent à la *Loi sur la qualité de l'environnement* de façon plus générale, ne réfèrent jamais au concept de nuisance pour la compréhension et la mise en œuvre des mécanismes juridiques qu'ils instaurent⁶². Outre le changement de perspective sous-jacent, plus intangible, qu'il entraîne, l'amalgame des concepts de contaminant sonore et de nuisance emporte des conséquences perceptibles à l'égard des troisième et quatrième critères d'application du troisième volet de la prohibition de l'article 20 L.Q.E.

À propos du troisième critère d'application relatif aux termes « susceptible de porter atteinte », la Cour d'appel appuie ses motifs sur une interprétation qui repose sur le langage usuel à partir de définitions du dictionnaire visant les mots utilisés dans la version anglaise de l'article 20 L.Q.E.⁶³. La Cour énonce sa position comme suit :

[101] J'estime également que, même si l'article 20 L.Q.E., dans ce dernier volet, permet certainement de considérer le principe de précaution, son application ne peut se satisfaire d'hypothèses. L'article 20 parle d'un contaminant dont l'émission est « susceptible de porter atteinte » (« is likely to affect ») à la vie, la santé, la sécurité des humains, etc. Comment interpréter cette expression ? Elle est assez large et peut sans doute inclure l'idée de « capacité latente » tout comme elle inclut certainement un événement « occasionnel ». Elle ne peut cependant faire renvoi à la simple possibilité d'un préjudice, ce que confirme du reste l'usage du mot « likely » dans la version anglaise. Ce mot désigne ce qui est « probable ; such as well might happen or be true » ou « to be reasonably expected ». L'on envisage donc ici autre chose que des conjectures.⁶⁴ (Références omises ; soulignements ajoutés)

61. *Iredale C.A.*, *supra* note 12. Au même effet, voir aussi les paragraphes 98 et 99, de même que 104 et 105 où la Cour d'appel avance que l'article 976 du *Code civil du Québec*, RLRQ, c. C-1991 (ci-après « C.c.Q. »), qui met en place le régime des troubles de voisinage en droit privé, sert désormais d'assise à l'article 20 L.Q.E.

62. Les responsabilités et pouvoirs des municipalités en matière de nuisance que l'on trouvait aux articles 76 à 81 L.Q.E. jusqu'en 2005 ont été abrogés.

63. *Iredale C.A.*, *supra*, note 12, par. 101 et 102.

64. *Ibid.*

L'interprétation que la Cour d'appel retient pour les termes « susceptible de porter atteinte » pose plusieurs difficultés⁶⁵.

D'abord, l'arrêt ne mentionne pas la jurisprudence abondante qui interprète cette expression. Contrairement à ce que le texte du jugement laisse entendre, l'affaire *Gagné c. Boulianne* invoquée par la Cour d'appel au soutien de ses motifs ne supporte pas la position à l'effet que les termes « susceptible de porter atteinte » doivent être interprétés comme requérant une probabilité raisonnable d'atteinte à l'environnement⁶⁶. En fait, la jurisprudence qui établit la portée de ces termes au sens de l'article 20 L.Q.E. indique généralement que l'expression réfère à une simple possibilité ou un risque éventuel⁶⁷. Autrement dit, le jugement de

65. Outre les difficultés de nature purement juridique qui sont détaillées dans le présent article et qui proviennent d'incohérences dans l'application des règles pertinentes, il est possible d'argumenter qu'il existe une contradiction conceptuelle dans le passage de la Cour d'appel cité ci-haut résultant de la conjugaison bancale des principes de précaution et de capacité latente avec la notion de probabilité raisonnable d'atteinte. Par exemple, bien qu'il en existe plusieurs énonciations divergentes, le principe de précaution s'appuie généralement sur la notion de risque, ce qui réfère non pas à une probabilité mais à une possibilité. L'article 6(j) de la *Loi sur le développement durable*, RLRQ, c. D-8.1.1, énonce ainsi le principe de précaution : « lorsqu'il y a un risque de dommage grave ou irréversible, l'absence de certitude scientifique complète ne doit pas servir de prétexte pour remettre à plus tard l'adoption de mesures effectives visant à prévenir une dégradation de l'environnement ». À l'égard de l'interaction entre l'article 20 L.Q.E. et le principe de précaution, voir *Centre québécois du droit de l'environnement c. Oléoduc Énergie Est ltée*, 2014 QCCS 4398 (ci-après « *Centre québécois du droit de l'environnement* »), et Hélène TRUDEAU, « La précaution en cas d'incertitude scientifique : une des interprétations possibles de l'article 20 *in fine* de la *Loi sur la qualité de l'environnement* ? », (2002) 43 C. de D. 103.

66. Voir *Gagné c. Boulianne*, [1991] R.J.Q. 893 (C.A.).

67. Voir à cet égard Dominique AMYOT-BILODEAU et Paule HALLEY, Fascicule 8 – « Protection de l'environnement et interdiction de polluer », dans *Jurisclasseur Québec, Droit de l'environnement*, Montréal, LexisNexis, 2012-mises-à-jour, par. 44 note 4, qui citent *St-Luc (Ville de) c. Clément*, [1992] R.J.Q. 2167 (C.S.), p. 37 ; *Excavation A. Lachapelle inc. c. Piette*, J.E. 85-312 (C.S.), p. 12 (ci-après « *Excavation A. Lachapelle* » ; appel rejeté, C.A., 200-10-000026-851, 13 septembre 1990) ; *Directeur des poursuites criminelles et pénales c. Centre de traitement BSL inc.*, 2009 QCCQ 4872, par. 28 à 31, et *Québec (Procureur général) c. Granby*, J.E. 95-7 (C.Q.), p. 8. Il existe plusieurs autres décisions au même effet, dont notamment *Québec (Procureur général) c. Giguère et Geoffroy inc.*, 2011 QCCS 2278, par. 51 à 59 (ci-après « *Giguère et Geoffroy* » ; appel rejeté : 2012 QCCA 2255) ; *Granicor inc. c. Québec (Procureur général)*, J.E. 97-1631 (C.S.), p. 18 à 20 et *Québec (Procureur général) c. St-Romuald Construction inc.*, J.E. 93-1624 (C.Q.) p. 22, qui réfère à *Québec (Procureur général) c. New-Brunswick International Paper*, Cour provinciale, juge Sarto Cloutier, 105-27-000660-76, 4 juillet 1980 et à *Piette c. Saint-Amand*, Cour des sessions de la Paix, Trois-Rivières, 400-27-002478-78, 27 mars 1979. Pour une étude poussée de ces termes, voir Martin PAQUET, « Les prohibitions de l'article 20 », dans Robert DAIGNEAULT et Martin PAQUET, *L'environnement au Québec*, Brossard, Wolters Kluwer Québec, 1994-mises-à-jour, par. 10 160, p. 2,091 à 2,093, selon qui les « tribunaux s'en

la Cour d'appel dans *Iredale* modifie significativement la portée des termes en question et contredit directement la jurisprudence existante sans suivre ni même mentionner les critères applicables à la modification d'un précédent⁶⁸.

Les difficultés provoquées par l'interprétation adoptée dans *Iredale* ne s'arrêtent pas là, puisque l'expression « susceptible de porter atteinte » est utilisée dans d'autres dispositions centrales de la L.Q.E., y compris l'article 22 L.Q.E.⁶⁹. La jurisprudence interprétant ces termes dans le contexte de l'article 22 L.Q.E. est aussi à l'effet qu'ils prohibent la capacité, le potentiel ou la simple possibilité objective plutôt que la probabilité avérée d'une atteinte à l'environnement⁷⁰. Pour parvenir à sa conclusion dans *Iredale*, la Cour d'appel ignore donc le principe d'uniformité d'expression qui veut que les termes « susceptible de porter atteinte » aient un seul et même sens où qu'il apparaissent tout au long de la *Loi sur la qualité de l'environnement*⁷¹.

remettent au sens usuel de « susceptible » qui, lorsque suivi d'un verbe à l'infinitif, signifie « qui peut... qui a la capacité de, une capacité latente... (alors que capable implique une capacité permanente reconnue)... » et reconnaissent que ce qualificatif « implique une possibilité et non pas une certitude qui ne pourrait être acquise qu'après le fait... » et ce, par respect pour « ...l'intention manifestement préventive du législateur... ». » (p. 2,092).

68. À propos des critères à suivre pour modifier un précédent, voir *Canada (Procureur général) c. Confédération des syndicats nationaux*, 2014 CSC 49, par. 22 à 27, *Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101, par. 38 à 47, *Canada c. Craig*, 2012 CSC 43, par. 24 à 31, et *Ontario (Procureur général) c. Fraser*, 2011 CSC 20, par. 52 à 60, et 129 à 151, de même que Neil FINKELSTEIN et Ronald PODOLNY, « *Canada v. Craig – The Common Law as the Servant of Society* », (2012) 91 *R. du B. Can.* 455. À propos de l'interprétation des termes « susceptible de porter atteinte », la Cour d'appel ne semble pas s'être expressément prononcée dans le cadre de l'article 20 L.Q.E., ce qui limite le caractère contraignant de la règle du respect des précédents, mais elle a rejeté à deux reprises l'appel de décisions où cette question était centrale (*Excavation A. Lachapelle*, *supra*, note 67 ; *Giguère et Geoffroy*, *supra*, note 67), et elle a procédé à l'interprétation de ces termes dans le cadre de l'article 22 L.Q.E. : *Auto-Core Désulmé c. Québec (Procureur général)*, [2005] R.J.Q. 49 (C.A.) (ci-après « *Auto-Core Désulmé* »), par. 26, 27, 32 et 34.
69. Selon la Cour d'appel dans *Lafarge Canada inc. c. Procureur général du Québec*, [1994] R.J.Q. 1832 (C.A.) (ci-après « *Lafarge Canada* »), p. 1835, les articles 20 et 22 L.Q.E. forment l'épine dorsale de la *Loi sur la qualité de l'environnement* et fonctionnent en tandem, l'aspect préventif du second complétant l'aspect curatif du premier.
70. *Auto-Core Désulmé*, *supra*, note 68, et *Québec (Procureur général) c. Aliments Breton inc.*, 2008 QCCQ 4715, par. 44 à 56.
71. Voir Pierre-André CÔTÉ, Stéphane BEAULAC et Mathieu DEVINAT, *Interprétation des lois*, 4^e éd., Montréal, Thémis, 2009, p. 382 à 384, qui réfère notamment à *Schwartz c. Canada*, [1996] 1 R.C.S. 255, p. 289. Conformément au principe d'uniformité d'expression, la Cour d'appel interprète le mot « entreprendre » utilisé à l'article 22 L.Q.E. en considérant les autres occurrences de ce mot dans la *Loi* : *Lafarge Canada*, *supra*, note 69.

Finalement, l'interprétation retenue par la Cour d'appel restreint la portée de l'article 20 L.Q.E., ce qui va à l'encontre de la règle d'interprétation voulant qu'il faille donner à cette prohibition un sens aussi large que possible⁷².

Ces difficultés relatives à l'interprétation du troisième critère d'application du troisième volet de la prohibition de l'article 20 L.Q.E. sont d'autant plus aiguës que les motifs de la Cour d'appel dans *Iredale* sont désormais repris par les tribunaux, concrétisant ainsi un changement jurisprudentiel inexprimé qui fait table rase des décisions antérieures⁷³.

Le traitement du quatrième critère d'application du troisième volet de la prohibition de l'article 20 L.Q.E. relatif à l'objet dont l'altération est prohibée par le rejet de contaminants dans l'environnement appelle aussi quelques commentaires. Tel que mentionné plus haut, l'article 20 prohibe les atteintes ou préjudices *soit d'une part*, à la vie, à la santé, à la sécurité, au bien-être *ou* au confort de l'être humain – *ou d'autre part* à la qualité du sol, à la végétation, à la faune *ou* aux biens :

20. [...] La même prohibition s'applique à l'émission, au dépôt, au déchargement ou au rejet de tout contaminant [...] susceptible de porter atteinte à la vie, à la santé, à la sécurité, au bien-être ou au confort de l'être humain, de causer du dommage ou de porter autrement préjudice à la qualité du sol, à la végétation, à la faune ou aux biens. (Soulignements ajoutés)

À cet égard, la Cour d'appel écrit que le fardeau du Requé- rant est « fort lourd » parce qu'il lui faut établir que le bruit des activités du circuit de course automobile porte atteinte à la santé,

72. Selon *Québec (Procureur général) c. Gestion environnementale Nord-Sud inc.*, 2012 QCCA 357 :

« [114] En ces temps où notre société est régulièrement confrontée à des questions fondamentales d'ordre écologique, lorsque les enjeux nécessitent de juger de la portée d'une décision de l'État rendue en cette matière ou encore d'interpréter une législation à caractère environnemental, je n'hésite pas à dire, en cas de doute et dans les limites des attributions conférées aux tribunaux, qu'il y a lieu de privilégier toute interprétation favorisant le plein épanouissement du droit à la qualité de l'environnement, à sa protection et à sa sauvegarde. » Au même effet, voir *Giguère et Geoffroy*, *supra*, note 67, par. 25.

73. Par exemple, dans un dossier relatif à l'exercice de la discrétion ministérielle en vertu de l'article 22 L.Q.E., la Cour supérieure réfère aux motifs d'*Iredale C.A.*, *supra*, note 12, à l'égard de l'article 20 L.Q.E. pour conclure que la disposition renvoie à la probabilité d'un préjudice : *Centre québécois du droit de l'environnement*, *supra* note 65, par. 18 et 26.

au confort et au bien-être de l'être humain⁷⁴. Deux remarques s'imposent à ce sujet.

Premièrement, la Cour fait abstraction des préjudices à la faune que le bruit est susceptible d'entraîner. La lecture du jugement de première instance permet de conclure que le dossier a été monté uniquement en fonction d'une preuve de nuisance, c'est-à-dire des inconvénients que peuvent subir des personnes établies à proximité du circuit⁷⁵. Dans ce contexte, la Cour d'appel ne peut porter son attention au-delà de l'aspect anthropocentrique de la prohibition de l'article 20 *in fine*. Néanmoins, une preuve prépondérante à l'effet que des animaux sauvages subissent un préjudice à cause des bruits émis par les activités de course automobile aurait, en principe, été suffisante pour entraîner l'application de l'article 20 L.Q.E.⁷⁶. Cette dimension purement environnementale de l'article 20 est absente du Règlement municipal de même que des considérations politiques et méthodologiques sur lesquelles il s'appuie⁷⁷. Ici encore, il appert nécessaire de souligner que les dispositions municipales et provinciales examinées en l'espèce ont une portée et des objectifs différents, bien qu'elles se superposent en partie.

Deuxièmement, la Cour d'appel reprend à plusieurs reprises l'énoncé de l'article 20 L.Q.E. *in fine* en le modifiant légèrement : plutôt que de parler d'« atteinte à la vie, à la santé, à la sécurité, au bien-être ou au confort de l'être humain » comme le fait le texte de la Loi, la Cour semble requérir la preuve d'une « atteinte à la vie, à la santé, à la sécurité, au bien-être et au confort de l'être humain »⁷⁸. C'est d'ailleurs ce qu'indique le passage suivant du jugement :

[83] On connaît la thèse de l'intimé : les règlements, sous couvert de limiter cette nuisance qu'est le bruit produit par les activités du circuit, ont plutôt pour objectif et effet d'autoriser ce bruit et, partant, d'autoriser l'émission d'un contaminant nuisible à la santé, au

74. *Iredale C.A.*, *supra*, note 12, par. 117.

75. *Iredale C.S.*, *supra*, note 13 par. 53 à 90.

76. L'aspect environnemental de la prohibition de l'article 20 *in fine* protège aussi le sol et les végétaux contre les atteintes potentielles. Cependant, il est difficile pour un profane d'imaginer comment un bruit d'automobile pourrait endommager le sol ou une plante.

77. *Iredale C.S.*, *supra*, note 13 par. 53 à 90. Le texte intégral des règlements municipaux se trouve en annexe du jugement de première instance.

78. Voir *Iredale C.A.*, *supra*, note 12, par. 36, 83, 117, 120 et 138. *Contra* : voir par. 119 et 136.

bien-être et au confort des citoyens voisins, qui ne peuvent jouir de leur propriété en toute tranquillité. Or, cette autorisation est contraire à l'article 20 L.Q.E. qui proscriit justement l'émission de tout contaminant, incluant le bruit, susceptible d'attenter, entre autres choses, à la santé, au bien-être et au confort des êtres humains. (Soulignement ajouté)

La substitution répétée du mot « et » au mot « ou » est significative. Tandis que la préposition conjonctive « et » exige le cumul de plusieurs conditions, la particule disjonctive « ou » indique une alternative et requiert uniquement la présence d'un seul des éléments énumérés. Il est plus ardu d'établir qu'un bruit porte atteinte à la vie et au confort d'une personne qu'à la vie ou au confort d'une personne. La démonstration d'une atteinte à la vie est nécessaire dans le premier cas, tandis qu'une atteinte au confort est suffisante dans le deuxième cas.

3.2 L'application du droit aux faits

L'ensemble des motifs de la Cour d'appel relativement aux premier, troisième et quatrième critères d'application du troisième volet de la prohibition de l'article 20 L.Q.E. est lourd de conséquences. Tel qu'indiqué plus haut, une compréhension traditionnelle de l'article 20 L.Q.E. avant la décision *Iredale* aurait voulu que soient interdits les bruits qui, de manière générale ou générique, peuvent être attentatoires à la santé des individus, à leur confort ou à leur bien-être. Toutefois, en modulant la portée de la prohibition et en ignorant plusieurs règles d'interprétation de même que la jurisprudence existante à l'égard de deux dispositions fondamentales de la *Loi sur la qualité de l'environnement*, la Cour d'appel parvient à conclure que l'article 20 L.Q.E. permet l'émission de bruit qui entraîne une simple possibilité ou un risque éventuel d'atteinte au confort ou au bien-être d'une personne.

Le passage d'une compréhension traditionnelle de la prohibition de l'article 20 L.Q.E. à une interprétation restreinte par les motifs de la Cour d'appel modifie l'application du droit aux faits en l'espèce. La preuve au dossier amenait la Cour supérieure à considérer que le bruit émis par les activités du circuit pendant les courses et les essais « dépassait l'entendement » et contrevenait à

l'interdiction de l'article 20 L.Q.E.⁷⁹. Par contre, la preuve au dossier ne semble pas être suffisante pour démontrer une contravention à la loi selon l'interprétation de l'article 20 L.Q.E. retenue par la Cour d'appel, comme le montre notamment le passage suivant⁸⁰ :

[120] Les divers rapports d'experts produits par l'intimé Iredale établissent sans doute, que, de manière générale et, si l'on veut, générique, le bruit peut être attentatoire à la santé des individus, à leur confort et à leur bien-être, mais aucun de ces rapports ne démontre selon le standard de la prépondérance que tel serait le cas *en l'espèce* du bruit produit par les activités spéciales et les essais tenus sur le circuit depuis l'entrée en vigueur du règlement (2006)-53-2 et, plus encore, celle du règlement (2009)-53-3. (Soulignement ajouté)

Mais la Cour d'appel ne s'arrête pas là, puisque la preuve au dossier démontre plus qu'une simple possibilité objective d'atteinte à la santé au confort ou au bien-être. La Cour concède effectivement que les activités du circuit sont parfois la source d'un bruit intense⁸¹, qui requiert que deux personnes crient pour discuter⁸², qui force plusieurs voisins à garder leurs portes et fenêtres fermées en tout temps et à renoncer aux activités extérieures⁸³, qui cause des migraines et des malaises physiques chez une personne⁸⁴, que le Requéant considère dérangeant⁸⁵, et

79. Voir *Iredale C.S.*, *supra*, note 13 par. 75 à 79, 113, et 114. Le jugement de première instance est étonnamment avare de détail quant à la preuve du bruit effectivement émis par le circuit.

80. Voir aussi *Iredale C.A.*, *supra*, note 12, par. 119, 134, 137 et 138.

81. *Ibid.*

82. *Ibid.*, par. 130.

83. *Ibid.*, par. 131 à 135.

84. *Ibid.*, par. 132.

85. *Ibid.*, par. 136. À cet égard, il est étonnant que la Cour d'appel écarte le témoignage du Requéant à l'effet que le bruit le dérange à tout le moins dans son confort ou son bien-être au motif qu'il s'agit simplement de sa perception personnelle. La Cour modifie l'interprétation de l'article 20 L.Q.E. pour établir que cette disposition ne prohibe non plus la simple possibilité objective, latente et non avérée, que l'émission d'un bruit porte atteinte au confort mais plutôt une probabilité raisonnable d'atteinte : *ibid.*, par. 101, et *supra*, notes 42 à 50. Or, la Cour écarte une preuve directe par témoignage que le confort d'un individu est et a été compromis par l'émission d'un bruit, ce qui constitue à tout le moins une probabilité raisonnable qu'un bruit porte atteinte au confort de la personne. Qui plus est, la Cour reproche au témoignage du Requéant sa nature subjective alors qu'elle dit de la prohibition de l'article 20 L.Q.E. qu'il s'agit d'« une norme subjective et forcément tributaire d'un examen factuel, contextualisé et individualisé des situations qu'elle est susceptible de viser » : *ibid.*, par. 99. Contrairement aux motifs d'*Iredale*, la Cour d'appel prend en considération le témoignage de citoyens afin d'établir l'émanation d'odeurs inconfortables au sens de l'article 20 L.Q.E.

qui cause somme toute des « inconvénients “auditifs” occasionnels »⁸⁶.

De tels éléments pourraient laisser penser qu'il existe suffisamment de preuve au dossier pour conclure à une probabilité raisonnable d'atteinte, c'est-à-dire à une contravention à l'article 20 L.Q.E. même selon l'interprétation restrictive retenue par la Cour⁸⁷.

La Cour d'appel procède donc à la réévaluation des conclusions de fait de la Cour supérieure pour finalement retenir une absence de preuve prépondérante voulant que le Requérant ne s'est pas acquitté de son fardeau, sans qu'il ne soit possible d'identifier quelque passage que ce soit dans les motifs de la Cour d'appel à l'effet que le juge de première instance aurait commis une erreur manifeste et dominante dans son appréciation du dossier⁸⁸.

3.3 Le caractère conciliable des dispositions

Le raisonnement et les conclusions de la Cour d'appel visent à établir s'il existe ou non une « incompatibilité opérationnelle »

dans *Alex Couture*, *supra*, note 68 : « Les citoyens entendus ont été aussi affirmatifs quant à la nature des odeurs qui les ont incommodés au point d'obliger certains d'entre eux à rester à l'intérieur de leur maison, portes et fenêtres fermées. » Au même effet, voir *Piedmont (Municipalité de) c. Morin*, J.E. 88-41 (C.S.), p. 20.

86. *Ibid.*, par. 138.

87. Dans *ibid.*, par. 138, la Cour semble restreindre encore davantage la portée du 3^e volet de la prohibition de l'article 20 L.Q.E. puisqu'elle requiert que des bruits « mettent en péril » la santé, le confort et le bien-être des voisins pour être assujettis à la prohibition. Quoi qu'il en soit, il n'est pas pertinent qu'il existe ou non une contravention à l'article 20 L.Q.E. pour répondre aux questions posées en l'instance : voir *ibid.*, par. 31, et plus bas le texte de la partie 3.3.

88. Voir *ibid.*, par. 117 à 138. La tension entre l'interprétation traditionnelle des termes « susceptible de porter atteinte » et le fardeau de preuve requis pour démontrer une contravention à l'article 20 L.Q.E. ne semble pas encore avoir fait l'objet d'une étude détaillée. Cette tension est apparente lorsqu'on compare d'une part les motifs de la Cour d'appel dans *Iredale* relativement à la preuve prépondérante, ou la discussion relativement au « test de nocivité » dans Dominique AMYOT-BILODEAU et Paule HALLEY, *supra*, note 67, par. 43, avec d'autre part les considérations d'Odette NADON, « Les volets de l'article 20 ont-ils besoin d'être changés ? », dans Service de la formation continue du Barreau du Québec, *Développements récents en droit de l'environnement*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2007, p. 297, p. 340, qui visent le contexte pénal mais restent pertinentes : « [D]ans les dossiers de plaintes pénales portées sous l'article 20 L.Q.E., la preuve que la poursuite doit faire pour qu'il y ait renversement du fardeau de preuve sur les épaules du contrevenant est généralement très mince. En effet, l'atteinte à

entre le Règlement municipal et l'article 20 L.Q.E.⁸⁹. La Cour désire démontrer qu'il n'est pas impossible de respecter en même temps les deux normes⁹⁰.

Pour ce faire, la logique suivie par la Cour s'articule ainsi : au plan pratique, les faits au dossier relatifs à l'émission de bruit par les activités du circuit de course automobile montrent qu'il n'y a aucune contravention à l'article 20 L.Q.E.⁹¹ ; au plan théorique, les contraintes opérationnelles imposées par le Règlement municipal aux activités du circuit relativement au nombre, au moment, à la durée et à la fréquence des événements, constituent précisément un encadrement qui permet d'assurer le confort et le bien-

l'environnement peut être importante ou mineure, pourvu qu'elle soit plus que négligeable. Souvent, la poursuite n'aura même pas à faire la preuve des effets négatifs sur l'environnement. Par exemple, dans *Ville de Saint-Luc*, la Cour supérieure a retenu que le rejet d'eaux usées dans le canal Chambly qui est très pollué constitue une émission de contaminant au sens de l'article 20 L.Q.E. même si le milieu récepteur est déjà très dégradé. Il y a alors augmentation de la charge polluante. Il n'est donc pas nécessaire de démontrer le degré de détérioration de l'environnement ni les effets que le rejet produit sur les êtres humains, sur la faune et sur la flore. De fait, même si l'impact est de peu d'importance et de peu de conséquences à long terme, on tient pour acquis que le rejet est prohibé. Cette approche tient compte, sans qu'il y ait besoin de le prouver, de l'effet cumulatif de différents contaminants dans l'environnement. Elle évite ainsi l'excuse de prétendre que le rejet est sans grande conséquence dans certains cas. En effet, combien faut-il de pollueurs avant que l'on se soucie des impacts sur l'environnement ? Qui est plus à blâmer ? Le premier pollueur d'un milieu ou le dernier ? Si c'est la goutte qui fait déborder le vase, tous ceux qui ont contribué à le remplir ne sont-ils pas responsables ? » (Références omises ; soulignements ajoutés). La décision récente *Yale c. Québec (Développement durable, Environnement, Faune et Parcs)*, 2014 QCTAQ 04832, par. 125 à 162, poursuit la réflexion à ce sujet. Voir aussi Johanne VÉZINA, « La preuve technique et scientifique en droit pénal environnemental », dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, *Développements récents en droit de l'environnement*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000, p. 273, de même que Richard GATHERCOLE, « Evidentiary Challenges Improving Causation and Future Risk in Environmental Litigation and Administrative Decision-Making », p. 187, Nicole DUVAL-HESLER, « Le rôle des témoins-experts dans les causes de nature environnementale », p. 211, et Michael JEFFERY, « Proving Causation and Future Risk in the Course of Environmental Decision-Making », p. 223, tous dans Institut canadien d'administration de la justice, *La recevabilité et l'appréciation de la preuve dans un monde complexe*, Montréal, Thémis, 1995. Quant à l'erreur manifeste et dominante, il s'agit du critère qui, en principe, permet à une cour d'appel d'intervenir à l'égard de l'appréciation des faits par un tribunal de première instance : voir *Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2 R.C.S. 235. Le Requêteur a d'ailleurs invoqué l'absence d'erreur manifeste et dominante de la part du juge de première instance dans son mémoire d'autorisation d'appel devant la Cour suprême : *Mémoire du Demandeur (Intimé) en autorisation d'appel à la Cour suprême du Canada en appel d'un jugement de la Cour d'appel du Québec*, p. 181 par. 72.

89. *Iredale C.A.*, *supra*, note 12, par. 82, 89, 107, 110 à 113 et 139.

90. *Ibid.*

91. Cette étape réfère à l'ensemble des motifs étudiés plus haut dans la partie 3.

être de la personne⁹² ; par conséquent, il n'existe aucun conflit entre les deux normes, c'est-à-dire que le Règlement municipal et l'article 20 L.Q.E. sont compatibles au sens de l'article 3 L.C.M. :

[140] En résumé, la formule réglementaire qu'a choisie la Ville est conciliable avec le texte et l'esprit de l'article 20 L.Q.E. L'analyse contextuelle montre qu'il n'y a entre eux aucun conflit. Le texte du règlement actuel (tel que modifié successivement par les règlements (2006)-53-2 et (2009)-53-3) et celui de l'article 20 L.Q.E. peuvent coexister et s'appliquer de concert, le premier étant en définitive une expression concrète et particularisée ou, si l'on préfère, une mise en œuvre du second, qui énonce pour sa part une norme générale pouvant s'accommoder d'un éventail de possibilités. Manifestement, celle qu'a choisie la Ville, compte tenu de l'ensemble des facteurs à considérer, n'est pas déraisonnable.

La conclusion de la Cour d'appel à l'effet que le Règlement municipal et l'article 20 L.Q.E. sont conciliables apparaît incontestable. Cependant, le raisonnement suivi par la Cour pour en arriver à cette conclusion semble spécieux. En particulier, les étapes abondamment motivées de ce raisonnement quant à la portée générale et à l'application pratique en l'espèce de l'article 20 L.Q.E. sont inutiles.

Une illustration basée sur un cas hypothétique permet de comprendre en quoi la Cour n'a pas besoin de procéder à de tels développements. Imaginons que, contrairement à ce que la Cour conclut, l'article 20 L.Q.E. impose une norme stricte et objective qui empêche l'émission de bruit au-delà d'un certain seuil spécifique. Imaginons aussi que le Règlement municipal, contrairement à ce que la Cour conclut, exempte de toute contrainte le bruit émis par les activités de course et d'essai sur le circuit automobile⁹³.

Même dans ce cas hypothétique où les deux normes ont des effets totalement divergents, elles restent entièrement compatibles⁹⁴. Le Règlement municipal n'oblige pas à émettre plus de bruit que le seuil maximal de l'article 20 L.Q.E., mais permet tout simplement d'émettre des bruits de n'importe quelle force, y

92. Voir *ibid.*, par. 70 à 72, 86, 87, 114 à 116, et 139 à 143.

93. Cette illustration hypothétique correspond presque à la façon dont le juge de première instance percevait le dossier.

94. Ce qui implique que la conclusion du jugement de première instance resterait erronée.

compris tous les bruits dont l'intensité est moindre que le seuil maximal imposé par l'article 20 L.Q.E. De toute évidence, il est certainement possible de respecter les deux dispositions : il suffit d'émettre moins de bruit que le seuil maximal imposé par article 20 L.Q.E. Le Règlement municipal ne force jamais celui qui y est assujetti à contrevenir à l'article 20 L.Q.E.

Le raisonnement qui débouche sur un constat de compatibilité entre les deux normes divergentes de cet exemple hypothétique est *a fortiori* valide dans le contexte de l'affaire *Iredale* puisque la Cour d'appel considère que les dispositions municipales et provinciales sont au même effet. Dans *Iredale*, le Règlement municipal et l'article 20 L.Q.E. permettent tous deux d'émettre du bruit dans une certaine mesure, mais la portée de ces deux normes diffère légèrement, de telle sorte que les contraintes spécifiques imposées à l'émission de bruit varient d'une norme à l'autre. Pour s'assurer de respecter la loi, il suffit simplement de se conformer à celle des deux normes qui est la plus exigeante selon la situation particulière dans laquelle on se trouve.

C'est exactement ce critère que la jurisprudence applique pour conclure que deux normes sont conciliables : la Cour d'appel dans *Iredale* cite justement un passage de la Cour suprême à l'effet qu'« il existe un conflit réel et direct seulement lorsqu'un texte impose ce que l'autre interdit »⁹⁵. Par exemple, les normes auraient été incompatibles si l'une avait obligé les activités de course à émettre du bruit tandis que l'autre aurait prohibé tout son en provenance du circuit. Puisque le Règlement municipal et l'article 20 L.Q.E. permettent tous deux d'émettre du bruit à des degrés différents, il est impossible de conclure que l'observance d'une norme entraîne l'inobservance de l'autre, ou qu'elles demandent aux mêmes citoyens d'accomplir des actes incompatibles, comme le requiert le test applicable pour conclure à un conflit entre des dispositions municipales et provinciales⁹⁶.

95. Voir *Iredale C.A.*, *supra*, note 12, par. 109, et *Spraytech*, *supra*, note 5, par. 38. Autrement dit, il est possible que la Cour ait confondu « un texte impose ce que l'autre interdit » avec « un texte permet ce que l'autre interdit » (*Iredale C.A.*, *supra*, note 12, par. 141) dans l'application du test de compatibilité en l'instance, ce qui lui demandait alors de procéder aux développements exhaustifs relativement à l'article 20 L.Q.E.

96. Voir *Spraytech*, *supra*, note 5, par. 34 à 39, et *Multiple Access*, *supra*, note 35, p. 187.

3.4 Les répercussions d'*Iredale* par rapport à l'application de la L.Q.E.

Dans ce contexte, il n'est pas pertinent de procéder à la démonstration détaillée que les faits en l'instance n'impliquent aucune contravention à l'article 20 L.Q.E. Le caractère compatible des deux normes ne peut pas être affecté par l'existence d'un acte contrevenant au Règlement municipal mais pas à l'article 20 L.Q.E., ou vice-versa, d'un acte contrevenant à l'article 20 L.Q.E. mais pas au Règlement municipal. S'il fallait que deux normes deviennent incompatibles dès qu'elles assignent des conséquences juridiques différentes à un même acte, la démonstration du caractère compatible requerrait une identité parfaite entre les normes. Un tel fardeau nierait toute possibilité de coexistence véritable et effective entre des dispositions municipales et provinciales.

Il faut donc conclure que les motifs relatifs à l'application de l'article 20 L.Q.E. dans *Iredale* sont, tout au plus, un *obiter*. Les questions en litige que la Cour d'appel devait trancher ont uniquement trait à la validité et à l'application du Règlement municipal, mais ne sont aucunement liées à l'application de la *Loi sur la qualité de l'environnement*⁹⁷. Néanmoins, les faits dans *Iredale* soulèvent effectivement deux problématiques d'application de la *Loi sur la qualité de l'environnement*. Ces deux problématiques pourraient se répercuter devant les tribunaux encore pendant quelque temps. D'ailleurs, c'est ce à quoi la doctrine s'attend et ce qu'indique la jurisprudence⁹⁸. Il apparaît alors opportun d'en explorer les ramifications pour circonscrire la portée d'*Iredale* compte tenu de ce qui précède.

Premièrement, le débat devant la Cour supérieure dans *Iredale* incluait la contestation par le Requérent de la validité d'un certificat d'autorisation émis par le MDDELCC pour permettre la construction et l'opération d'une piste de karting à partir de 2009 à côté du circuit de course préexistant⁹⁹. La validité du certificat ministériel ne réfère pas à l'article 20 mais plutôt aux articles 22 et suivants L.Q.E.¹⁰⁰. En l'instance, la Cour supérieure

97. *Iredale C.A.*, *supra*, note 12, par. 31.

98. Voir *Centre québécois du droit de l'environnement*, *supra*, note 73. Selon François BOUCHARD, *supra*, note 12, p. 166, « il s'agit d'une histoire à suivre ».

99. Voir *Iredale C.S.*, *supra*, note 13, par. 4, questions 4.15 et 4.16.

100. Relativement à l'interaction entre les deux articles, voir *Lafarge Canada*, *supra*, note 69.

considère que l'utilisation du large pouvoir discrétionnaire dont dispose le MDDELCC en vertu des articles 22 et 24 L.Q.E. pour octroyer ou non un certificat est raisonnable et légale¹⁰¹.

Cependant, le contrôle judiciaire de l'octroi du certificat semble temporaire plutôt que définitif. Le juge de première instance insiste sur le caractère préliminaire de sa conclusion à l'effet que l'exercice du pouvoir discrétionnaire du MDDELCC sous l'article 22 L.Q.E. est raisonnable¹⁰². La portée liminaire du jugement à cet égard repose sur les conditions comprises dans le certificat par lesquelles l'opérateur du circuit doit, après la construction et le début des opérations, évaluer l'impact sonore réel des activités de karting et les cesser en cas de dépassement des limites de bruit¹⁰³. Le juge conclut qu'en « ce sens, la demande de nullité n'est pas tardive, mais plutôt prématurée »¹⁰⁴.

Ainsi, la Cour supérieure envisage l'hypothèse de contestations ultérieures portant sur la validité du certificat d'autorisation de la piste de karting si jamais les conditions d'opération qu'il impose permettent des bruits intolérables.

Si le cas se présentait, des considérations relatives à la chose jugée s'imposeraient sans nul doute¹⁰⁵. Quoi qu'il en soit, la qualification de la contestation de l'exercice du pouvoir ministériel sous l'article 22 L.Q.E. comme « prématurée » par la Cour supérieure apparaît inadéquate.

Le pouvoir dont dispose le MDDELCC en vertu de l'article 22 L.Q.E. s'exerce avant et non pas après que soit entrepris un projet, de telle sorte que le caractère raisonnable de la décision d'octroyer un certificat d'autorisation s'évalue non pas en fonction d'un projet déjà réalisé mais plutôt en fonction d'un projet hypothétique à

101. *Iredale C.S.*, *supra*, note 13, par. 204 à 221. Le Requéant n'a pas porté appel du jugement, de telle sorte que cette conclusion ne fait pas partie du débat devant la Cour d'appel.

102. *Ibid.*, par. 218, 219 et 221.

103. Les conditions sont résumées à *ibid.*, par. 207.

104. *Ibid.*, par. 219.

105. À l'égard de la chose jugée, voir l'article 2848 C.c.Q., *supra*, note 61, *Noël c. Société d'énergie de la Baie James*, [2001] 2 R.C.S. 207, par. 20 et *Matériaux Inter-Québec inc. c. Caisse populaire Grand-Coteau*, 2012 QCCA 1334, par. 50, qui énonce qu'on « ne peut remettre en cause l'autorité de la chose jugée au motif qu'on a découvert des arguments additionnels postérieurement au jugement... »

l'égard duquel il reste forcément des incertitudes¹⁰⁶. Les décisions discrétionnaires du Ministre en vertu de l'article 22 L.Q.E. peuvent s'avérer déraisonnables et illégales lorsqu'elles reposent sur les conséquences avérées d'un projet réalisé et non pas sur les impacts possibles d'un projet hypothétique¹⁰⁷. Le contrôle de la décision d'octroyer un certificat en fonction des impacts environnementaux observés après la réalisation d'un projet serait mal fondé parce qu'il doit porter sur les faits à la connaissance de l'autorité administrative dans le contexte où elle a rendu sa décision, c'est-à-dire avant qu'un projet ne soit entrepris.

Par conséquent, une nouvelle demande en contrôle judiciaire après la construction de la piste de karting et pendant son opération ne pourrait pas être évaluée dans le cadre des articles 22 et 24 L.Q.E. mais devrait plutôt référer à d'autres pouvoirs dont le MDDELCC dispose, notamment en vertu des articles 114, 115.10 et 122.2 L.Q.E.

Deuxièmement, la Cour supérieure a accueilli une requête en autorisation d'exercer un recours collectif dans le même contexte factuel qu'*Iredale* en date du 28 octobre 2013, soit environ trois mois après le jugement de la Cour d'appel¹⁰⁸. Bien qu'il s'agisse d'un recours en dommages-intérêts, l'une des principales questions traitées vise à déterminer si le bruit émanant du circuit de course porte atteinte au droit à un environnement sain¹⁰⁹. Les

106. Cependant, le MDDELCC semble pouvoir régulariser une activité entreprise sans certificat d'autorisation en contravention de l'article 22 L.Q.E. : voir Martin PAQUET, « Les contrôles de l'administration », dans Robert DAIGNEAULT et Martin PAQUET, *L'environnement au Québec*, Brossard, Wolters Kluwer Québec, 1994-mises-à-jour, par. 45 380, p. 9,161.

107. À cet effet, voir *St-Damien (Municipalité de) c. Québec (Ministre du Développement durable, de l'Environnement et des Parcs)*, 2012 QCCS 2897, par. 404 à 438, où la Cour supérieure s'exprime ainsi :

« [436] L'exercice de discrétion du ministre doit être évalué en fonction du dossier en cause. Ici, cette discrétion a été exercée de manière négligente.

[437] On ne peut abdiquer l'exercice du devoir du ministre de faire l'analyse du certificat. Le fait de faire porter les conséquences de ce choix sur les mesures à prendre après, si des problèmes surviennent, fait craindre que l'analyse du site projeté n'a pas été faite avec rigueur.

[438] La théorie du ministre est de soutenir qu'étant donné le peu de réglementation encadrant l'exercice de sa discrétion, il peut faire le choix de l'exercer après l'émission du certificat d'autorisation, dans le suivi des contrôles mis en place. Le tribunal considère cette approche comme déraisonnable. »

108. *Association des résidents de Mont-Tremblant pour la qualité de vie c. Courses automobiles Mont-Tremblant inc.*, 2013 QCCS 5308 (ci-après « *Association des résidents de Mont-Tremblant* »).

109. *Ibid.*, par. 7, 19, 34 et 36.

allégués des procédures sont trop sommaires pour identifier les questions précises que le recours soulève relativement à la *Loi sur la qualité de l'environnement*, mais l'existence de telles questions ne fait aucun doute puisque le droit à un environnement sain se fonde sur les dispositions de cette loi¹¹⁰.

Il semble utile de tracer les contours de ces questions pour autant que les motifs de la Cour d'appel dans *Iredale* puissent influencer sur le recours collectif¹¹¹. Or, à ce stade de l'analyse, les possibilités d'invoquer une contravention à la L.Q.E. ou à des dispositions afférentes dans le cadre du recours collectif s'amenuisent. D'abord, le peu de normes réglementant l'émission de bruit par un circuit de course automobile limite les possibilités de recours. La légalité du certificat autorisant la construction de la piste de karting en 2009 restreint aussi les opportunités d'action en justice¹¹². Ensuite, un recours en injonction, distinct du recours

110. Voir *Requête ré-amendée pour autorisation d'exercer un recours collectif et pour être désignée représentante* (Art. 1002 et suivants C.p.c.), 500-06-0000614-129, 8 octobre 2013 (ci-après « Requête ré-amendée »), par. 2.140 et 6.5. Le droit à un environnement sain qu'énonce l'article 46.1 de la *Charte des droits et libertés de la personne*, RLRQ, c. C-12 (ci-après « *Charte des droits et libertés* »), existe « dans la mesure et suivant les normes prévues par la loi », c'est-à-dire au premier chef dans la mesure prévue par les dispositions de la *Loi sur la qualité de l'environnement* : voir Sophie THÉRIAULT et Charles TREMBLAY-POTVIN, Fascicule 4 – « Droit à l'environnement », dans Jurisclasseur québec, *Droit de l'environnement*, Montréal, LexisNexis, 2012-mises-à-jour, par. 18 et 19, de même que Paule HALLEY et Denis LEMIEUX, « La mise en œuvre de la *Loi québécoise sur le développement durable* : un premier bilan », dans *Actes de la XVIII^e Conférence des juristes de l'État*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2009, p. 93, p. 125 et p. 126. Or, la Cour d'appel dans *Iredale C.A.*, *supra* note 12, par. 93 et 94, indique qu'aucune loi ou règlement autre que la L.Q.E. n'est de nature à s'appliquer à la présente affaire. Il s'ensuit que la question afférente au droit à un environnement sain dans la Requête ré-amendée doit référer aux dispositions de la L.Q.E. Quant à la réparation du préjudice pour atteinte illicite à un droit en vertu de l'article 49 *Charte des droits et libertés*, voir Sophie THÉRIAULT et Charles TREMBLAY-POTVIN, *supra*, par. 34 à 36, de même que David ROBITAILLE, « Les droits économiques et sociaux dans les relations État-particuliers après trente ans d'interprétation : normes juridiques ou énoncés juridiques symboliques ? », (2006) *Numéro thématique hors-série* – « *La Charte québécoise : origines, enjeux et perspectives* » R. du B. 455, 465 à 468.

111. Voir François BOUCHARD, *supra*, note 12, p. 165 et 166. Les décisions *Association des résidents de Mont-Tremblant pour la qualité de vie c. Courses automobiles Mont-Tremblant inc.*, 2013 QCCS 2249, et *Association des résidents de Mont-Tremblant pour la qualité de vie c. Courses automobiles Mont-Tremblant inc.*, 2013 QCCS 345, montrent à quel point les questions tranchées dans *Iredale* et soulevées dans *Association des résidents de Mont-Tremblant*, *supra*, note 108, sont étroitement liées.

112. Quant au petit nombre de normes, voir *Iredale C.A.*, *supra*, note 12, par. 93 et 94. Quant à la légalité du certificat de 2009, voir *Iredale C.S.*, *supra*, note 101. Les activités autorisées par un certificat et qui respectent en tout point les conditions de ce certificat ne peuvent faire l'objet d'un recours fondé sur une

collectif et fondé sur le défaut d'obtenir un certificat conformément à l'article 22 L.Q.E. pour modifier le circuit de course en 2001, est suspendu¹¹³. De plus, le circuit, tel qu'il était avant les travaux de modification de 2001, a été construit en 1964 et se trouve donc soustrait à l'obligation d'obtenir un certificat d'autorisation en vertu de l'article 22 L.Q.E. puisque cet article ne vise que les activités entreprises après le 21 décembre 1972¹¹⁴. Toutefois, l'exemption à l'article 22 L.Q.E. n'autorise pas à émettre des contaminants sonores dans l'environnement sans égard à la prohibition de l'article 20 L.Q.E., qui s'applique même aux activités entreprises avant 1972 et ne faisant pas l'objet d'un certificat¹¹⁵. On en revient donc à une problématique d'application de l'article 20 L.Q.E., ce qui force à considérer les motifs émis en *obiter* à cet égard par la Cour d'appel dans *Iredale*, avec les précautions qui s'imposent¹¹⁶.

4. CONCLUSION

La problématique relative à la validité et au caractère opérationnel de règlements municipaux lorsqu'il existe des dispositions provinciales visant le même objet revêt une importance particulière en matière de développement des ressources naturelles et de protection de l'environnement.

L'écart se creuse à plusieurs égards entre, d'une part, les orientations politiques du palier provincial accentuées par la centralisation accrue des pouvoirs administratifs dans une logique de guichet unique, et d'autre part, l'opinion des citoyens guidée par des sensibilités locales à propos de problèmes singuliers et protéiformes.

Les municipalités se situent à la confluence des tensions générées par cet écart croissant. Compte tenu de la perméabilité des pouvoirs locaux face à la société civile, la réglementation

contravention à l'article 20 L.q.e. : voir *Gestion Serge Lafrenière inc. c. Calvé*, [1999] R.J.Q. 1313 (C.A.).

113. Voir *Iredale c. Stroll*, 2008 QCCS 3008, par. 18 à 28, et Requête ré-amendée, *supra*, note 110, par. 2.99 à 2.102.

114. Voir *Lafarge Canada*, *supra*, note 69.

115. Voir Dominique AMYOT-BILODEAU et Paule HALLEY, *supra*, note 67, par. 22 à 24.

116. À l'égard de précautions qui s'imposent, voir plus haut les parties 3.1. et 3.2. Quant à l'application de la règle du *stare decisis* relativement à un *obiter*, voir *supra*, note 68.

municipale est appelée à diverger du cadre législatif provincial plus les intérêts hétérogènes de groupements citoyens s'éloignent des politiques provinciales uniformisatrices.

Dans ce contexte, le palier municipal sera peut-être l'une des principales lignes de front dans le contentieux afférent au développement des ressources naturelles et de protection de l'environnement au cours des prochaines années. Ceci conférerait un rôle incontournable aux mécanismes de conciliation entre la réglementation municipale et la législation provinciale.

L'intérêt de l'affaire *Iredale* provient en bonne partie de son impact sur le test de compatibilité entre les dispositions provinciales et municipales. D'une part, les interrogations que soulèvent les motifs d'*Iredale* doivent être résolues au gré des dossiers qui aboutiront en cour. D'autre part, l'application de l'approche proposée par la Cour d'appel dans *Iredale* pourrait modifier l'étendue du domaine dans lequel la réglementation municipale est opérante. L'expression du principe de subsidiarité s'en trouverait favorisée ou inhibée selon que l'étendue de ce domaine est accrue ou réduite.

La preuve de la succession internationale en droit québécois : ces étranges lettres de vérification destinées à l'étranger

Naivi CHIKOC BARREDA

Résumé

Au Québec, la preuve des droits découlant d'une succession internationale s'obtient au moyen des « lettres de vérification » délivrées judiciairement ou par voie notariale. Cette procédure spéciale de nature gracieuse vise à apporter la démonstration de la dévolution successorale *ab intestat* ou testamentaire devant une juridiction hors Québec. Les éléments d'extranéité pris en considération par le régime juridique des lettres de vérification imposent le recours aux règles de conflit de lois pour la détermination de la loi applicable à la succession. Cependant, le raisonnement conflictuel est absent des interprétations doctrinale et jurisprudentielle en la matière, ce qui conduit à la négation de la spécificité des rapports privés internationaux. En passant outre l'élément international de la succession, l'autorité compétente écarte de façon injustifiée l'éventuelle application d'une loi successorale étrangère au profit de la *lex fori*. Par ailleurs, avec cet acte spécial « destiné à l'étranger », le législateur québécois prétend assurer l'efficacité internationale du rapport de droit qu'il consacre. Or, une telle prétention échoue dès lors que l'admission des effets normatifs des actes publics étrangers dépend des règles de reconnaissance de l'État d'accueil et non pas de celles fixées par l'État d'origine de l'acte. Cette étude se veut une réflexion théorique sur l'influence de la règle de conflit dans le régime juridique des lettres de vérification et sur la reconnaissance de leurs effets d'un point de vue international.

La preuve de la succession internationale en droit québécois : ces étranges lettres de vérification destinées à l'étranger

Naivi CHIKOC BARREDA

1. Présentation de la problématique	397
2. Évolution des règles relatives aux lettres de vérification et conflit de lois	400
2.1 Conception élargie des lettres de vérification : la non exigence du dernier domicile au Québec dans les règles de procédure	401
2.2 Conception restrictive des lettres de vérification : l'exigence du dernier domicile au Québec dans les règles de procédure	403
2.3 Retour à une conception élargie des lettres de vérification : l'influence du domicile dans les nouvelles règles de compétence	406
3. Contenu et effets des lettres de vérification	407
4. Les lettres de vérification et la loi applicable à la succession	414
4.1 L'élément d'extranéité dans la procédure des lettres de vérification et la règle de conflit successorale.	414

4.2	Le mépris de l'élément d'extranéité au détriment de la règle de conflit successorale dans la pratique jurisprudentielle	417
5.	Reconnaissance internationale des lettres de vérification	421
5.1	Observations critiques préliminaires.	421
5.2	Le double aspect de la reconnaissance internationale des lettres de vérification.	423
A.	La reconnaissance de la force probante de l' <i>instrumentum</i> : particularités des lettres de vérification	423
1)	Les lettres de vérification constatées par acte notarié	423
2)	Les lettres de vérification constatées par décision judiciaire	425
B.	La reconnaissance de la validité du <i>negotium</i> constaté par les lettres de vérification	426
1)	Admission de la reconnaissance des lettres de vérification	427
2)	Rejet de la reconnaissance des lettres de vérification	429
6.	Notes finales.	433

1. Présentation de la problématique

L'étude des lettres de vérification s'avère essentielle à celui qui s'interroge sur l'existence en droit québécois d'un titre formel destiné à apporter la preuve des droits héréditaires. La nécessité de la constatation par acte public de la dévolution successorale et de la condition de liquidateur du patrimoine héréditaire est à l'origine de la conception, dans de nombreux États, d'une procédure de juridiction volontaire dont la compétence est attribuée soit à des instances judiciaires soit à des officiers exerçant par délégation une parcelle de l'autorité publique, au premier rang desquels les notaires. La démonstration la plus actuelle d'une telle nécessité sociale à l'échelle internationale est l'adoption d'un « certificat successoral européen » par le récent *Règlement n° 650/2012 du Parlement européen et du Conseil relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions, et l'acceptation et l'exécution des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen* du 4 juillet 2012.

Le sujet de la preuve de la dévolution successorale en droit québécois, et notamment, celui des lettres de vérification n'ont fait l'objet d'aucune étude monographique jusqu'à présent. Nous attribuons la cause de cette apathie doctrinale au silence du législateur quant à l'existence d'un instrument de preuve des droits successoraux en droit interne, laissant ainsi aux praticiens rédacteurs des « déclarations d'hérédité » un rôle marginal de création juridique pour la protection des intérêts des héritiers et des tiers¹.

1. « En cas de dévolution légale, il faudra tantôt produire une déclaration d'hérédité et de transmission, tantôt obtenir des lettres de vérification en suivant la procédure établie à cette fin pour établir le droit des héritiers » : Marc-André LAMONTAGNE, avec la collaboration de Denys-Claude LAMONTAGNE et Julien S. MACKAY, « Le règlement des successions à la suite de l'abolition des droits successoraux », (1987) 1 *C.P. du N.* 355, par. 67. Les « déclarations d'hérédité » notariées ne sont reconnues par aucun texte légal au Québec. Elles sont un produit de création notariale qui répond aux besoins sociaux de preuve des qualités héréditaires. Cette difficulté rappelle l'origine de l'utilisation par les notaires français de l'acte de notoriété pour la constatation des droits héréditaires dans l'absence d'une preuve légale à cet effet, solution factuelle qui a finalement été adoptée par la loi du 3 décembre 2001 ayant introduit l'article 750-1 du Code civil français : voir Philippe MALAURIE, « Le rôle du notaire dans le développement du droit français », (2004) *Defrénois* 9, par. 17.

Selon une opinion, la preuve des droits héréditaires ne serait pas nécessaire compte tenu de la connaissance des lois du Québec par les opérateurs juridiques intervenant dans un règlement successoral ayant lieu au Québec². Cet argument doit être rejeté d'emblée. La fonction d'un titre attestant l'existence des droits successoraux répond à un impératif de sécurité juridique qui réclame l'intervention d'une autorité publique pour la constatation formelle de la dévolution successorale découlant des règles légales abstraites. Alors que la loi prend en considération les liens conjugal et de parenté pour l'attribution des droits héréditaires par le biais d'une catégorisation générique dans l'énoncé normatif (ordres successoraux *ab intestat*), le titre formel individualise les règles légales de la dévolution en identifiant les successibles dans un cas déterminé. Ce dernier ne se substitue donc pas à une soi-disant présomption de connaissance du droit québécois par les tiers, mais à la nécessité de concrétiser la dévolution successorale pour l'exercice des droits qui en résultent.

Tirillées entre leur aspect procédural, minutieusement réglementé, et leur aspect substantiel de droit international privé, inexcusablement méprisé, les lettres de vérification demeurent l'une des institutions les plus inconnues en droit privé québécois. Leur nom n'est pas moins équivoque, suggérant ainsi une certaine parenté avec les « *letters of administration* » du système successoral anglo-saxon qui vient fausser leur finalité particulière au sein de notre ordre juridique. Le terme « vérification » porte également à confusion dès lors qu'il peut être associé à la vérification des testaments olographes et devant témoins, ce qui n'est pas sans rappeler la procédure anglo-saxonne du *probate*.

Il faut se garder de confondre les lettres de vérification avec les mécanismes judiciaires du *probate* et des *letters of administration* qui sont le fruit de la conception successorale des systèmes de *common law* où la transmission de la succession s'opère par l'intermédiaire d'un *personal representative* du défunt expressément autorisé par la Cour³. Ces deux institutions du droit anglo-américain visent des finalités différentes de celles poursuivies par

2. Yvan DESJARDINS, « Les procédures non contentieuses », (1967) *C.P. du N.* 78, 87.

3. Certains auteurs suggèrent à tort l'identité fonctionnelle des *letters of administration* de la *common law* et des lettres de vérification québécoises : Brigitte ROY, « Procédures non contentieuses », Répertoire de droit/Nouvelle série – Doctrine, (2012) *R.D./N.S.* – Doctrine, Document 1, p. 92, par. 409 ; Lavery SIROIS, « Compte rendu du congrès des notaires de France », (1937) 40 *R. du N.* 345, 346.

les lettres de vérification québécoises. Dans le cas des *letters of administration* (succession *ab intestat*), il est question de nommer la personne qui agira comme *administrator* des biens successoraux situés dans le territoire du for et soumis au contrôle de la Cour. Par le biais du *probate* (succession testamentaire), l'on cherche à déterminer la validité des dispositions testamentaires du défunt et à confirmer dans sa charge l'*executor* nommé par le testateur en délivrant en sa faveur un *grant of probate* dont dépend l'exercice de ses pouvoirs d'administration⁴.

Or, dans la tradition civiliste à laquelle appartient le *Code civil du Québec*, une telle approche ne trouve aucune assise, la transmission du patrimoine aux successeurs ayant lieu de plein droit (articles 613 et 625 C.c.Q.). Les lettres de vérification correspondent non pas à la phase de l'*administration* de la succession mais à la phase de la dévolution⁵. Cette procédure répond à la nécessité d'individualiser les titulaires de la vocation successorale, même si elle sert – en outre – à identifier le liquidateur désigné par le testateur, par les héritiers d'un commun accord ou par le tribunal à la demande des héritiers.

Il convient aussi de distinguer la procédure non contentieuse des lettres de vérification de celle de même nature ayant pour but la vérification de testaments (articles 887 à 891 du *Code de procédure civile*. Contrairement aux lettres de vérification dont la finalité essentielle est l'identification des destinataires de la dévolution successorale de source légale ou testamentaire, la procédure de vérification des testaments vise à déterminer si les testaments olographes ou devant témoins soumis au tribunal remplissent les exigences légales établies par le Code civil pour leur validité formelle⁶.

4. Pour une étude comparative entre les systèmes français et anglais de transmission successorale, voir Henri PETITJEAN, *Fondements et mécanisme de la transmission successorale en droit français et en droit anglais. Étude de droit comparé et de droit international privé*, Paris, LGDJ, 1959.

5. Jacques BEAULNE, « La liquidation des successions », Répertoire de droit/Nouvelle série – Doctrine, (2002) R.D./N.S. – Doctrine, « Successions », Document 1, p. 157, par. 105 [BEAULNE].

6. Germain BRIÈRE, *Droit des successions*, 3^e éd., revue et mise à jour par Jacques Beaulne, Montréal, Wilson & Lafleur, 2002, p. 301, par. 561 ; Michel BEAUCHAMP et Brigitte ROY, « Les nouvelles procédures non contentieuses devant notaire », (1999) 2 C.P. du N. 123, 136 [BEAUCHAMP et ROY].

Les lettres de vérification ont une efficacité déclarative. Leur finalité essentielle est de faire preuve de la dévolution successorale *ab intestat* ou testamentaire selon la loi applicable à la succession, qu'elle soit d'origine québécoise ou étrangère. Si celle-ci subordonne l'acquisition de la qualité d'héritier à l'acceptation du legs universel ou à titre universel, les personnes identifiées dans les lettres de vérification comme titulaires des droits héréditaires sont forcément des successibles et non pas des successeurs au stade de la réception du document, à moins que l'acceptation de la succession n'y soit aussi consignée ou que celle-ci n'ait déjà eu lieu. Partant, les ayants droit nommés dans les lettres de vérification ne sont pas de ce fait les acquéreurs des droits et obligations du patrimoine héréditaire, celles-ci n'opérant aucun transfert de biens successoraux.

Créées *ad hoc* dans le contexte d'une succession présentant certains éléments internationaux, ces « étranges » lettres de vérification destinées à produire ses effets hors du Québec ne trouvent aucun parallèle en droit successoral interne. Nous nous proposons d'analyser les éléments clés de leur régime juridique en suivant l'évolution du cadre normatif qui les régit à la lumière des règles de droit international privé afin d'apporter une solution interprétative permettant de corriger leurs principaux défauts d'application.

2. Évolution des règles relatives aux lettres de vérification et conflit de lois

Le désintérêt dans l'étude des lettres de vérification a de quoi étonner si l'on pense à l'ancienneté de cette institution québécoise. Elle est en effet intégrée dans notre ordre juridique depuis 1878 par la loi 41 Victoria, c. 10, qui l'a introduite à l'article 650a) du *Code civil du Bas Canada*⁷ et aux articles 1326a à 1326n du *Code de procédure civile* de 1866 (règles qui ont été remplacées aux articles 1411⁸ à 1429 du C.p.c. 1866). Les réformes législatives opé-

7. 650a. Des lettres de vérification peuvent être obtenues dans le cas de succession *ab intestat* ouverte en cette province ayant des biens situés hors de ses limites, ou des créances contre des personnes qui n'y résident pas.

La procédure dans ce cas est réglée par le code de procédure civile.

8. Article 1411. Lorsqu'il s'ouvre en cette province une succession *ab intestat* ayant des biens situés hors de ses limites, ou des créances contre des personnes qui n'y résident pas, un ou plusieurs héritiers peuvent s'adresser au juge dans le district où le défunt avait son domicile, ou, s'il n'avait pas de domicile dans la province, au juge dans le district où il est décédé pour obtenir des lettres de vérification constatant à qui la succession a été déférée et la part de chaque héritier.

rées dans les règles de procédure civile qui l'ont régie ont eu pour effet tantôt d'élargir son champ matériel d'application, tantôt de le restreindre. Nous distinguons dans la ligne évolutive de ces règles trois étapes qui illustrent la tendance législative fluctuante dans ce domaine.

2.1 Conception élargie des lettres de vérification : la non exigence du dernier domicile au Québec dans les règles de procédure

En premier lieu, sous le régime originaire établi par la loi de 1878, les lettres de vérification faisaient état de la dévolution successorale *ab intestat* lorsqu'il était nécessaire de faire valoir la qualité d'héritier devant une juridiction en dehors du Québec. Les conditions d'application de cette procédure spéciale étaient 1) l'ouverture d'une succession *ab intestat* ; et 2) l'existence de biens en dehors du Québec ou de dettes contre des personnes qui n'y résidaient pas. L'État dans lequel le défunt était domicilié à l'époque du décès n'avait d'incidence que sur la compétence judiciaire *ratione loci* pour la délivrance des lettres de vérification. Le tribunal compétent était en principe, celui correspondant au district du dernier domicile du défunt. À défaut de domicile dans la province, la compétence était attribuée au tribunal du district du lieu du décès. Le jugement rendu en cette matière visait à servir de preuve à l'extérieur du Québec des droits des héritiers *ab intestat* et de leurs quotes-parts dans la succession.

L'internationalité du rapport successoral que supposaient l'éventuelle localisation des biens immeubles et l'existence du dernier domicile du défunt à l'extérieur de la province avait une influence directe sur la détermination de la loi applicable à la succession. Compte tenu de la règle de conflit scissionniste de l'article 6 C.c.B.C. soumettant la succession immobilière à la loi de leur situation et la succession mobilière à la loi du dernier domicile du défunt⁹, la compétence d'une loi successorale étrangère tant sur les biens meubles que sur les biens immeubles était

9. Art. 6. *Les lois du Bas Canada régissent les biens immeubles qui y sont situés. Les biens meubles sont régis par la loi du domicile du propriétaire. C'est cependant la loi du Bas Canada qu'on leur applique dans les cas où il s'agit de la distinction et de la nature des biens, des privilèges et des droits de gage, des contestations sur la possession, de la juridiction des tribunaux, de la procédure, des voies d'exécution et de saisie, de ce qui intéresse l'ordre public et les droits du souverain, ainsi que dans tous les autres cas spécialement prévus par ce code.*

nécessairement prévue par le régime normatif des lettres de vérification¹⁰.

En 1924, le *Code de procédure civile* fut modifié pour étendre la procédure des lettres de vérification aux dévolutions successorales ayant leur source dans un testament authentique (article 1421a C.p.c.)¹¹. Cette modification constituait la réponse législative à un refus de reconnaissance, par la *Surrogate Court* de l'Ontario, d'un testament notarié reçu au Québec sur simple présentation d'une copie authentique¹². Compte tenu que les testaments olographes et ceux dérivés de la loi anglaise (testament devant témoins sous le C.c.Q.) devaient obligatoirement être soumis à un examen judiciaire de leur validité (procédure de vérification de testaments)¹³, ces deux types de testaments ne posaient pas de difficultés de reconnaissance dans les juridictions de *common law* aux fins de l'émission d'un *grant of probate*¹⁴.

10. Nous nous permettons cependant de remarquer certaines incohérences dans le régime juridique des lettres de vérification sous l'empire du *Code civil du Bas Canada*. En exigeant que la succession soit ouverte au Québec, l'article 650a C.c.B.C. semblait restreindre l'utilisation des lettres de vérification aux seules hypothèses où le défunt avait son dernier domicile au Québec, le lieu du dernier domicile du défunt étant le lieu où la succession s'ouvre (article 600 C.c.B.C.). Cette disposition contredisait la règle expresse de l'ancien article 1326a (repris par l'article 1421a du C.p.c. de 1866) qui admettait expressément la procédure des lettres de vérification pour les cas où le défunt avait son dernier domicile au Québec ET pour ceux où il était domicilié en dehors de la province. Le lieu québécois ou étranger du domicile n'influençait que la compétence territoriale des tribunaux, le tribunal du district du dernier domicile étant compétent dans la première situation et celui du lieu du décès l'étant dans le deuxième cas.
11. Article 1421a. *Lorsqu'il s'ouvre en cette province une succession dans laquelle sont légués, par testament en forme authentique des biens situés hors des limites de la province, ou des créances contre des personnes qui n'y résident pas, l'exécuteur testamentaire ou un ou plusieurs légataires peuvent s'adresser au juge dans le district où il est décédé pour obtenir des lettres de vérification constatant que le testateur est décédé et qu'il a été prouvé que le testament dont il s'agit est son seul et unique testament ou le dernier testament qu'il a fait avec révocation totale ou partielle de tout testament antérieur.* Cette disposition a été introduite en 1924 par la 14 Geo. V. ch. 82.
12. Il s'agit de l'arrêt *In re Asselin* du 17 juillet 1923 rendu par la *Surrogate Court* du Comté de York en Ontario ayant refusé l'homologation d'un testament notarié québécois : Armand LAVALLÉE, « Le règlement des successions », (1925) 28 *R. du N.* 331, 349 ; André LESAGE, « Le nouveau *Code de procédure civile* et les matières non contentieuses », (1966) 69 *R. du N.* 367, 386 [LAVALLÉE]. Pour une explication du contenu de l'arrêt et de son impact sur l'évolution des règles statutaires en Ontario à l'égard de la reconnaissance des testaments notariés québécois, voir Joseph SIROIS, « Notaries and Notarial Deeds in the Province of Quebec », (1929) 32 *R. du N.* 33, 41-44.
13. Pour la distinction entre la procédure de vérification du système québécois et le *probate* de la *common law*, voir *Dugas v. Amiot*, [1929] S.C.R. 600.
14. Éthel GROFFIER, « Quelques problèmes de droit international privé relatifs à la validité des testaments », (1981) 84 *R. du N.* 148, 153-154.

À l’opposé, les testaments notariés n’étaient soumis à aucun contrôle judiciaire *a posteriori* en raison de la force probante particulière que la loi accorde aux actes authentiques. Aux yeux des Courts of probate, il était impossible de considérer cette modalité testamentaire comme équivalente à la procédure du *grant of probate* en vigueur dans les provinces anglaises du Canada¹⁵. C’est pourquoi les testaments authentiques devaient être soumis à la procédure anglo-saxonne du *probate*, laquelle imposait la présentation de l’écrit original objet de l’homologation. Or, la position restrictive quant à l’admissibilité des copies authentiques des testaments notariés québécois aux fins de l’émission d’un *grant of probate* par une cour canadienne de la *common law* fut abandonnée en 1910¹⁶. Le souci d’assurer l’effectivité des actes et des décisions à l’intérieur de la fédération canadienne a déterminé l’apparition, dans de nombreuses législations provinciales, des normes expresses reconnaissant la valeur probante des copies authentiques des testaments et des actes authentiques reçus au Québec¹⁷.

2.2 Conception restrictive des lettres de vérification : l’exigence du dernier domicile au Québec dans les règles de procédure

Suite à la réforme du *Code de procédure civile* en 1965, le régime juridique des lettres de vérification fut modifié en imposant le dernier domicile du défunt au Québec comme condition d’application à l’article 933¹⁸. La nouvelle disposition abrogeait la

15. « There is nothing to shew that the notaries have in anyway the status of a court and the learned Judge was right in saying that the document produced upon him could not be said to be a legal document of the same nature as Probate or Letters of Administration granted by a court of competent jurisdiction » : *In Re MacClaren*, [1895] A.R. 18 (C.A.).
16. Dans *Musgrave v. Angle*, (1910) 43 S.C.R. 484, la Cour suprême du Canada a reconnu la force probante de la copie authentique d’un testament notarié présentée en preuve à la *Supreme Court* de la Nouvelle-Écosse : « In Quebec the practice of observing the form of having documents executed before a notary or notaries and the system of law recognizing such officials and constituting the documents so executed authentic is the legal equivalent of the probate ».
17. Voir *Probate Act*, RSPEI 1988, c. P-21, art. 42 (l’Île-du-Prince-Édouard) ; la *Loi sur la preuve*, LS 2006, c. E-11.2, art. 48 (la Saskatchewan) ; *Evidence Act*, R.S.N.S. 1989, c. 154, art. 35(1) (la Nouvelle-Écosse) ; *Loi sur la preuve*, LRTN-O 1988, c. E-8, art. 50(1) (les Territoires du Nord-Ouest) ; *Administration of Estates Act*, RSA 2000, c. A-2, art. 4 (l’Alberta) ; *Loi sur la preuve*, L.R.Y. 2002, c. 78, art. 42 (le Yukon) ; *Evidence Act*, RSBC 1996, c. 124, art. 36 (la Colombie-Britannique) ; *Estates Act*, RSO 1990, c. E.21, art. 15 (l’Ontario).
18. Article 933. *Lorsqu’il s’ouvre en cette province une succession ab intestat, ou une succession dont la dévolution est réglée par un testament en forme authentique, et*

règle de compétence en faveur du tribunal du lieu du décès lorsque le défunt avait le dernier domicile à l'extérieur de la province. Ce faisant, elle accomplissait l'harmonisation entre la règle substantive de l'article 650a C.c.B.C. qui exigeait l'ouverture de la succession au Québec et les règles procédurales qui admettaient expressément le domicile hors Québec en conférant la compétence aux tribunaux du lieu du décès pour la délivrance des lettres de vérification¹⁹.

Des amendements ultérieurs au *Code de procédure civile* furent introduits dans les règles relatives aux lettres de vérification par la *Loi sur l'application de la réforme du Code civil* de 1992²⁰. Les conditions d'ouverture des lettres de vérification, limitées sous l'ancien régime à la succession *ab intestat* ou à celle dévolue par testament authentique d'un *de cujus* domicilié au Québec, furent modifiées pour y inclure toute succession, légale ou testamentaire, quelle que soit la forme du testament, d'un *de cujus* domicilié au Québec laissant des biens à l'extérieur de la province ou des créances contre des personnes qui n'y résident pas (article 892 C.p.c.).

Avec l'entrée en vigueur du *Code civil du Québec* en 1994, une nouvelle contradiction apparente découlait de l'article 615 C.c.Q.²¹ qui ne contenait aucune prévision spécifique ni sur le dernier domicile québécois du défunt ni sur l'ouverture de la succession au Québec. En remplaçant l'article 650a C.c.B.C.²² qui exigeait expressément le dernier domicile québécois du défunt, la formule renouvelée de l'article 615 C.c.Q. se limitait à décrire dans son hypothèse la situation d'une personne qui décède en laissant des biens en dehors de la province ou des créances contre des personnes qui n'y résident pas. Le lieu du dernier domicile du défunt n'était par conséquent pas pris en considération.

qu'elle comprend des biens situés hors de la province ou des créances contre des personnes qui n'y résident pas, tout héritier ou légataire peut, de même que l'exécuteur testamentaire, demander à un juge du district où le défunt avait son domicile, des lettres de vérification destinées à servir hors de la province, soit pour prouver la qualité d'héritier ou de légataire, soit pour obtenir des lettres d'administration.

19. Voir note 10.

20. L.Q. 1992, c. 57.

21. Article 615. *Lorsqu'une personne décède en laissant des biens situés hors du Québec ou des créances contre des personnes qui n'y résident pas, on peut, suivant les règles prévues au Code de procédure civile (RLRQ, c. C-25), obtenir des lettres de vérification.*

22. *Supra*, note 7.

Le retrait du domicile au Québec comme condition essentielle d'application à l'article 615 C.c.Q. pouvait dès lors conduire à la compétence législative d'un État étranger tant sur les biens immobiliers que sur les biens mobiliers se trouvant dans la succession, chaque fois que les premiers seraient localisés hors Québec ou que le dernier domicile du défunt serait en dehors de la province, respectivement.

Or, ce raisonnement se heurtait aux règles procédurales existantes. Le changement législatif n'était qu'apparent, étant donné le maintien de la compétence juridictionnelle en la matière dans le *Code de procédure civile*, laquelle était restreinte au greffier du tribunal (québécois) où le défunt avait son domicile. L'influence que cette règle de compétence judiciaire exerçait sur le conflit de lois en matière mobilière était à nouveau mise en évidence. Le domicile du défunt au Québec comme condition exigée indirectement par l'article 892 C.p.c. menait inévitablement à la compétence de la *lex fori* au titre de loi successorale sur les meubles²³.

Seule une hypothèse reconnue par la loi nouvelle échappait à l'interdépendance de la *lex fori* et de la *lex successionis* mobilière. C'était le cas d'une élection de loi faite par le testateur en faveur de sa loi nationale lors du choix ou lors du décès, ou en faveur de la loi de son domicile au moment de la désignation. L'admission d'une *professio juris* à l'article 3098 C.c.Q. en faveur d'une loi autre que la loi normalement applicable – celle du dernier domicile du défunt sur les biens mobiliers – rendait dès lors la coïncidence entre la *lex fori* et la *lex successionis* théoriquement évitable.

23. « Lorsqu'une succession s'ouvre dans notre province, les biens meubles sont dévolus suivant le *Code civil du Québec*, même quand ils sont situés à l'étranger. Pour permettre aux héritiers de faire valoir leurs droits dans un pays où ils ne sont connus et où notre droit n'est pas connu, l'on a recours aux lettres de vérification » : Albert MAYRAND, *Les successions ab intestat*, Montréal, P.U.M., 1971, p. 208, par. 233. Dans le même sens, voir Germain BRIÈRE, *Les successions*, Collection Traité de droit civil, Montréal, CRDPCQ, 1994, par. 60 qui limite aux biens mobiliers l'efficacité des lettres de vérification constatant le droit successoral québécois.

2.3 *Retour à une conception élargie des lettres de vérification : l'influence du domicile dans les nouvelles règles de compétence*

Ce ne fut qu'en 1999, avec la *Loi modifiant le Code de procédure civile en matière notariale et autres dispositions législatives*, L.Q. 1998, c. 51 donnant compétence aux notaires pour la réception des procédures non contentieuses que fut consacrée l'indépendance entre la loi de l'autorité compétente pour l'émission des lettres de vérification et la loi applicable aux successions mobilières. Cette dissociation entre la *lex fori* et la *lex successionis* était cependant partielle. Alors que tout notaire était compétent pour entendre les demandes de lettres de vérification, la procédure devant le tribunal demeurait dépendante des règles de compétence rattachées au domicile québécois du *de cujus*.

L'état actuel du droit en matière de lettres de vérification va encore subir une modification importante influençant directement le conflit de lois en la matière avec la prochaine entrée en vigueur du nouveau *Code de procédure civile* (ci-après, PL n° 28)²⁴. Les nouveautés introduites dans le régime légal s'inscrivent dans la tendance expansive de leur domaine d'application, cette fois-ci par un changement dans les règles de compétence *ratione loci* en matière de succession. Non seulement le notaire demeure compétent pour la délivrance des lettres de vérification indépendamment du lieu où le défunt était domicilié à l'époque du décès, mais la demande pourra également être présentée devant les tribunaux québécois en dehors du ressort territorial où le défunt avait son domicile (articles 304 et 46 du PL 28).

En plus du chef de compétence juridictionnelle premier rattaché au domicile québécois du *de cujus*, le législateur prévoit – au choix du demandeur – des critères alternatifs de compétence à l'article 46 du PL 28. Les tribunaux québécois seront désormais compétents en matière successorale lorsque la succession n'est pas ouverte au Québec, si 1) des biens sont situés au Québec ; 2) le décès est survenu au Québec ; 3) le défendeur ou l'un d'entre eux a son domicile au Québec ; ou 4) lorsqu'il s'agit d'une demande concernant la désignation de liquidateur ou l'exercice de ses fonc-

24. PL n° 28, *Loi instituant le nouveau Code de procédure civile*, 1^{re} sess., 40^e légis., Québec, 2014 (sanctionné le 21 février 2014), LQ 2014, c 1. L'entrée en vigueur du nouveau *Code de procédure civile* est prévue pour l'automne 2015 : <<http://www.justice.gouv.qc.ca/francais/sujets/glossaire/code-proc.htm>>.

tions, le liquidateur est domicilié au Québec. Désormais, aucun obstacle légal n'empêche l'immixtion d'une loi successorale étrangère dans le règlement des successions internationales mobilières constatées par des lettres de vérification, que l'autorité compétente soit un notaire ou un tribunal.

3. Contenu et effets des lettres de vérification

L'objectif de la procédure des lettres de vérification est énoncé expressément dans le texte légal. Elles sont destinées à servir hors du Québec pour prouver la qualité d'héritier, de légataire particulier ou de liquidateur d'une succession (articles 892 C.p.c. 1965 et 463 PL 28). Conçu pour ne régir qu'à l'extérieur de la province (articles 892 C.p.c. et 615 C.c.Q.), l'acte notarié ou le jugement accordant des lettres de vérification est un instrument de preuve international. Ainsi, les effets à vocation transnationale de cet instrument probatoire témoignent d'une conception législative marquée du sceau du droit international privé.

Le contenu des lettres de vérification établi à l'article 893 C.p.c. confère à cette procédure une efficacité strictement déclarative. Cette affirmation suppose que le document contenant des lettres de vérification est voué à une finalité de constatation d'une réalité juridique préexistante. À la différence des actes notariés qui recueillent une manifestation de volonté concomitante à l'acte, les faits qui donnent ouverture aux lettres de vérification ont lieu en dehors de la présence du notaire chargé de les rédiger. La source de la dévolution consignée par le document se trouve dans la loi (succession *ab intestat*) ou dans la disposition à cause de mort (succession testamentaire ou contractuelle), de sorte que le document n'a qu'une portée déclarative et non pas attributive des droits.

Les lettres de vérification ont, en plus de leur efficacité probatoire essentielle, une portée *erga omnes* qui se traduit dans la présomption de validité du droit constaté face aux tiers (effet de légitimation). Les personnes qui entrent en relation avec le liquidateur ou les successibles identifiés dans le document sont protégées en vertu de la foi publique que la loi attache au contenu de l'acte. Ainsi, les successibles et le liquidateur désignés sont présumés avoir ces qualités et par conséquent, les tiers qui contractent avec eux sur la foi du document sont présumés avoir contracté avec les héritiers véritables ou le liquidateur valablement nommé.

Cette présomption *juris tantum* opère un renversement du fardeau de la preuve, mettant à la charge de celui qui invoque un droit contradictoire avec le titre déclaratif le devoir de prouver sa qualité.

Selon l'article 893 C.p.c. (repris substantiellement par l'article 463 al. 2 du PL 28, 2014), les lettres de vérification attestent les éléments suivants :

a) Que la succession est ouverte :

Le décès est le fait générateur de l'ouverture de la succession (article 613 C.c.Q.) dont la preuve s'obtient au moyen d'un acte de décès (article 102 C.c.Q.) ou d'un jugement déclaratif du décès (article 92 C.c.Q.). Le lieu d'ouverture de la succession est celui du domicile du *de cujus* et son influence est capitale non seulement au regard des règles de compétence judiciaire pour la délivrance des lettres de vérification (articles 892 C.p.c. et 46 du PL 28, 2014) mais fondamentalement, pour la détermination de la loi applicable à la succession conformément aux règles de droit international privé (articles 3098 et s. C.c.Q.). Nous analyserons plus loin l'impact des règles de conflit successorales sur la délivrance des lettres de vérification.

b) Dans le cas d'une succession *ab intestat*, que les biens sont dévolus aux personnes désignées et dans les proportions indiquées :

Dans la succession *ab intestat*, la fonction première des lettres de vérification est de concrétiser la dévolution abstraite découlant de l'ordre successoral légal dans le chef des personnes qui y sont désignées. L'identification des successibles répond à la nécessité de fixation ou d'établissement formel des droits héréditaires résultant des ordres légaux fondés sur la parenté et sur le lien conjugal. L'officier public se livre à une véritable activité de qualification et d'investigation portant sur les pièces justificatives du degré de parenté ou du lien conjugal invoqué et des autres éléments de fait ou de droit menant à l'individualisation des successibles. L'effet du document se traduit dans une présomption *juris tantum* d'exactitude voulant que les successibles qui y sont identifiés sont les seules personnes bénéficiant du rang de préférence auquel la loi attache des droits héréditaires.

Cette présomption n'est évidemment pas irréfragable, puisque ce qui compte aux yeux du législateur n'est pas le titre déclaratif (les lettres de vérification) mais le titre constitutif du droit (les dispositions légales fondatrices de la dévolution). Ainsi, en cas d'incompatibilité entre le titre constitutif et le titre déclaratif, le recours en rectification ou en annulation de ce dernier demeure ouvert sur le fondement de l'absence de conformité entre la dévolution et la preuve de la dévolution (articles 895 C.p.c. et 465 PL 28).

Une remarque s'impose cependant quant à l'effet probatoire des lettres de vérification tant pour la succession *ab intestat* que pour celle découlant d'une disposition à cause de mort. Si selon la loi applicable à la succession, la qualité d'héritier ne s'acquiert qu'à la suite d'un acte unilatéral de volonté au moyen duquel celui qui est appelé à la succession l'accepte, pendant la période où le droit d'option n'est pas encore exercé (délibération), on ne peut techniquement parler d'« héritiers » mais de « successibles ». Ainsi, ce qui fait l'objet de démonstration par le biais des lettres de vérification est la dévolution de la succession, et non pas l'acceptation. Cette affirmation élémentaire n'exclut pas, cependant, que l'on puisse dresser l'acceptation de l'hérédité dans le document constatant la déclaration de successibles (les lettres de vérification) et encore moins que la personne y désignée ait déjà accepté tacitement la succession par des *facta concludentia* manifestant sa volonté dans ce sens. Cela dit, la demande des lettres de vérification n'emporte pas acceptation de la succession.

- c) Dans le cas d'une succession testamentaire, que le testament dont la copie est annexée est le seul testament que le défunt ait fait ou qu'il est le dernier, et qu'il révoque, en tout ou en partie, les testaments antérieurs :

Lorsque la succession est de nature testamentaire, la fonction d'attestation que la loi accorde aux lettres de vérification est essentiellement réduite d'après l'article 893 C.p.c. (article 463 al. 2 du PL 28). Le prononcé de l'officier public se limite à déclarer que, d'après la preuve présentée, le testament est le seul que le défunt a fait, ou qu'il est le dernier, et qu'il révoque, en tout ou en partie, les testaments antérieurs. Cela se comprend si l'on considère que la vocation successorale découle de façon certaine des dispositions de dernière volonté formellement exprimées contenant la désignation des successibles. Nous rappelons que dans

leur conception originale, le législateur limitait les lettres de vérification aux seules successions *ab intestat* (article 650a C.c.B.C.). La présomption d'exactitude que le titre déclaratif est censé mettre en place ne trouverait aucun fondement dès lors que la manifestation de volonté clairement constatée constitue la preuve par excellence des droits héréditaires. Puisqu'il n'est pas nécessaire de concrétiser ce qui l'est déjà, l'incompatibilité de ce titre « accessoire » avec la véritable source de la dévolution est résolue par la simple primauté de la disposition volontaire sur le titre inexact, rendant par conséquent le recours en annulation prévu à l'article 893 C.p.c. également superflu.

Étant donné l'existence, en droit interne, des moyens de preuve spécifiques pour constater les éléments relatifs à l'actualité des dispositions testamentaires *rédigées au Québec*, l'utilité des lettres de vérification apparaît dans ce cas-ci discutable. Les certificats de recherche émis par les Registres des dispositions testamentaires et des mandats de la Chambre des notaires du Québec faisant état du dernier testament du défunt et des testaments antérieurs révoqués, nous ne voyons pas en quoi une attestation supplémentaire, au moyen des lettres de vérification, serait nécessaire. Les lettres de vérification testamentaires sont en principe, un excès de formalisme injustifié de la part du législateur²⁵.

L'intention du législateur avec les lettres de vérification testamentaires répond à une autre finalité que l'on ne peut découvrir sans un examen rétrospectif de son régime juridique. Nous rappelons que l'inclusion de la dévolution testamentaire comme cause d'ouverture de la procédure des lettres de vérification faisait suite au refus de reconnaissance, par un jugement ontarien de 1923, de la copie authentique d'un testament notarié québécois aux fins du *probate*. Dès lors, l'effet recherché par le législateur dans cette hypothèse visait exclusivement la reconnaissance des testaments notariés reçus au Québec dont l'absence de contrôle judiciaire les rendait « vulnérables » aux yeux des *Courts of Probate*. Nous en trouvons la preuve dans les termes de l'ancien article 933 C.p.c. qui référaient sans ambages à l'obtention des « lettres d'adminis-

25. Un cas d'exception qui mériterait l'usage des lettres de vérification dans la succession testamentaire est celui prévu par l'article 88 du Code notarial portugais (DL n.º 207/95, de 14 de Agosto), qui admet l'acte contenant l'identification des héritiers (« *habilitação de herdeiros* ») pour les cas de désignations génériques ou indéterminées des légataires par le testateur.

tration » comme nouvel objectif des lettres de vérification. L'ouverture de la procédure aux successions testamentaires venait dénaturer la conception initiale des lettres de vérification comme mode de preuve de la dévolution *ab intestat*, en teignant le régime normatif d'une coloration anglo-saxonne incompatible avec les fondements civilistes de l'ordre successoral québécois.

En principe, il serait inexact de considérer l'acte public contenant les lettres de vérification comme ayant pour effet de valider les testaments notariés québécois destinés à des États de *common law*²⁶, dès lors que la force probante attachée à l'authenticité des actes notariés rend inutile tout procédé de validation postérieur. Par ailleurs, la règle *auctor regit actum* qui commande le respect de la *lex fori* en matière d'actes de procédure empêcherait le tribunal québécois de décider de l'octroi des lettres de vérification par application des règles de procédure de l'ordre juridique étranger²⁷.

Or, une réponse positive peut être donnée si l'on examine la question du point de vue de la loi successorale qui exige l'intervention du tribunal. La justification théorique de l'équivalence fonctionnelle entre les lettres de vérification et le *grant of probate* de la succession testamentaire anglo-saxonne se trouve dans la nécessité de respecter la territorialité stricte du mécanisme successoral propre aux États de *common law*.

La matière de la juridiction gracieuse – dans laquelle s'insère la procédure du *probate* – a comme trait caractéristique que l'intervention de l'autorité est directement exigée par la loi applicable à la question de fond. Comme les règles étrangères sur l'homologation judiciaire des testaments ayant pour effet de valider celui-ci, de confirmer l'exécuteur testamentaire dans sa

26. *Contra Beaulne, supra*, note 5, p. 58, par. 108.

27. Voir M. MOTULSKY, « Les actes de juridiction gracieuse en droit international privé », (1948-1952) Travaux du Comité français de droit international privé 13, p. 20-24. Pour Murrad FERID, « Le rattachement autonome de la transmission successorale en droit international privé », (1974) 142 *Recueil des cours de l'Académie de droit international* 71, 152, les mesures relatives à la nomination d'un exécuteur testamentaire devront être compatibles avec l'organisation judiciaire et la procédure en vigueur au pays du for : « La mesure prévue par la loi successorale ne doit pas avoir un caractère exclusivement territorial, soit qu'elle est réservée expressément aux autorités nationales, soit que des conditions formelles ou procédurales sont requises, qui selon leur nature ne peuvent être accomplies que par les autorités nationales de la loi successorale. »

charge (*grant of probate*) ou de désigner le *personal representative* en l'absence de nomination testamentaire (*letters of administration with the will annexed*) font partie du domaine de la loi successorale, se pose la question de déterminer dans quelle mesure le juge du for peut se substituer à celui dont la loi est applicable. Selon la doctrine de la compétence institutionnelle de Struycken, le juge dont la loi interne ne prévoit pas l'intervention judiciaire, dans un certain domaine, ou la prévoit de façon différente peut émettre une décision gracieuse conformément à la loi étrangère applicable²⁸. Suivant cette théorie, dans une succession régie par la loi d'un État de *common law*, le juge ou le notaire québécois pourrait, dans le respect des règles de procédure du for (articles 892 à 896 C.p.c.), satisfaire pour l'essentiel à l'exigence de la loi successorale en certifiant, par le biais des lettres de vérification, les éléments matériels relatifs à la validité d'un testament reçu au Québec et à la confirmation de la charge du liquidateur de la succession.

Cette équivalence fonctionnelle entre les deux procédures peut aussi être comprise dans l'hypothèse où il existerait, dans une juridiction de *common law*, des biens mobiliers dont la dévolution est régie par la loi du dernier domicile du défunt (*ancillary administration*). Dans ces États, l'emprise de la *lex fori* sur les opérations juridiques concernant les biens situés dans leur territoire, non pas au titre de loi successorale mais au titre de loi applicable à la procédure d'administration sur ces biens, peut également expliquer la prise en compte, par le juge du for, des éléments substantifs du *probate* (déclaration sur la validité des testaments, confirmation de la charge de liquidateur) lors de la procédure menant aux lettres de vérification²⁹.

28. A.V.M. STRUYCKEN, « Quelques réflexions sur la juridiction gracieuse en droit international privé », (1986-1987) Travaux du Comité français de droit international privé 105, aux pp 117-120 [STRUYCKEN]. En matière successorale, ce procédé est défendu par Andrea BONOMI, « Successions internationales : conflits de lois et de juridictions », (2010) 350 *Recueil des cours de l'Académie de droit international* 71, 341 : « il faudrait admettre qu'une procédure de *probate* peut (et doit) être mise en place dans un État de *civil law* lorsque la loi successorale la prévoit. » [BONOMI].

29. Référant au cas d'une succession mobilière ouverte dans un État scissionniste de droit civil comprenant des biens meubles dans une juridiction de *common law*, BONOMI, *supra*, note 28 à la p. 341 estime qu'« il est tout à fait possible (et souhaitable) que les héritiers désignés par la loi applicable à la succession, ou, le cas échéant, l'exécuteur désigné conformément à cette loi par le testateur, soient nommés *personal representatives* ».

- d) Que la charge de liquidateur de la succession incombe à la personne désignée comme tel

L'identification de la personne qui agit comme liquidateur de la succession s'explique dans le cas où l'acte pour lequel les lettres de vérification sont demandées constitue une opération de la liquidation successorale. Celui qui détient la charge de liquidateur devra faire la preuve de sa qualité pour l'exercice des créances du défunt ou de droits réels sur des biens situés à l'étranger afin de réintégrer ces éléments patrimoniaux à l'actif successoral qui sera partagé entre les héritiers. Si le testament ne contient pas de clause relative à la désignation de liquidateur ou si les successeurs *ab intestat* n'ont pas désigné de liquidateur, le rédacteur des lettres de vérification mentionnera cette circonstance dans l'acte en faisant état des règles légales qui régissent l'attribution de la condition d'administrateur ou de liquidateur de la succession à défaut de désignation volontaire, conformément à la loi applicable à la succession.

En revanche, le testament peut se limiter à désigner la personne chargée d'administrer les biens successoraux conformément aux directives imposées par le testateur (pour le droit québécois, voir article 705 C.c.Q.), sans qu'aucune disposition relative aux biens n'y soit incluse. La source de la dévolution successorale demeure dans ce cas-ci le régime légal de la succession *ab intestat* à partir duquel l'autorité qui dressera les lettres de vérification identifiera les successibles tout en faisant état de la désignation de liquidateur d'après le dernier testament du défunt.

Par ailleurs, l'identification de la personne qui exerce la charge de liquidateur successoral semblerait à première vue incomplète sans le constat de l'étendue de ses pouvoirs d'action. Aux fins de l'exercice des droits sur les biens de la succession, il importe non seulement de connaître l'identité du liquidateur, mais il est aussi impérieux de savoir quels sont les actes qu'il peut valablement exécuter à l'égard du patrimoine héréditaire. L'article 893 C.p.c. (article 463, al. 2 du PL 28) limite l'exigence à la mention de l'identité de la personne, mais une interprétation extensive de la disposition fondée sur la finalité des lettres de vérification ne peut à l'évidence méconnaître l'importance de consigner la description détaillée des pouvoirs accordés au liquidateur par le testateur, et à son défaut, par la loi.

4. Les lettres de vérification et la loi applicable à la succession

La situation décrite dans l'hypothèse de l'article 615 C.c.Q. contient en soi tous les éléments nécessaires à qualifier la succession d'internationale, et par conséquent, à faire de la règle de conflit successorale le point de départ obligatoire pour la délivrance des lettres de vérification. Tant les conditions d'application que les effets que la loi confère à cet instrument de preuve sont expressément rattachés à un État étranger³⁰. Contrairement aux autres systèmes qui établissent dans leur ordre juridique interne la preuve de la succession au moyen de procédures variées (actes de notoriété³¹, certificats d'héritier³², habilitation d'héritiers³³, déclarations d'héritiers *ab intestat*³⁴, etc.) indépendamment du territoire où la preuve doit être fournie et dont la circulation transnationale est aménagée par des règles communes aux actes publics, les lettres de vérification québécoises sont conçues pour être destinées à l'étranger. Devant le constat de l'absence législative d'un mécanisme analogue en droit interne, nous pouvons dire – non sans une certaine dose d'ironie – qu'elles constituent un produit juridique « d'exportation ».

4.1 L'élément d'extranéité dans la procédure des lettres de vérification et la règle de conflit successorale

Si l'application de la règle de conflit en matière successorale devient incontournable pour le rédacteur des lettres de vérification, c'est en raison des éléments internationaux présents dans la situation juridique, lesquels sont susceptibles de conduire à une loi de source étrangère pour régir la succession³⁵.

30. Celui-ci est défini, pour les fins du droit international privé, comme une unité territoriale jouissant de compétences législatives autonomes (art. 3077 C.c.Q.).

31. Par exemple, en France, en Belgique, en Espagne et en Italie.

32. Par exemple, en Allemagne, en Suisse, en Autriche, dans les territoires français de l'Alsace Moselle.

33. Par exemple, au Portugal.

34. Par exemple, dans certains États de l'Amérique latine : à Cuba, en Argentine, au Pérou, à Porto-Rico, au Venezuela, etc.

35. « [...] toutes les fois qu'une situation juridique peut être rattachée à plusieurs pays, peu important par ailleurs que les droits internes de ces différents pays donnent des solutions différentes, il est indispensable, avant de résoudre le problème au fond, de déterminer la loi applicable » : Yvon LOUSSOUARN, Pierre BOUREL et Pascal de VAREILLES-SOMMIÈRES, *Droit international privé*, 10^e éd., Paris, Dalloz, 2013, p. 7. Au Québec, le professeur Talpis considère que la norme régissant les lettres de vérification est seulement applicable lorsque la *lex successionis* est le droit québécois : « article 650 a C.C. with respect to letters of verification

Notre Code civil adopte le principe de la scission suivant lequel le patrimoine héréditaire est divisé en fonction de la nature meuble ou immeuble des biens qui le conforment. Les biens meubles forment une masse globale régie par une loi unique sans rapport avec leur localisation effective : la loi du dernier domicile du défunt. Au contraire, les biens immobiliers seront gouvernés par les lois des États sur le territoire desquels ils sont situés. Ainsi se produit un phénomène de fragmentation ou de morcellement de la loi applicable à la succession, laquelle est directement tributaire de la nature mobilière ou immobilière des biens successoraux (article 3098 C.c.Q.).

Comme il a été analysé *supra*, non seulement les lettres de vérification portaient, dès leur apparition en 1878, le germe de leur internationalité, mais l'évolution législative de leur régime démontre une tendance au renforcement de cette internationalité. Deux facteurs fondamentaux témoignent de la véracité d'une telle assertion dans l'état actuel du droit.

Premièrement, le changement législatif survenu avec l'entrée en vigueur du *Code civil du Québec* qui a fait disparaître l'exigence de l'ouverture de la succession au Québec pour la délivrance des lettres de vérification a introduit la possibilité d'une *lex domicilii* étrangère pour régir les successions mobilières. Également, l'admission à l'article 3098, al. 2 C.c.Q. d'un choix de loi limité (*professio juris*) en faveur d'une loi autre que celle objectivement applicable à la succession conduisait désormais à la possible application d'une loi étrangère (loi distincte de la *lex domicilii* et de la *lex situs immobili*). En deuxième lieu, la décision du législateur de déjudiciariser les matières non contentieuses en accordant au notariat une compétence concurrente avec celle des tribunaux pour entendre les demandes y afférentes a définitivement rompu le lien entre compétence judiciaire et compétence législative (québécoise) pour la délivrance des lettres de vérification³⁶. En dernier lieu, l'élimination du domicile du *de cujus* au

should only be applicable when the law of Quebec governs the Succession » : Jeffrey TALPIS, « Material Rules of Private International Law in Force in the Province of Quebec », (1973) 8 *R.J.T.* 223, 226.

36. Dans l'affaire *Desrosiers (Succession de)*, BE 2003BE-243 (C.S.), le juge a considéré que, conformément à l'article 892 C.p.c., le greffier de la cour du district de Montréal n'était pas compétent pour délivrer des lettres de vérification compte tenu que le défunt avait son dernier domicile en Ontario. En effet, la compétence pour délivrer des lettres de vérification est réservée au greffier du tribunal où le défunt avait son dernier domicile ou aux notaires (art. 892 C.p.c.). Dans ce dernier cas, aucune limitation de compétence n'est prévue. La demande aurait pu être

Québec comme chef de compétence exclusif en la matière (il était déjà éliminé comme condition de fond dans le nouvel article 615 C.c.Q.), par le nouveau Code de procédure civile a détruit le dernier îlot de résistance à l'internationalisation des successions mobilières constatées par des lettres de vérification. Les nouvelles règles de compétence judiciaire en matière successorale viendront alors ajouter une autre porte d'entrée à une *lex successionis* étrangère dans le paysage normatif – déjà éminemment international – de cette procédure spéciale (voir article 46 du PL 28).

En résumé, le tableau ci-dessous nous permettra d'illustrer l'applicabilité de la règle de conflit aux situations régies par les articles 615 C.c.Q. et 892 et s. C.p.c.

Successions régies par une loi étrangère et constatées par des lettres de vérification	Successions régies par le droit du Québec et constatées par des lettres de vérification
1) <i>Le défunt avait son dernier domicile en dehors du Québec ET les lettres de vérification sont demandées à un notaire³⁷ → succession mobilière régie par une loi étrangère (lex ultimi domicilii)</i>	1) <i>Le défunt avait son dernier domicile au Québec → succession mobilière régie par la loi du Québec (lex ultimi domicilii)</i>
2) <i>Le défunt a laissé des biens immobiliers situés à l'extérieur du Québec → succession immobilière régie par une ou plusieurs lois étrangères dépendamment de la situation des biens (lex situs)</i>	2) <i>Le défunt a laissé des biens immobiliers au Québec → succession immobilière régie par la loi du Québec (lex situs)</i>
3) <i>Le défunt a effectué un choix de loi</i> a. <i>il a choisi la loi de son domicile (étranger) lors de l'élection pour régir la totalité ou une partie de la succession → succession mobilière et immobilière régies en tout ou en partie par une loi étrangère (lex electa)</i>	3) <i>Le défunt a effectué un choix de loi</i> a. <i>il a choisi la loi de son domicile (québécois) lors de l'élection pour régir la totalité ou une partie de la succession → succession mobilière et immobilière régies en tout ou en partie par la loi du Québec (lex electa)</i>

présentée à un notaire, qui en application de l'article 3098 C.c.Q. aurait dû faire état de la dévolution successorale sur les biens meubles du défunt conformément à la loi successorale ontarienne et sur les biens immeubles selon la loi du lieu de situation.

37. Lorsque le nouveau *Code de procédure civile* (PL n° 28) entrera en vigueur, l'autorité judiciaire sera compétente pour l'octroi des lettres de vérification malgré le dernier domicile étranger du *de cuius*, suivant les conditions de l'article 46 du PL 28.

b. il a choisi la loi de son domicile (étranger) au moment du décès pour régir la totalité ou une partie de la succession ET les lettres de vérification sont demandées à un notaire ³⁸ → succession mobilière et immobilière régies en tout ou en partie par une loi étrangère (<i>lex electa</i>)	b. il a choisi la loi de son domicile (québécois) au moment du décès pour régir la totalité ou une partie de la succession → succession mobilière et immobilière régies en tout ou en partie par la loi du Québec (<i>lex electa</i>)
c. il a choisi la loi de sa nationalité (étrangère) lors de l'élection pour régir la totalité ou une partie de la succession → succession mobilière et immobilière régies en tout ou en partie par une loi étrangère (<i>lex electa</i>)	c. il a choisi la loi québécoise pour régir la totalité ou une partie de la succession et il avait la nationalité (canadienne) lors de l'élection (l'existence de liens étroits avec le Québec peut être requise) → succession mobilière et immobilière régies en tout ou en partie par la loi du Québec (<i>lex electa</i>) ³⁹
d. il a choisi la loi de sa nationalité (étrangère) au moment du décès pour régir la totalité de la succession → succession mobilière et immobilière régies en tout ou en partie par une loi étrangère (<i>lex electa</i>)	d. il a choisi la loi québécoise pour régir la totalité ou une partie de la succession et il avait la nationalité (canadienne) lors de son décès (l'existence de liens étroits avec le Québec peut être requise) → succession mobilière et immobilière régies en tout ou en partie par la loi du Québec (<i>lex electa</i>)
e. il a choisi la loi de l'État de situation (étranger) d'un immeuble pour régir la succession sur cet immeuble → succession sur cet immeuble régie par une loi étrangère (<i>lex electa</i>)	e. il a choisi la loi de l'État de situation (québécois) d'un immeuble pour régir la succession sur cet immeuble → succession sur cet immeuble régie par la loi du Québec (<i>lex electa</i>)

4.2 Le mépris de l'élément d'extranéité au détriment de la règle de conflit successorale dans la pratique jurisprudentielle

Un examen de la jurisprudence révèle que le raisonnement conflictuel est totalement absent de l'interprétation judiciaire des règles en matière des lettres de vérification. En appliquant auto-

38. Lorsque le nouveau *Code de procédure civile* (PL 28) entrera en vigueur, l'autorité judiciaire sera compétente pour l'octroi des lettres de vérification malgré le dernier domicile étranger du *de cujus*, suivant les conditions de l'article 46 du PL 28.

39. Cette difficulté d'interprétation découlant du choix de la loi nationale par les ressortissants des États plurilégislatifs comme le Canada est analysée par Stéphanie GHOZLAN, *La désignation de la loi applicable en matière de successions internationales : La professio juris en droit international privé québécois et comparé*, mémoire de M Sc, Université de Montréal, 2012 [non publié], p. 61 à 63.

matiquement le droit des successions du *Code civil du Québec* sans interroger la règle de conflit successorale, le tribunal saisi par une requête en délivrance des lettres de vérification fait fi des éléments d'extranéité existants et provoque, par voie de conséquence, une désinternationalisation de la relation litigieuse au profit de la *lex fori*⁴⁰. Or, l'application opportuniste de la *lex fori* ne peut s'appuyer sur le principe *auctor regit actum* selon lequel l'autorité publique qui rédige un acte public doit obéir aux règles de l'ordre juridique dont elle tire son investiture. Les règles qui s'imposent à l'autorité en vertu de la *lex auctoris* sont celles qui régissent l'aspect procédural ou formel de l'acte (*l'instrumentum*) et non pas celles qui s'appliquent au rapport de droit substantif contenu dans l'acte (le *negotium*)⁴¹, lequel doit être résolu en ayant recours à la règle de conflit.

La négation du caractère international de la situation juridique par l'application systématique du droit québécois au fond du rapport de droit successoral peut être suffisamment illustrée par l'analyse de l'arrêt *De Freitas (Succession de)*⁴². Cette affaire constitue un véritable cas d'école de ce phénomène de nationalisation de la relation successorale au détriment de la *lex successionis* applicable selon la règle de conflit.

Le litige portait sur le remplacement du liquidateur de la succession d'une personne décédée à Montréal sans testament en laissant des biens immeubles au Portugal (une maison, une grange et trois terrains). Un des neuf enfants de la défunte demanda au tribunal l'émission des lettres de vérification le confirmant dans son rôle de liquidateur de la succession pour pouvoir procéder aux ventes des immeubles de la succession se trouvant au Portugal. La requête a été contestée par six des neuf enfants de la défunte qui demandaient le remplacement du requérant dans sa charge de liquidateur de la succession, en alléguant sa passivité dans l'exécution des fonctions. D'après le tribunal, le requérant, dûment nommé par la majorité des héritiers en application de l'article 785 C.c.Q., ne pouvait être remplacé dans sa charge selon l'article 791 C.c.Q., faute des motifs sérieux à l'appui de ce remplacement. Le tribunal part du présupposé que la succession

40. Voir *Brabant c. Arcanum*, JE 2003-1401 (C.Q.) ; *Fleischer (Estate of)*, 2013 QCCS 3964 ; *De Freitas (Succession de)*, BE 2004BE-56 (C.S.) [*De Freitas*].

41. Pierre CALLÉ, *L'acte public en droit international privé*, Paris, Economica, 2004, p. 75 [CALLÉ].

42. *Supra*, note 40.

ab intestat est dévolue aux enfants en parts égales et tranche le débat en appliquant les règles québécoises sur la désignation de liquidateur. La décision ne contient aucune référence à la règle de conflit de l'article 3098 C.c.Q. pourtant d'inévitable application en matière de succession internationale.

Devant une situation présentant un élément d'extranéité, l'opération de qualification de la question en litige est la première étape dans la démarche interprétative présidant au raisonnement conflictuel. Il s'agissait d'une demande en remplacement du liquidateur de la succession, ce qui fait partie du domaine d'application de la catégorie successorale en droit international privé québécois⁴³. Comme le litige portait sur une matière relevant de la loi applicable à la succession, la prise en compte de l'élément d'extranéité «situation des immeubles successoraux en dehors du Québec » aurait dû conduire le tribunal à l'application de la règle de conflit successorale suivant laquelle la succession sur des immeubles est régie par la loi de l'État dans lequel ils sont situés, en l'espèce, la loi portugaise.

Or, en vertu de l'article 2080 du Code civil portugais⁴⁴, dans la succession *ab intestat*, la fonction de liquidateur (*cabeça-de-casal*) correspond en premier lieu au conjoint survivant, et à défaut de conjoint, aux héritiers légaux au degré de parenté le plus proche. La détermination des personnes ayant vocation à succéder *ab intestat* étant gouvernée par la loi successorale portugaise, la totalité de la succession était dévolue en parts égales aux descendants du *de cujus* dans l'absence de conjoint survivant

43. *Juris-classeur Québec, Droit international privé*, « Successions internationales », fasc. 22, par Gerald Goldstein, feuilles mobiles (à jour au 2 novembre 2012), Lexis-Nexis Canada, par. 47. En revanche, dans les systèmes de *common law*, toute demande concernant la désignation d'un *executor* ou d'un *administrator* de la succession relève de la *lex fori*.

44. Artigo 2080. (*A quem incumbe o cargo*)
1. O cargo de cabeça-de-casal defere-se pela ordem seguinte :
a) Ao cônjuge sobrevivente, não separado judicialmente de pessoas e bens, se for herdeiro ou tiver meação nos bens do casal ;
b) Ao testamentário, salvo declaração do testador em contrário ;
c) Aos parentes que sejam herdeiros legais ;
d) Aos herdeiros testamentários.
2. De entre os parentes que sejam herdeiros legais, preferem os mais próximos em grau.
3. De entre os herdeiros legais do mesmo grau de parentesco, ou de entre os herdeiros testamentários, preferem os que viviam com o falecido há pelo menos um ano à data da morte.
4. Em igualdade de circunstâncias, prefere o herdeiro mais velho.

(article 2133 du Code civil portugais). Parmi les héritiers du même degré de parenté, la charge de liquidateur incombe de plein droit à ceux qui auront vécu avec le défunt au moins un an avant le décès (article 2080 (3) du Code civil portugais). Si plusieurs héritiers remplissent ces conditions, la loi accorde la préférence à l'héritier le plus âgé (article 2080(4) du Code civil portugais).

À la lumière de la loi applicable aux faits de l'arrêt *De Freitas* (la loi portugaise de situation des immeubles successoraux) la désignation du liquidateur faite à la majorité des héritiers présents n'était pas valide, car l'article 2084 du Code civil portugais impose la règle de l'unanimité pour déroger à la désignation légale. Cette charge correspondait de plein droit à l'enfant ayant vécu avec sa mère au moins un an avant le décès. En cas de pluralité d'enfants remplissant cette condition, le plus âgé avait la préférence, le tout suivant l'article 2080, al. 4 du Code civil portugais.

Le recours au raisonnement conflictuel se heurte cependant aux règles en matière de preuve de la loi étrangère. En vertu de l'article 2809 C.c.Q., le juge n'est pas tenu d'appliquer d'office la loi étrangère, mais il peut en prendre connaissance pourvu qu'elle ait été alléguée par les parties. Certes, cette disposition empêche que l'on puisse reprocher au juge d'avoir passé outre l'élément international le conduisant à la loi étrangère et d'avoir traité le litige comme s'il était interne alors qu'il était international. Mais cela ne nous empêche pas de soulever la difficulté qu'une telle démarche peut poser pour le règlement successoral dans l'État de situation des immeubles dépendant de la succession. Il est en effet contradictoire que l'on ignore la loi étrangère applicable lorsqu'il s'agit de confectionner la preuve de la succession internationale, d'autant plus qu'elle est *exclusivement* destinée à l'étranger! Une autre raison nous autorise à faire la critique de la solution jurisprudentielle. C'est que l'article 2809 C.c.Q. n'est pas applicable à l'activité notariale, la règle de conflit de l'article 3098 C.c.Q. étant d'inévitable application au rapport de droit successoral consigné par le notaire rédacteur des lettres de vérification.

En définitive, la décision de la Cour supérieure du Québec dans l'affaire *De Freitas* permet d'illustrer l'influence de l'élément international de la situation successorale constatée par des lettres de vérification sur la loi applicable à celle-ci en vertu de la règle de conflit. Elle démontre également les écueils auxquels peut conduire la substitution injustifiée de la loi étrangère appli-

cable par la *lex fori* en une matière où les effets s'accomplissent précisément en dehors de la juridiction territoriale de l'État du for.

5. Reconnaissance internationale des lettres de vérification

La réflexion sur l'aspect international des lettres de vérification ne peut rester confinée à la question de la loi applicable à la succession. Il importe surtout de déterminer dans quelle mesure l'objectif avoué du législateur avec la création d'une telle institution – soit celui de «servir hors du Québec»⁴⁵ comme preuve de la succession – pourra être atteint.

5.1 Observations critiques préliminaires

Sur le plan international, certaines observations critiques s'imposent à l'égard de cette institution atypique du droit québécois. L'atypicité des lettres de vérification résulte de leur fonction principale consistant dans la production à l'étranger de ses effets juridiques. Étant un mécanisme conçu pour ne régir qu'au-delà des frontières de l'État d'origine, sa mise en œuvre se heurte à certains écueils.

Une première remarque sur l'objet de la reconnaissance des lettres de vérification est à signaler. Compte tenu que la méthode de la reconnaissance tend à assurer à l'acte public étranger un rayon d'efficacité égal à celui dont il bénéficie dans l'État d'origine, la question est ici de savoir quels sont ces effets internes dont on prétend l'extension transfrontalière. Or, l'identification des effets des lettres de vérification en droit interne s'avère une démarche infructueuse, le successible désigné dans les lettres de vérification ne pouvant invoquer son droit héréditaire au Québec sur la base du document. Avec cet instrument exclusivement «destiné à l'étranger», il se produirait une hypothèse paradoxale dans l'optique de la méthode de la reconnaissance des actes : l'État d'accueil serait appelé à reconnaître un document dépourvu de toute efficacité matérielle dans l'État d'origine. Cette flagrante contradiction pourrait être résolue par un raisonnement *a priori*, si l'on considère que les effets «internes» dont on requiert la recon-

45. Article 892 C.p.c.

naissance internationale sont ceux qui sont prévus par l'ordre juridique d'origine (preuve de la qualité d'héritier et de la condition de liquidateur de la succession), malgré le fait qu'ils vont se déployer en dehors du territoire de l'État législateur. La commodité de l'argument ne peut pourtant masquer la contradiction lorsqu'il s'agit d'introduire l'effet normatif de l'acte dans l'État auquel il se destine.

La difficulté évoquée a trait aux règles spécifiques de reconnaissance de l'État étranger de réception. La reconnaissance des lettres de vérification suppose l'accueil, dans l'État étranger de destination, de la situation juridique qu'elles constatent. Or, la détermination de la portée des actes émis à l'étranger sur le for d'accueil relève du pouvoir législatif de l'État requis. Dès lors, l'efficacité transfrontalière des actes nationaux ne peut être réglée à l'avance, par des règles matérielles de l'État d'origine du document, telle une disposition dont l'objectif serait de consacrer un état de droit déterminé dans un territoire étranger⁴⁶. Cette position unilatérale serait attentatoire à la souveraineté de l'État d'accueil, le législateur ne pouvant prétendre légiférer pour l'étranger.

Si le régime juridique applicable à la reconnaissance dépend de la méthode de réception des actes publics étrangers en vigueur dans l'État d'accueil, la création d'une institution juridique dont les effets sont « destinés à l'étranger » (article 892 C.p.c.) est moins le fruit de l'exercice d'un pouvoir normatif que l'expression d'un vœu du législateur. Le constat antérieur nous oblige à analyser la formule de l'article 892 C.p.c. d'un œil critique sinon suspect. La prétention du législateur québécois à la reconnaissance internationale des lettres de vérification est aussi ambitieuse qu'utopique.

46. Une telle disposition se comprend uniquement dans un contexte législatif harmonisé, où les États appliquent un système commun de reconnaissance, tel qu'il résulte de plusieurs instruments normatifs dont le but est de faciliter la libre circulation des actes publics à l'intérieur de l'espace juridique européen. Avec l'instauration du certificat successoral européen, le Règlement sur les successions 650/2012 fournit une récente illustration du phénomène de reconnaissance mutuelle des actes publics en Europe. Le Parlement et le conseil européen ont opté pour le terme « acceptation » au lieu de celui – plus vague – de reconnaissance pour référer à l'efficacité *de plano* du certificat successoral dans un État de l'Union européenne autre que celui de provenance du document. Le Danemark n'est pas lié par ce Règlement (considérant 83), alors que le Royaume-Uni et l'Irlande devront exercer leur droit d'option pour s'y assujettir. Ces trois États seront considérés comme des « États tiers » aux fins de l'application spatiale du Règlement.

5.2 *Le double aspect de la reconnaissance internationale des lettres de vérification*

La reconnaissance internationale des lettres de vérification en tant qu'acte public générateur d'effets juridiques comporte deux axes principaux, l'un de nature formelle et l'autre à caractère substantiel. Alors que la dimension formelle de la reconnaissance concerne les effets attachés à l'aspect extérieur de l'acte (*l'instrumentum*), sa dimension substantielle réfère à ceux découlant de l'opération juridique qu'il constate (le *negotium*). Or, compte tenu de la nature gracieuse de l'intervention notariale et de la finalité des lettres de vérification en tant que mode de preuve des droits héréditaires, la question de la reconnaissance de la force probante comme effet procédural de l'acte authentique converge sur celle relative à la validité du rapport de droit y contenu.

A. *La reconnaissance de la force probante de l'instrumentum : particularités des lettres de vérification*

L'objet premier de la reconnaissance porte sur la force probante de l'écrit instrumentaire qui véhicule le rapport de droit dont on prétend tirer des conséquences sur le plan international⁴⁷. La distinction entre la valeur probante de l'acte notarié (1) et celle qui découle des décisions judiciaires (2) est prise en compte par la méthode de la reconnaissance. Or, la nature d'acte de juridiction gracieuse que revêt la procédure des lettres de vérification est le point de convergence entre ces deux modes de preuve. Cela justifie qu'on leur accorde le même traitement au plan de leur efficacité internationale.

1) Les lettres de vérification constatées par acte notarié

De la part de l'État requis, la reconnaissance de l'acte authentique suppose l'attribution à celui-ci d'une efficacité probatoire identique à celle dont il jouit dans l'État d'origine. C'est le caractère authentique de *l'instrumentum* que l'on cherche à accueillir, avec la valeur probante privilégiée qui s'attache aux énonciations que l'officier public y a consignées.

47. Étienne PATAUT, « La reconnaissance des actes publics dans les règlements européens de droit international privé », dans Paul LAGARDE (dir.), *Reconnaissance des situations en droit international privé. Actes du colloque international de La Haye du 18 janvier 2013*, Paris, Pedone, 2013 [LAGARDE], p. 147, p. 153.

La présomption de véracité résultant de l'authenticité a ses limites. Elle ne recouvre que les faits constatés *ex proprii sensibus* par le détenteur du pouvoir d'authentification, lesquels seront tenus pour avérés jusqu'à la preuve de leur fausseté. Or, l'acceptation par l'État requis des effets procéduraux des actes publics n'empêche pas leur contestation ultérieure. Des règles spéciales de compétence sont pourtant applicables lorsque l'authenticité de l'acte est en jeu. Un litige portant sur la véracité des faits que l'officier public a accomplis lui-même ou qui se sont déroulés en sa présence suppose la remise en question de sa sincérité en tant que dépositaire d'une parcelle du pouvoir étatique. Partant, seules les juridictions de l'État d'origine du document sont compétentes pour entendre les demandes en inscription de faux visant à attaquer l'authenticité de l'acte, cette procédure ayant pour effet d'anéantir les conséquences que la loi accorde à l'intervention d'une autorité publique.

L'application des postulats antérieurs à la réalité juridique constatée par les lettres de vérification peut poser des difficultés en raison du caractère particulier de cet *instrumentum* et du rôle du notaire dans ce domaine. Contrairement aux actes authentiques qui recueillent une manifestation de volonté privée, le rôle de l'officier public rédacteur des lettres de vérification et le contenu de cet acte authentique assument des traits distinctifs qui influent directement sur la reconnaissance de sa force probante.

Le notaire chargé d'intervenir dans le domaine de la juridiction gracieuse remplit une fonction quasi-judiciaire et le contenu de l'acte est aussi le reflet de cette activité assimilable au pouvoir juridictionnel des magistrats⁴⁸. Dès lors, les éléments de faits et de droit sur lesquels le notaire fonde la déclaration d'existence des droits héréditaires dans le chef des successibles désignés ne sont pas revêtus de la présomption de véracité émanant des actes authentiques car ils n'ont pas été attestés *de visu et auditu* par l'officier public. Ils sont plutôt le résultat d'une opération intellectuelle du notaire qui échappe au domaine de l'authenticité en exigeant de lui un prononcé sur l'application du droit aux faits qui lui sont soumis (*jurisdictio*). Ces éléments bénéficient par contre d'une simple présomption de validité qui place la question de sa

48. « Le notaire est le maître de la preuve à requérir pour former son opinion. En matière de vérification de testaments et de lettres de vérification, c'est le notaire qui exerce la discrétion judiciaire à cet égard. » : BEAUCHAMP et ROY, *supra*, note 6, p. 127.

force probante directement dans le terrain de la reconnaissance du contenu substantif de l'acte.

2) Les lettres de vérification constatées par décision judiciaire

Si l'*instrumentum* qui contient les lettres de vérification est un jugement, la reconnaissance de celui-ci comme acte normatif afin d'intégrer à l'ordre juridique de réception la solution de droit qu'il véhicule peut exister indépendamment de toute procédure d'exequatur. Ainsi, la reconnaissance des jugements étrangers par l'État requis se produirait de plein droit, sous réserve d'un contrôle de sa régularité internationale, par le biais de règles spécifiques de compétence indirecte. Les effets procéduraux qui découlent de la reconnaissance de la décision sont la force probante et l'autorité de la chose jugée. Cette dernière sera reconnue aux décisions qui ne sont pas susceptibles de recours judiciaire dans l'ordre juridique d'origine. Or, une décision dépourvue de l'autorité de la chose jugée, telles les décisions rendues en matière gracieuse⁴⁹, pourra faire l'objet d'une reconnaissance, au même titre que les jugements contentieux⁵⁰.

Comme pour l'acte authentique, la force probante doit être distinguée de l'effet de preuve du droit subjectif dont l'existence est constatée par la décision. Ce dernier effet n'a pas une nature procédurale mais substantielle, car il concerne le droit directement déclaré ou constitué judiciairement. En revanche, sur le plan des effets procéduraux, les faits couverts par la présomption d'exactitude sont ceux qui ont été déclarés dans la décision comme ayant été prouvés et qui en constituent la motivation.

La force probante attachée au dispositif de la décision est celle qui commande la reconnaissance de son efficacité substantielle, c'est-à-dire du droit héréditaire déclaré dans le cas des lettres de vérification. Une telle efficacité ne diverge pas de celle

49. André NADEAU, « L'autorité de la chose jugée », (1963) 9 *R. de D. McGill* 102, 105 ; LESAGE, *supra*, note 12, p. 383 ; Jean-Claude ROYER et Sophie LAVALLÉE, *La preuve civile*, 2^e éd, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008, n° 806.

50. Pierre MAYER, « Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé », dans Paul LAGARDE (dir.), *Le Droit international privé : esprit et méthodes. Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Paris, Dalloz, 2005, p. 552-553 ; CALLÉ, *supra*, note 41, p. 248 ; Ch. PAMBOUKIS, « Les actes publics et la méthode de reconnaissance », dans LAGARDE (dir.), *Reconnaissance des situations... supra*, note 47, p. 137-138 [PAMBOUKIS] ; J-cl Dr Intl, « Effets en France des jugements étrangers – Introduction et délimitation », fasc. 584-10, par. 438, par André Huet.

que la loi confère à l'acte notarié ayant le même objet. Ainsi, au plan de la valeur normative de la décision contenant des lettres de vérification, nous postulons un traitement identique à celui dispensé pour les actes authentiques, en raison de l'identité fonctionnelle que l'on observe entre les rôles du juge et du notaire dans cette procédure gracieuse.

Le contenu de la fonction qu'ils développent justifie cette assimilation de rôles : fonction habilitante, certifiante, de contrôle de légalité, d'appréciation de preuves et de constatation formelle de droits qui exige l'intervention de l'autorité publique pour la configuration d'une situation juridique⁵¹. Par ailleurs, le fait que le jugement constatant des lettres de vérification soit susceptible d'un recours en rectification (absence de chose jugée de la décision) suppose que l'on puisse contredire les faits reconnus par le juge dans la motivation, tout comme l'acte authentique qui peut être désavoué quant au fond. Enfin, en matière de reconnaissance internationale des lettres de vérification, la question de la force probante de l'*instrumentum* (effet procédural) est absorbée par l'effet de preuve du *negotium* constaté (effet substantiel).

B. La reconnaissance de la validité du negotium constaté par les lettres de vérification

L'efficacité substantielle des lettres de vérification réside dans l'effet de preuve du droit subjectif déclaré dans l'acte public (le *negotium*). Elle se traduit dans la considération du rapport de droit y consigné comme valable et efficace sur le territoire de l'État d'accueil. Dans certains systèmes, le contenu substantif de l'acte public étranger contenant la déclaration des droits héréditaires peut faire l'objet d'une méthode générale ou particulière de reconnaissance, sous réserve de son éventuelle contestation (1). Dans d'autres États, le régime juridique peut s'opposer à la reconnaissance d'un titre formel étranger destiné à constater les qualités héréditaires ou de liquidateur de la succession au regard des biens situés sur leur territoire (2).

51. « Une intervention émanant d'une autorité exerçant un pouvoir d'appréciation quant au contenu d'un acte privé en ferait une véritable décision (acte public de caractère « volitif »), sujette aux règles de la reconnaissance des décisions étrangères » : Gérald GOLDSTEIN, « La méthode de la reconnaissance : une nouvelle clé pour décoder les règles relatives à l'effet au Québec d'une transaction internationale », (2009) 68 *R. du B.* 279, 298.

1) Admission de la reconnaissance des lettres de vérification

La matière successorale obéit en général aux règles de reconnaissance des décisions et des actes publics applicables dans l'État de réception⁵². En droit international privé, la doctrine distingue entre les actes publics décisionnels et les actes publics non décisionnels ou simplement formels⁵³. Les premiers ont pour effet la constitution d'un état de droit imposé par l'autorité publique, et par conséquent, ils seraient soumis à la méthode de la reconnaissance *de plano* qui suppose l'intégration dudit effet dans l'ordonnement juridique de l'État d'accueil sans réexamen de la loi applicable par le for. En revanche, les actes publics formels ou non-décisionnels sont producteurs d'un « effet de titre » en ce sens que l'intervention de l'autorité publique est établie par la règle de droit comme une formalité *ad validitatem*⁵⁴. D'après la doctrine dominante, ces actes ne pourront faire l'objet d'une reconnaissance *de plano* au motif que l'intervention de l'officier public n'a pas eu pour effet de purger des vices la convention donnant naissance au rapport privé. Leur efficacité internationale devrait alors relever de la méthode conflictuelle⁵⁵.

Les actes de juridiction gracieuse intègrent la catégorie des actes décisionnels car l'énoncé normatif qu'ils comportent consacrer un état de droit nouveau. Pour déterminer l'effet décisionnel de l'acte public, c'est la nature de celui-ci qu'il faut examiner et non pas l'autorité qui l'a délivré⁵⁶. Que ce soit une autorité juridictionnelle ou un notaire, l'acte gracieux contenant des lettres de

52. BONOMI, *supra*, note 28, p. 403. Certains systèmes prévoient des normes de reconnaissance spécialisées à l'égard des actes publics successoraux. Tel est le cas de l'article 96 de la *Loi de droit international privé suisse* qui dresse de façon limitative les critères selon lesquels sera accueilli l'effet substantiel des décisions et des actes relatifs à la succession, la finalité étant de contrôler de façon indirecte la compétence des autorités ayant délivré ces actes et décisions.

53. Pour une étude sur la classification des actes publics du point de vue de la méthode de la reconnaissance, voir PAMBOUKIS, *supra*, note 50, p. 134 et s. ; CALLÉ, *supra*, note 41, p. 244 et s.

54. *Ibid.*, p. 221-222.

55. Contra PAMBOUKIS, *supra*, note 50, p. 137-139. Pour l'auteur, l'intervention formelle de l'autorité publique rend nécessairement l'acte public, même non-décisionnel, justiciable de la méthode de la reconnaissance.

56. CALLÉ, *supra*, note 41, p. 228. Les interventions gracieuses, qu'elles soient de nature judiciaire ou non-judiciaire, s'insèrent dans un système de surveillance étendue. Dans ce domaine, l'autorité non-judiciaire ne remplit pas une fonction sociale qui diffère de manière essentielle de la fonction du juge de droit commun : STRUYCKEN, *supra*, note 28, p. 113.

vérification doit être considéré comme un acte à effet décisionnel aux fins de sa reconnaissance sur le plan international. Or, cette attitude réceptive vis-à-vis du *negotium* laisse toujours ouverte la possibilité d'une éventuelle contestation de celui-ci, la validité du rapport de droit substantiel n'étant présumée que de façon provisoire (présomption *juris tantum*).

Cette prise de position générale ayant été esquissée, il convient de souligner le caractère hybride du contenu substantif des lettres de vérification tenant à une certaine dualité d'effets qui découlent de l'acte. Nous rappelons que la finalité du document est d'identifier a) les ayants droits du *de cujus* et b) la personne qui détient la charge de liquidateur de la succession. Ce double contenu que l'article 892 C.p.c. assigne aux lettres de vérification font de cet acte un instrument hétérogène quant à sa nature juridique.

Lorsque l'autorité publique déclare à qui appartient la charge de liquidateur de la succession, elle se limite à la constatation formelle d'une désignation volontaire qui puise son existence dans le testament ou dans une convention entre les héritiers. La désignation ne procède donc pas de l'autorité investie d'un pouvoir décisionnel, sauf dans le cas où le jugement accordant les lettres de vérification tranche un différend sur la désignation du liquidateur. Cette partie de l'acte ne participe pas à l'effet décisionnel de l'instrument. Sa validité serait *prima facie* reconnue, mais elle peut être remise en cause à la lumière de la loi applicable à la succession selon la règle de conflit de l'État requis.

Le deuxième volet des lettres de vérification a trait à la désignation des successibles. Celle-ci n'est pas la résultante d'un acte juridique auquel se grefferait l'autorité publique pour fournir l'élément formel nécessaire à la constitution du rapport de droit. Elle dérive plutôt de l'exercice d'un pouvoir de « décision ». Ce contenu normatif constitue le noyau dur de l'acte, en ce sens qu'il détermine l'appartenance de celui-ci à la catégorie des interventions gracieuses en imprimant à ses effets un caractère décisionnel. C'est au regard de ce contenu que l'on peut soutenir la convergence dans les fonctions des autorités – juridictionnelle et notariale – appelées à y intervenir.

Si la position de l'État d'accueil est favorable à la reconnaissance des effets décisionnels de l'acte contenant la désignation des successibles, l'acte sera considéré comme faisant preuve de l'existence et de la régularité des droits héréditaires constatés, sans qu'il soit nécessaire de réexaminer la question de fond d'après le système de conflit du for. Cette présomption n'est pourtant pas irréfragable. Elle peut être renversée au moyen d'un recours en nullité de l'acte authentique ou d'une demande indépendante visant la déclaration des droits héréditaires. Le tribunal saisi d'un recours en nullité de l'acte authentique ou d'une demande en délivrance d'un nouveau certificat successoral statuera conformément à la loi applicable à la succession selon les règles de conflit de son propre ordre juridique. La méthode de la reconnaissance cède alors le pas à la méthode conflictuelle pour décider de l'attribution du droit réclamé⁵⁷.

Cette problématique se pose avec moins d'acuité dans un contexte harmonisé de droit international privé où la loi applicable à la question de fond est la même tant dans l'État d'origine de l'acte que dans l'État d'accueil. Ainsi, la reconnaissance entendue comme assimilation de l'efficacité matérielle des actes dans l'État requis peut s'exprimer en termes d'« acceptation » ou de « circulation » transfrontalière, ce qui élimine les contradictions émanant de la divergence des règles de conflit en la matière⁵⁸.

2) Rejet de la reconnaissance des lettres de vérification

Le refus de reconnaître la solution de droit proposée par les lettres de vérification aux dépens de la règle de conflit du for est un phénomène qui répond notamment au principe de la territorialité des biens. En raison de l'emprise territoriale de la *lex rei sitae*, seraient exclus de la reconnaissance les actes et les décisions sur des immeubles émis par un État autre le *situs*⁵⁹. Cette réticence à l'accueil des actes successoraux étrangers sur des immeubles peut être observée principalement au sein des systèmes scissionnistes qui divisent la loi applicable à la succession selon la nature mobilière ou immobilière des biens.

57. Andreas BUCHER, « La dimension sociale du droit international privé », (2009) 341 *Recueil des cours de l'Académie de droit international* 9, 317.

58. Cette position a été adoptée par le Règlement européen 650/2012 sur les successions en ce qui concerne le certificat successoral européen.

59. Certains États peuvent cependant se réserver une compétence exclusive sur des biens mobiliers situés dans leur territoire, voir l'article 89 du Code de procédure civile brésilien.

Dans les juridictions de droit civil qui suivent le système scissionniste, la négation de la reconnaissance des actes peut résulter d'une règle qui confère aux autorités du *situs* une compétence exclusive sur les immeubles situés dans leur périmètre territorial⁶⁰. En présence d'un jugement québécois contenant des lettres de vérification, c'est au stade du contrôle de la compétence juridictionnelle de l'autorité ayant rendu la décision que surviendra l'impossibilité de sa reconnaissance dans ces États. Cette situation conduit à la scission de fait de la succession, en ce sens que les deux juridictions, celle d'origine et celle d'accueil se considèrent compétentes en la matière⁶¹. La difficulté dérive du fait que la compétence de l'État requis a un caractère d'exclusivité. Au contraire, s'il s'agit d'un acte notarié, c'est plutôt à la lumière des exigences posées par la loi applicable à la succession immobilière que le juge du *situs* pourra écarter sa validité, l'acte notarié n'étant normalement pas soumis au contrôle de la compétence indirecte.

Certains États unitaires adoptent cependant l'approche territorialiste quant à la reconnaissance des actes et des décisions dans le domaine successoral, soit pour sauvegarder la compétence législative de la *lex fori* sur les biens qui y sont situés, soit dans un souci d'effectivité, en exigeant le respect de la *lex rei sitae* par la décision étrangère ou la primauté du point de vue du for sur la loi applicable à la succession. En voici quelques illustrations.

Une compétence exclusive est prévue en faveur des tribunaux autrichiens pour statuer sur l'acquisition successorale des biens immeubles ou des biens meubles situés en Autriche, dans ce dernier cas, à la condition que le défunt ait la nationalité autrichienne ou qu'il soit un apatride ayant la dernière résidence en Autriche⁶². Cette question devient impérativement soumise à la loi autrichienne au titre de loi successorale sur les biens soumis à leur compétence judiciaire (procédure de l'*Einantwortung*). Par ailleurs, l'article 96 de la *Loi de droit international privé suisse* fait dépendre la reconnaissance des actes et des décisions sur des immeubles successoraux du chef de compétence fondé sur le *situs immobilis*. Ces actes et décisions seront reconnus dans le cas où ils

60. Le cas de la France : voir Henri BATIFFOL, note sous Cass 1^{re} civ., 14 mars 1961, (1961) *Rev. crit. dr. int. privé* 774.

61. BONOMI, *supra*, note 28, 108.

62. Ena-Marlis BAJONS, « Rapport de l'Autriche », dans Deutsches Notarinstitut (dir.), *Les Successions Internationales dans l'UE. Perspectives pour une Harmonisation*, Würzburg, Deutsches Notarinstitut, 2004, p. 79.

proviendraient de l'État de situation des immeubles ou, s'ils provenaient d'ailleurs, lorsqu'ils seraient nonobstant reconnus dans cet État. Dans d'autres législations, la reconnaissance des décisions sur des biens situés dans l'État requis peut également être refusée lorsque la loi appliquée par l'État d'origine ne coïncide pas avec celle qui serait applicable à la succession d'après les règles de conflit du for, comme le prévoit l'article 12 du chapitre 2 de la *Loi suédoise sur les conflits de lois* en matière successorale.

Suivant l'approche dualiste qui commande la soumission des biens mobiliers à la loi du dernier domicile du *de cujus* et celle des biens immobiliers à la *lex rei sitae*, les systèmes de tradition anglo-saxonne refusent la reconnaissance des actes et des décisions étrangères portant sur des biens immobiliers situés dans leur territoire. Dans les États de *common law*, les demandes relatives à la transmission des biens successoraux se qualifient comme des questions de procédure soumises à l'autorité du for et relevant directement de la *lex fori*. En ce qui concerne les immeubles, la *lex fori* est impérativement applicable non seulement à la procédure d'administration sous l'autorité judiciaire, mais aussi à la question de la distribution des biens au titre de loi successorale (*lex rei sitae*).

La conception anglo-américaine de la succession exige l'intervention d'un *personal representative* habilité judiciairement pour administrer les biens de la succession et distribuer le solde de l'actif aux héritiers. Pour être considéré comme *administrator* ou *executor* sur les biens situés dans le ressort territorial du for, il est impératif d'avoir obtenu cette investiture par l'autorité locale, au moyen d'un *grant of probate* (succession testamentaire) ou d'un *grant of letters of administration* (succession *ab intestat*).

Une procédure spéciale est pourtant établie en faveur des *grants* délivrés par les tribunaux de certains États appartenant à la *Commonwealth*, étant donné les principes juridiques communs qui les inspirent. Cette procédure dénommée *resealing* (réapposition du sceau de la Cour) a pour objectif de valider un *foreign grant* émis par une cour étrangère afin de reconnaître les pouvoirs du *personal representative* désigné pour administrer les biens situés dans l'État du for.

Une manifestation de ce phénomène de « circulation » des *grants* étrangers dans un espace juridique dominé par la *common*

law est la reconnaissance des lettres de vérification québécoises dans les relations interprovinciales au Canada. Inspirées davantage par l'impératif de l'harmonie des décisions à l'intérieur de la fédération que par l'idée d'une communauté de principes juridiques en matière successorale, certaines provinces canadiennes accordent aux *letters of verification* québécoises le bénéfice de la procédure du *resealing*, celle-ci étant pourtant réservée aux *grants* étrangers de même nature que ceux expédiés par l'autorité locale⁶³.

L'équivalence entre les lettres de vérification et les *grants of representation* des systèmes de *common law* résulte d'une construction fictive du législateur fondée sur des considérations pratiques. Puisque provenant des conceptions juridiques inconciliables, l'une proclamant l'acquisition directe de la succession par les ayants droits, et l'autre exigeant l'intervention d'un *personal representative* comme opération préalable à la distribution des biens aux successeurs, la « ressemblance » entre ces deux institutions devient purement artificielle. Elle constitue à toutes fins pratiques une mesure politique d'harmonisation entre les législations successorales de la *common law* et la loi québécoise au sein de la fédération canadienne.

L'assimilation des lettres de vérification du Québec aux *grants* de la *common law* aux fins de l'administration successorale ne peut être comprise qu'au regard de la nomination du liquidateur de la succession, lequel sera reconnu comme « *personal representative* » sur les biens localisés dans la juridiction du for. Serait par conséquent exclu de l'homologation judiciaire par le biais du *resealing* le contenu relatif à la désignation des successibles ayant des droits sur les biens situés dans la province d'accueil, à partir

63. Les lettres de vérification sont considérées comme un *grant* pour les fins du *resealing* des *foreign grants* au Manitoba (articles 48(4) de *The Court of Queen's Bench Surrogate Practice Act*, CCSM c. C290), en Ontario (article 52(2) de la *Estates Act*, RSO 1990, c. E.21), en Alberta (article 29(1)b) de l'*Administration of Estates Act*, RSA 2000, c. A-2), en Colombie-Britannique (*Wills, Estates and Succession Act*, SBC 2009, c. 13), en Nouvelle-Écosse (article 37(2) de la *Probate Act*, SNS 2000, c. 31). D'après l'article 2.07(3) des *Probate Rules*, NB Reg 84-9 du Nouveau-Brunswick, les lettres de vérification ne font pas l'objet d'une procédure de *resealing* mais plutôt d'une demande pour l'obtention des *ancillary letters probate of a will or letters of administration*, cette dernière procédure étant conçue pour l'homologation des *grants* émis à l'étranger, à la condition que l'*executor* ou l'*administrator* tire son investiture de la loi du dernier domicile du défunt (voir l'article 2.07(2) de cette loi).

des règles de conflit québécoises, cette question étant régie par le système conflictuel du for.

6. Notes finales

La présente étude avait pour but de démontrer le lien inextricable entre la règle de conflit gouvernant les successions internationales et la preuve des droits héréditaires qui en découlent, laquelle est cristallisée par l'acte public contenant les lettres de vérification. L'éventualité de la localisation des immeubles en dehors du Québec, l'exercice par le testateur d'une *professio juris* au profit d'une loi étrangère et le dernier domicile hors Québec du *de cujus* constituent des éléments d'extranéité menant à l'application d'une loi successorale étrangère. Ces facteurs d'internationalité, unis à la libéralisation progressive des règles de compétence pour la délivrance des lettres de vérification, rendent le procédé conflictuel inévitable. Pourtant, dans la pratique jurisprudentielle québécoise, on assiste à un phénomène de « nationalisation » du rapport successoral donnant lieu à la procédure des lettres de vérification. L'automatisme dans l'application du droit successoral québécois résulte d'un mépris de l'élément d'extranéité présent dans la succession internationale et se traduit dans la substitution du raisonnement conflictuel par un lexforisme exacerbé.

L'admission ou le rejet de la reconnaissance des effets normatifs de l'acte contenant des lettres de vérification dépend de la méthode de réception des actes publics établie dans l'ordre juridique de l'État d'accueil. Dès lors, la conception par l'État d'origine d'un mode de preuve exclusivement « destiné à l'étranger » ne garantit aucunement l'efficacité internationale de la solution de droit qu'il propose. L'acte se limite à constater que, d'après la règle de conflit de l'État d'origine, un certain effet juridique s'est produit, dans notre cas, l'attribution des droits héréditaires et de la charge de liquidateur successoral aux personnes désignées.

Les lettres de vérification ont une nature et un contenu hétérogènes qui influent sur la reconnaissance internationale de leurs effets. La nature hétérogène de la procédure dérive des compétences notariale et judiciaire concurrente en la matière, ce qui soulève la question de la force probante des faits constatés

par l'*instrumentum*, acte notarié et jugement respectivement. L'hétérogénéité du contenu repose sur la dualité des mentions y consignées ayant trait d'une part, à l'individualisation des successibles et d'autre part, à la désignation du liquidateur. C'est au regard de son contenu essentiel (l'identification des successibles) que se manifeste la nature d'acte de juridiction gracieuse des lettres de vérification et la convergence dans les fonctions des autorités compétentes – judiciaire et notariale. Sur le fondement de l'identité fonctionnelle de l'autorité publique dans ce domaine de la juridiction gracieuse et du contenu substantif de l'acte qui en résulte, nous préconisons l'existence d'une même valeur normative attachée à l'instrument, qu'il provienne d'un juge ou d'un notaire, ce qui justifie l'application d'un régime juridique commun de son efficacité sur le plan international.

* * *

L'accès à la justice et le succès en conférence de règlement à l'amiable (CRA) : mythes et réalités

Jean-François ROBERGE et Elvis GRAHOVIC

Résumé

Cet article s'intéresse au défi de l'accès à la justice à partir de la perspective des usagers du système judiciaire. Il est fondé sur une étude empirique menée en 2013-2014 auprès des justiciables et des avocats qui ont participé à une conférence de règlement à l'amiable (CRA) à la Cour supérieure du Québec et la Cour du Québec. Cette étude permet d'apprécier si la CRA remplit ses promesses pour favoriser l'accès à la justice, tel que cela était souhaité lorsqu'elle a été introduite au *Code de procédure civile du Québec* en 2003. Notre article démystifie ce qu'est le succès en CRA et le rôle que peut jouer l'avocat négociateur et le juge médiateur pour l'atteindre. Nous présentons certains mythes, c'est-à-dire certaines croyances répandues dans les milieux professionnels du droit comme des hypothèses que nous confirmons ou infirmons en nous fondant sur les résultats de notre étude et sur la littérature professionnelle et scientifique. Nous proposons ensuite des recommandations pour l'avocat négociateur ou pour le juge médiateur afin de leur permettre d'améliorer leur efficacité en CRA au profit des parties et de l'administration de la justice.

L'accès à la justice et le succès en conférence de règlement à l'amiable (CRA) : mythes et réalités

Jean-François ROBERGE et Elvis GRAHOVIC*

INTRODUCTION	439
1. Mythes et réalités quant à la <i>négociation hors cour</i> . . .	446
2. Mythes et réalités quant à l' <i>avocat</i> en CRA	453
3. Mythes et réalités quant au <i>juge</i> en CRA	459
CONCLUSION	467

* Jean-François ROBERGE LL.D. est professeur et directeur des programmes de prévention et règlement des différends à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke. Il forme les juges québécois et canadiens à la CRA. Elvis GRAHOVIC LL.B. est candidat à la maîtrise en prévention et règlement des différends. Nous remercions M. Axel-Luc Hountohotegbè pour son enrichissante contribution à cet article. Nous remercions tous les organismes subventionnaires qui nous ont appuyés : le Barreau de Montréal, la Fondation des études juridiques du Barreau du Québec, la Fondation pour la recherche juridique de même que le Conseil de recherche en sciences humaines du Canada (CRSH) par l'entremise d'une subvention au Centre de Recherche en Droit Public (CRDP) de l'Université de Montréal en soutien au projet : « Vers une cyberjustice ».

INTRODUCTION

L'accès à la justice est un défi majeur pour le système judiciaire canadien¹. Depuis plusieurs années, les modes amiables de règlement des différends sont implantés au sein des tribunaux canadiens et sont considérés comme une voie prometteuse pour favoriser l'accès à la justice². La conférence de règlement à l'amiable (CRA) présidée par un juge a été introduite dans la réforme québécoise de la procédure civile de 2003 dans le but de favoriser un meilleur accès à la justice³. Elle s'inscrivait ainsi dans une tendance canadienne et mondiale forte qui amène le juge à être plus interventionniste⁴. Au Québec, le modèle de médiation judiciaire

1. Canada, Comité d'action sur l'accès à la justice en matière civile et familiale, *L'accès à la justice en matière civile et familiale : Une feuille de route pour le changement*, Ottawa, Octobre 2013 ; La très honorable Beverley McLACHLIN, allocution, Conférence juridique de l'Association du Barreau Canadien, présentée à Vancouver, 2012 ; La très honorable Beverley McLACHLIN, « Access to Civil Justice for Middle Income Canadians Colloquium », allocution présentée à l'Université de Toronto, 2011, en ligne : <<http://www.hosting.eppurence.tv/MUNK/1/watch/219.aspx>> ; La très honorable Beverley McLACHLIN, « Les défis auxquels nous faisons face », allocution prononcée devant l'Empire Club of Canada à Toronto, 8 mars 2007, en ligne : <<http://www.scc-csc.gc.ca/court-cour/judges-juges/spe-dis/bm-2007-03-08-fra.aspx>>. Voir aussi : Trevor C.W. FARROW, *Civil Justice, Privatization, and Democracy*, University of Toronto Press, 2014.
2. Jean-François ROBERGE, « Perspectives on Access to Justice and Dispute Prevention and Resolution: The Canadian Experience », (2013) 17:2 *Dutch-Flemish Mediation and Conflict Management Journal* 13-27 ; Catherine MORRIS, « The Impact of Mediation on the Culture of Disputing in Canada: Law Schools, Lawyers and Laws », dans *Mediation in Asia-Pacific: A Practical Guide to Mediation and Its Impact on Legal Systems*, Fan YANG et Guiguo WANG (éd.), New York, Wolters Kluwer Law & Business, and Hong Kong, CCH Hong Kong, 2013 ; John D. ROOKE, « The Multi-Door Courthouse is Open in Alberta: Judicial Dispute Resolution is Institutionalized in the Court of Queen's Bench », dans Tania SOURDIN et Archie ZARISKI (dir.), *The Multi-Tasking Judge. Comparative Judicial Dispute Resolution*, Thomson Reuters, 2013 ; Louise OTIS, Catherine ROUSSEAU-SAINE et Eric H. REITER, « Confidentiality and Judicial Mediation in Canada », dans Tania SOURDIN et Archie ZARISKI (dir.), *The Multi-Tasking Judge. Comparative Judicial Dispute Resolution*, Thomson Reuters, 2013. Pour une vision critique de la situation au Royaume-Uni, voir Hazel GENN, « What is Civil Justice For? Reform, ADR and Access to Justice », (2012) 24:1 *Yale Journal of Law and the Humanities* 397.
3. Québec, Comité de révision de la procédure civile, *Une nouvelle culture judiciaire*, Montréal, Éditeur officiel, 2001.
4. Yves-Marie MORISSETTE, « Gestion d'instance, proportionnalité et preuve civile. État provisoire des questions », (2009) 50(2) *Cahiers de Droit* 381-413. Denis FERLAND, « La transformation de la justice civile : la "nouvelle culture judiciaire" du juge et des avocats », dans Louis LeBEL et Pierre VERGE (dir.), dans *L'oreille du juge. Études à la mémoire de M^e Robert P. Gagnon*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2007, p. 29. Voir le rapport WOOLF pour comprendre l'origine de cette

privilegié est celui de la résolution de problème intégrative (integrative problem-solving)⁵. L'intervention des juges est davantage axée sur la facilitation de la communication et la compréhension des intérêts (facilitatrice) plutôt que sur l'évaluation du mérite des positions juridiques des parties (évaluative)⁶. Le juge joue un rôle actif de conciliateur dans le « [...] but d'aider les parties à communiquer en vue de mieux comprendre et évaluer leurs besoins, intérêts et positions et à explorer des solutions pouvant conduire à une entente mutuellement satisfaisante pour régler le litige ». (Article 162, Nouveau *Code de procédure civile* du Québec).

Bien que le taux de règlement en CRA soit élevé (80 % en moyenne), nous en savons peu sur la qualité de ce processus et des règlements négociés. Concernant les réformes en matière de justice civile au Québec, les justiciables sont généralement peu ou pas consultés⁷. Pourtant, connaître la perspective des usagers est essentiel afin de fonder les décisions quant aux politiques et actions publiques ou privées visant à relever le défi de l'accès à la

tendance dans les pays de common law et qui fut une source d'inspiration pour la réforme québécoise de la procédure civile de 2003 : The Right Honourable the Lord WOOLF, Master of the Rolls, *Access to Justice. Final Report to the Lord Chancellor on the civil justice system in England and Wales*, Londres, Her Majesty's Stationery Office, July 1996, <www.dca.gov.uk/civil/final/index.htm>.

5. Voir : Institut national de la Magistrature. *Conférence de règlement à l'amiable*. Programme conjoint de formation Cour supérieure du Québec et Cour du Québec. 2014. <www.nji-inm.ca/nji/inm/accueil-home.cfm>.
6. Voir notamment : Jean-François ROBERGE, « The Future of Judicial Dispute Resolution. A Judge Who Facilitates Participatory Justice », dans Tania SOURDIN et Archie ZARISKI (éd.), *The Multi-Tasking Judge. Comparative Judicial Dispute Resolution*, Australia, Thomson Reuters, 2013, p. 21-32 ; Louise OTIS et Eric H. REITER, « Judicial Mediation in Quebec », dans Nadja ALEXANDER (éd.), *Global Trends in Mediation*, 107 2^e éd., 2006 ; Louise OTIS et Eric H. REITER, « A New Phenomenon in the Transformation of Justice », (2006) 6 *Pepp. Disp. Resol. L.J.* 351 ; Jean-François ROBERGE, « Rendre justice en médiation judiciaire. Peut-on améliorer le système judiciaire ? », dans Vincente FORTIER (dir.), *Le droit à l'épreuve des changements de paradigme*, Montpellier, Éditions CNRS, 2008 ; Suzanne COURTEAU, « La conciliation judiciaire à la Cour supérieure », (2005) *R.P.R.D.* 51 ; Jean-François ROBERGE, « La conférence de règlement à l'amiable : les enjeux du raisonnement judiciaire et du raisonnement de résolution de problème », (2005) 3:1 *R.P.R.D.* 25 ; Louise OTIS, « La conciliation judiciaire à la Cour d'appel du Québec », (2003) *R.P.R.D.* 1.
7. Hubert REID, « Le justiciable est-il toujours au centre des réformes de la justice civile ? », dans Pierre NOREAU (dir.), *Révolutionner la justice : constats, mutations et perspectives d'avenir – Les journées Maximilien-Caron 2009*, Montréal, Éditions Thémis, 2010 ; Sylvio NORMAND, « De la difficulté de rendre une justice rapide et peu coûteuse : une perspective historique », (1999) 40 *Cahiers de Droit* 13, 30. Voir également : Julie MacFARLANE, « The Future of the Civil Justice System: Three Narratives about Change », (2009) 35 *The Advocates' Quarterly* 284, 303 : « Historically, the legal system has been able to conduct its own affairs, including procedural reforms, with a minimum of input from the outside ».

justice. Avant ce jour, aucune étude empirique à l'échelle québécoise n'avait encore été faite pour mesurer comment les parties et les avocats perçoivent l'offre de justice de la CRA⁸. Est-ce que les usagers de la CRA sentent qu'ils ont eu « accès à la justice » ? Est-ce que la CRA répond aux attentes portées par la réforme de la procédure civile de 2003 ? Parvient-elle avec succès à faciliter un « sentiment d'accès à la justice » chez le justiciable ? Le manque de données empiriques permettant de prendre des décisions éclairées a d'ailleurs été identifié comme étant une importante lacune du système judiciaire, ce qui a ultimement un impact négatif sur l'accès à la justice⁹. Dix ans après 2003, afin de pallier à cette importante lacune et permettre une amélioration continue de la CRA, les tribunaux québécois ont choisi de faire une étude empirique sur son évolution et dresser un bilan¹⁰.

Ce projet de recherche empirique a été mené avec la collaboration de la Cour supérieure du Québec, de la Cour du Québec et de plusieurs barreaux de section¹¹. Nous avons choisi de questionner les usagers de la CRA, c'est-à-dire les parties et les avocats, pour connaître leur satisfaction et mieux comprendre les forces et les faiblesses de la CRA dans une perspective d'amélioration continue. Un total de 740 participants ont rempli un questionnaire comportant une soixantaine de questions sur l'appréciation de la conférence de règlement à l'amiable¹². Nous avons recueilli

8. Une étude a été menée dans le district de Longueuil pour évaluer le projet-pilote en gestion hâtive de l'instance de la Cour du Québec. Voir : Pierre NOREAU, *Les conférences de conciliation et de gestion judiciaire*, Cour du Québec. Projet pilote de Longueuil 2009. Rapport de recherche. Juin 2010.
9. Canada, Association du Barreau Canadien, Rapport du Comité de l'accès à la justice, *Atteindre l'égalité devant la justice : une invitation à l'imagination et à l'action*, 2013, p. 160 ; Canada, Comité d'action sur l'accès à la justice en matière civile et familiale, *L'accès à la justice en matière civile et familiale. Une feuille de route pour le changement*, 2013, p. 26 ; Hubert REID, « L'avenir de la justice civile au Québec : doit-on espérer ou se résigner ? » dans Benoît MOORE, Catherine PICHE, et Marie-Claude RIGAUD (dir.) *L'avocat dans la cité : éthique et professionnalisme*, Montréal, Éditions Thémis, 2012, p. 19-32.
10. Ce projet fut dirigé par le professeur Jean-François ROBERGE, directeur du programme de deuxième cycle en Prévention et Règlement des Différends (PRD) de la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke. Il a été réalisé avec la collaboration du juge Pierre C. GAGNON de la Cour supérieure du Québec pendant son congé d'étude en 2012- 2013.
11. Les barreaux des districts judiciaires suivants ont participé à l'étude : Arthabaska, Bedford, Laurentides-Lanaudière, Laval, Longueuil, Montréal, Outaouais, Québec, Saint-François et Saguenay-Lac Saint-Jean.
12. Parmi les participants, on dénombre 380 justiciables (ce qui représente 51 % de l'échantillon, avec 259 répondants pour la Cour supérieure du Québec et 121 pour la Cour du Québec), et 360 avocats (ce qui représente 49 % de l'échantillon, avec

l'expérience vécue par les participants à partir d'un questionnaire (français et anglais) auto-administré qui a fait l'objet d'une seule passation à la fin de la CRA. Les parties et les avocats ont pu remplir et remettre le questionnaire sur place ou le retourner par la poste dans une enveloppe préaffranchie. Puisque chaque expérience de CRA est unique, les parties et avocats ont pu remplir le questionnaire autant de fois qu'ils ont participé à une CRA.

Notre étude mesure empiriquement le succès de la CRA sous l'angle du *sentiment d'accès à la justice* ressenti par ses usagers. Notre étude est une contribution originale pour mieux comprendre l'accès à la justice à partir de la perspective des usagers, un besoin clairement identifié notamment dans les rapports canadiens du Comité national d'action sur l'accès à la justice en matière civile et familiale et de l'Association du Barreau Canadien publiés en 2013¹³. Sur le plan social, le degré de satisfaction par rapport à la « justice » perçue par le justiciable peut avoir un impact sur la confiance qu'il porte à l'égard du système judiciaire qui constitue un pilier important de l'adhésion citoyenne à l'état de droit¹⁴. Sur un plan pragmatique, identifier les facteurs qui motivent le règlement à l'amiable et leur degré d'influence peut avoir un impact significatif sur l'amélioration de l'administration de la justice par la réduction du nombre de dossiers se rendant à procès et l'impact positif qui en découle quant à la réduction des coûts et délais¹⁵. Ce sont deux volets complémentaires de l'évalua-

210 répondants pour la Cour supérieure du Québec et 150 pour la Cour du Québec).

13. Canada, Association du Barreau Canadien, Rapport du Comité de l'accès à la justice, *Atteindre l'égalité devant la justice : une invitation à l'imagination et à l'action*, Novembre 2013 ; Canada, Comité d'action sur l'accès à la justice en matière civile et familiale, *L'accès à la justice en matière civile et familiale. Une feuille de route pour le changement*, Octobre 2013.
14. Pour le bénéfice social potentiel, voir : The World Justice Project, *WPJ Rule of Law Index 2014*, en ligne : <worldjusticeproject.org> <http://worldjusticeproject.org/sites/default/files/files/wjp_rule_of_law_index_2014_report.pdf>. Canada, Association du Barreau Canadien, Rapport du Comité de l'accès à la justice, *Atteindre l'égalité devant la justice : une invitation à l'imagination et à l'action*, Novembre 2013 ; Canada, Comité d'action sur l'accès à la justice en matière civile et familiale, *L'accès à la justice en matière civile et familiale. Une feuille de route pour le changement*, Octobre 2013.
15. Pour le bénéfice pragmatique potentiel, voir : Inessa LOVE, *Settling Out of Court. How Effective is Alternative Dispute Resolution?*, ViewPoint. Public Policy for the Private Sector. World Bank Group. Note number 329, October 2011. En ligne : <<http://siteresources.worldbank.org/FINANCIALSECTOR/Resources/282044-1307652042357/VP329-Setting-out-of-court.pdf>> ; Investment Climate Advisory Services of the World Bank Group, *Alternative Dispute Resolution Guidelines*, 2011. En ligne : <<http://documents.banquemondiale.org/curated/fr/2011/06/16632133/alternative-dispute-resolution-guidelines>>.

tion du succès de la CRA introduite dans la réforme de la procédure civile de 2003.

Notre étude innove puisqu'elle est la première à mesurer le *sentiment d'accès à la justice* (SAJ) des usagers du système judiciaire¹⁶. Cette évaluation peut être interprétée comme leur degré de satisfaction par rapport à leurs besoins. Le SAJ est la combinaison de trois expériences vécues par les usagers de la CRA soit (1) le sentiment d'équité¹⁷, (2) le sentiment d'utilité¹⁸ et (3) le sentiment de support professionnel¹⁹. Ces trois sentiments sont composés

16. Le cadre de référence est présenté en détail dans le rapport de recherche : Jean-François ROBERGE, *Le sentiment d'accès à la justice et la conférence de règlement à l'amiable. Rapport de recherche sur l'expérience des justiciables et avocats à la Cour supérieure du Québec et à la Cour du Québec*, Décembre 2014.
17. Le sentiment d'équité correspond à l'évaluation de la qualité du résultat et de la qualité du processus par les justiciables et les avocats qui participent à la CRA. Pour les fondements au sentiment d'équité voir notamment : Tom R. TYLER, *Why People Cooperate: The Role of Social Motivations*, Princeton University Press, 2011 ; Daniel BALLIET et Paul A.M. VAN LANGE, « Trust, Conflict and Cooperation: A Meta Analysis », (2013) 139:5 *Psychological Bulletin* 1090 ; Tom R. TYLER, « Justice Theory », dans Paul A.M. VAN LANGE, Arie W. KRUGLANSKY et Tory HIGGINS (dir.), *Handbook of Theories of Social Psychology*, Sage, 2011 ; Paul A.M. VAN LANGE, David De CREMER, Eric VAN DIJK et Mark VAN VUGT, « Self-interest and beyond », dans Arie W. KRUGLANSKY et Tory HIGGINS (éd.), *Social Psychology Handbook of Basic Principles*, 2^e éd., New York, Guilford Press, 2007 ; Russell CROPANZANO, David E. BOWEN et Stephen W. GILLILAND, « The Management of Organizational Justice », (2007) 21:4 *Academy of Management Perspectives* 34-48.
18. Le sentiment d'utilité correspond à l'évaluation de la valeur de la CRA en termes de rapport entre les coûts et les bénéfices. Pour ses fondements voir notamment : Alexandre DÉSY, *L'efficacité de la médiation judiciaire*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2014 ; Éric LANGLAIS et Nathalie CHAPPE, « Analyse économique de la résolution des litiges », dans Bruno DEFFAINS et Éric LANGLAIS (dir.), *Analyse économique du droit. Principes, méthodes, résultats*, De Boeck, 2009, p. 106 ; Bruno DEFFAINS, « L'analyse économique de la résolution des conflits juridiques », (1997) 12:3 *Revue française d'économie* 57 ; Steven SHAVELL, « Alternative Dispute Resolution: An Economic Analysis », (1995) 24(1) *Journal Legal Studies* 10 ; Robert D. COOTER, et Daniel L. RUBINFELD, « Economic Analysis of Legal Disputes and Their Resolution », (1989) 27(3) *Journal of Economic Literature* 1067 ; Richard A. POSNER, « An Economic Approach to Legal Procedure and Judicial Administration », (1973) 2 *Journal of Legal Studies* 279 ; John P. GOULD « The Economics of Legal Conflicts », (1971) *Journal of Legal Studies* 61 ; William L. LANDES, « An Economic Analysis of the Courts », (1971) 14 *JL and Econ* 61.
19. Le sentiment de support professionnel correspond à l'évaluation de la qualité de l'intervention du juge médiateur pour aider les parties à obtenir justice. Pour ses fondements voir notamment : Tania SOURDIN et Archie ZARISKI, « Introduction », dans Tania SOURDIN et Archie ZARISKI (éd.), *The Multi-Tasking Judge. Comparative Judicial Dispute Resolution*, Australia : Thomson Reuters, 2013, p. 1 ; Jean-François ROBERGE, « The Future of Judicial Dispute Resolution. A Judge Who Facilitates Participatory Justice », dans Tania SOURDIN et Archie ZARISKI (éd.), *The Multi-Tasking Judge. Comparative Judicial Dispute Resolution*, Australia, Thomson Reuters, 2013, p. 21-32 ; Archie ZARISKI, « Understanding Judge's Responses to Judicial Dispute Resolution: A Framework for

de quatre niveaux de satisfaction évalués par les usagers quant à (1) la qualité des résultats (équitable, réparateur, fonctionnel, transparent), (2) la qualité du processus (équitable, informationnel, interpersonnel), (3) la valeur du rapport coûts/bénéfices (ressources, psychologique, opportunités) et (4) la qualité du support du juge en CRA²⁰.

En résumé, les résultats généraux de notre article démontrent que le niveau global d'accès à la justice vécu par les usagers de la CRA correspond à 83 sur un maximum de 100²¹. Le degré de satisfaction moyen chez les usagers de la CRA est donc de 83 %²². Le sentiment de support professionnel par le juge et le sentiment d'utilité sont perçus par les usagers comme étant les forces de la CRA (taux de satisfaction de 89 % et 87 % respectivement). Le sentiment d'équité vécu par les usagers de la CRA pourrait être amélioré (taux de satisfaction de 71 %). Le taux global de règlement à l'amiable est de 83 % dans notre échantillon de répondants.

Ces résultats apportent une réponse aux critiques à l'efficacité sur le plan social et pragmatique de la médiation judiciaire²³. Les usagers ont la perception que la CRA est équitable quant à son processus et ses résultats, que la CRA est utile selon leur évaluation de sa valeur en termes de rapport coûts-bénéfices, et qu'ils sont supportés efficacement par le juge médiateur. Le taux élevé

Comparison », dans Tania SOURDIN et Archie ZARISKI (éd.), *The Multi-Tasking Judge. Comparative Judicial Dispute Resolution*, Australia, Thomson Reuters, 2013 ; Machteld de HOON et Susan VERBERK, « Judicial Conflict Management: What Brings Litigants to Court? », dans Tania SOURDIN et Archie ZARISKI (éd.), *The Multi-Tasking Judge. Comparative Judicial Dispute Resolution*, Australia, Thomson Reuters, 2013, p. 87 ; Jean-François ROBERGE, « Could Judicial Mediation Deliver a Better Justice? Supposing We Trained Judges as Expats? », (2010) 1:1 *Revue d'arbitrage et de médiation / Journal of Arbitration and Mediation (RAMJAM)* 3.

20. Martin GRAMATIKOV, Maurits BARENDRECHT et Jin Ho VERDONSCHOT, « Measuring the Costs and Quality of Paths to Justice: Contours of a Methodology », (2011) 3 *Hague Journal on the Rule of Law* 349.

21. Les résultats sont présentés en détail dans le rapport de recherche : Jean-François ROBERGE, *Le sentiment d'accès à la justice et la conférence de règlement à l'amiable. Rapport de recherche sur l'expérience des justiciables et avocats à la Cour supérieure du Québec et à la Cour du Québec*, Décembre 2014.

22. L'index du SAJ est calculé sur la base des moyennes des réponses des participants à l'étude. Chacun des trois sentiments (équité, utilité, support) a un poids équivalent dans le calcul du SAJ global.

23. Notre étude mesure des perceptions. Elle n'a pas pour objectif de mesurer l'efficacité sur le plan économique de la CRA à l'amélioration de l'administration de la justice. Sur le sujet de l'analyse économique du droit appliqué à la conférence de règlement à l'amiable, voir notamment : Alexandre DÉSY, *L'efficacité de la médiation judiciaire*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2014.

de *sentiment d'accès à la justice* est un indicateur important pour nous permettre d'apprécier si la CRA remplit ses promesses pour favoriser l'accès à la justice sur le plan social et pragmatique, tel que cela était souhaité lorsqu'elle a été introduite au *Code de procédure civile du Québec* en 2003. Ces résultats offrent des points de référence permettant aux tribunaux de connaître et de déterminer les aspects qu'ils souhaitent améliorer et ultimement de déterminer le niveau d'accès à la justice souhaité. Dans cette optique, les tribunaux pourraient se servir de ces résultats afin d'évaluer leur rendement dans le temps et déterminer au fil des ans s'il y a amélioration ou dégradation de la qualité de la justice vécue en CRA. Nos résultats peuvent servir de point de référence (benchmark) pour mesurer l'impact de futurs changements d'orientation ou de pratique que la Cour souhaiterait mettre de l'avant.

Dans le présent article, nous avons choisi d'appliquer les résultats détaillés de notre recherche aux pratiques concrètes des avocats et des juges en CRA. Nous présentons neuf mythes²⁴, c'est-à-dire neuf croyances régulièrement rencontrées dans le milieu juridique regroupées selon trois catégories : (1) la négociation hors cour, (2) l'avocat en CRA et (3) le juge en CRA. Nous validons ces mythes en les confirmant ou en les infirmant en nous fondant sur les résultats détaillés de notre étude empirique et la littérature professionnelle et scientifique²⁵. Nous discutons ensuite les implications de ces résultats pour le praticien et nous formulons des recommandations pour améliorer leur efficacité en CRA. Une perception plus juste de la réalité vécue par les parties amène une perspective permettant aux acteurs juridiques de contribuer positivement à l'enjeu de l'accès à la justice.

24. Nous utilisons le concept de mythe au sens populaire du terme, soit une croyance répandue dans un milieu mais non vérifiée et qui peut s'avérer infondée.

25. Sur le plan méthodologique, nous avons utilisé des méthodes d'analyse de corrélations et de comparaison de moyennes entre des groupes de répondants. Afin d'avoir une lecture correcte et une interprétation juste des résultats de recherche que nous présentons dans cet article, il faut bien comprendre que notre étude n'établit pas de lien de causalité (ex. : A est la cause de B), mais plutôt des liens de corrélation qui se traduisent en facteur d'influence (ex. : lorsque A s'est produit, les facteurs X, Y, Z étaient présents). Plus un facteur est présent lors de la survenance d'un résultat, plus on peut dire que son influence est grande dans la survenance de ce résultat. Nous ne présentons que des résultats statistiquement significatifs, ce qui veut dire que ces résultats ne peuvent être attribués au hasard et nous pouvons affirmer qu'ils sont en relation avec les facteurs mesurés avec un certain taux de certitude (généralement de 99 %). Il est donc juste d'affirmer que la survenance de A est reliée à la présence des facteurs X, Y, Z et que cette relation n'est pas due au hasard.

1. Mythes et réalités quant à la *négociation hors cour*

Mythe 1 – Régler la veille du procès permet une solution plus satisfaisante pour notre client

L'utilisation de la pression du temps est une technique de négociation distributive fort répandue dans le milieu juridique²⁶. Plusieurs croient qu'il est préférable d'attendre à la dernière minute pour négocier « sur les marches du palais », soit le moment où la pression créée par l'épée de Damoclès que représente le procès est à son paroxysme. L'idée est de faire « craquer » l'adversaire sous la pression et ainsi obtenir une concession avantageuse et satisfaisante pour notre client. Est-ce que cette croyance répandue dans le milieu juridique tient la route sur le plan empirique ?

Selon les résultats de notre étude, nous pouvons affirmer que régler la veille du procès n'a pas de lien de relation avec la satisfaction des parties à la négociation. Ce mythe serait donc faux pour deux raisons. Premièrement, nous avons remarqué que la satisfaction décroît lorsque les coûts augmentent. Évidemment, plus le procès approche et plus les coûts liés à sa préparation augmentent. Dans notre étude, les coûts assumés par les parties pour obtenir justice ont été évalués selon trois catégories à savoir : (1) ressources financières – frais judiciaires et extrajudiciaires liés au processus judiciaire (honoraires d'avocat, les frais d'huissiers, de témoins et d'experts, les dépenses liées à la recherche, la collecte, la traduction et la communication de l'information, etc.) ; (2) psychologique et émotionnel (stress, émotions négatives, insécurité, etc.) ; (3) opportunités en relation et réputation (réseau de contacts, clientèle, bailleurs de fonds, partenaires d'affaires, etc.)²⁷. Les résultats de notre étude démontrent qu'en moyenne la satisfaction décroît de façon significative lorsque plus de 31 000 \$

26. Jean-François ROBERGE, *La justice participative – Changer le milieu juridique par une culture intégrative des règlements des différends*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2011, p. 289-291.

27. Martin GRAMATIKOV et al., *A Handbook for Measuring the Costs and Quality of Access to Justice*, en ligne : [measuringaccesstojustice.com](https://www.measuringaccesstojustice.com) <https://www.measuringaccesstojustice.com/wp-content/uploads/2011/03/Handbook_v1.pdf>; Martin GRAMATIKOV, Maurits BARENDRECHT et Jin Ho VERDONSCHOT, « Measuring the Costs and Quality of Paths to Justice: Contours of a Methodology », (2011) 3 *Hague Journal on the Rule of Law* 349-379 ; Mark A. COHEN, *The Costs of Crime and Justice*, New Ed, Routledge, 2005 ; Paul DOLAN et Tessa PEASGOOD, « Estimating the Economic and Social Costs of Crime », (2007) 47 *British Journal of Criminology* 121-132 ; Alexandre DÉSY, *L'efficacité de la médiation judiciaire*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2014.

en ressources financières ont été investis. Elle est significativement moins élevée lorsque les parties ont perdu plus de 10 000 \$ en opportunités et lorsqu'elles ont investi plus de 100 heures²⁸. Deuxièmement, les résultats de notre étude révèlent que le développement de la confiance entre les parties par la communication est le facteur qui influence le plus la satisfaction quant au sentiment utilitariste en CRA. En d'autres mots, les parties considèrent que le processus de la CRA valait l'investissement financier, psychologique et en opportunités lorsque la communication permettait de créer la confiance entre les parties. Or, attendre la veille du procès en espérant obtenir une concession avantageuse réduit la communication au minimum, ce qui ne favorise pas le rétablissement de la confiance entre les parties. En complément, il est intéressant de noter que le désir des parties de voir la CRA survenir plus tôt dans le processus judiciaire revenait souvent dans la section des commentaires qualitatifs prévue à nos questionnaires.

Pour surmonter ce mythe, nous recommandons à l'avocat négociateur de prendre en considération les facteurs qui influencent réellement la satisfaction du client lorsqu'il négocie un règlement. Les résultats de notre étude démontrent clairement une volonté des clients de régler le différend rapidement et une tendance à accorder une grande valeur à des éléments non juridiques comme la confiance, la communication et la relation avec l'autre partie, ce qui est en concordance avec la littérature empirique²⁹. Selon un phénomène psychologique bien démontré³⁰, le client voit les ressources consacrées au litige comme un « investissement » et

28. La médiane du montant investi par chacune des parties est de 18 000 \$, c'est-à-dire que 50 % des montants dépensés sont plus élevés et 50 % sont plus faibles. La médiane des opportunités perdues découlant du conflit est de 10 000 \$. La médiane des heures consacrées à la résolution du différend est de 50.

29. Tamara RELIS, *Perceptions in Litigation and Mediation*, New York, Cambridge University Press, 2009, p. 229-230 : « [...] disputing plaintiffs and defendants – ascribes similar meanings to cases and their resolution, wants similar things, and wants communication [...] Besides ubiquitous desire to resolve their disputes, parties' articulated objectives were extralegal – with none saying that they aimed solely for pecuniary settlement. Parties sought psychological and emotional closure, and wanted to be heard, seen, understood, and acknowledged. » Il est toutefois important de préciser que cette étude empirique portait sur des dossiers impliquant des blessures médicales, où la composante psychologique et émotionnelle est particulièrement importante.

30. Biais cognitif de l'escalade des engagements (« escalation of commitment ») voir : Jennifer K. ROBBENOLT et Jean R. STERNLIGHT, *Psychology for Lawyers: Understanding the Human Factors in Negotiation, Litigation, and Decision Making*, Chicago, American Bar Association, 2012, p. 129-130.

il désire récupérer ce qu'il a perdu. Cela veut dire que plus on attend, plus de ressources sont investies et par conséquent plus les parties se cantonnent dans leurs positions et veulent récupérer l'entièreté de leur investissement. En plus de réduire la zone potentielle d'entente sur le plan financier, les coûts diminuent le niveau de satisfaction.

De plus, ce mythe perdure par le fait que l'avocat semble oublier que la même pression qu'il espère exercer sur la partie adverse s'exerce aussi sur son propre client. Ainsi, l'avocat accorde davantage d'importance à la valeur monétaire ou matérielle du dossier et omet d'inclure les coûts psychologiques et en opportunités subis par son client dans son analyse³¹, alors que ces derniers sont particulièrement exacerbés par l'attente du procès et son issue incertaine. Nous recommandons donc à l'avocat négociateur de bien vérifier l'importance qu'accorde le client aux autres types de coûts avant d'employer une telle stratégie, en plus de vérifier la tolérance de ce dernier à ce qu'il considère comme un « investissement » dans le litige.

Finalement, le phénomène bien documenté du conflit d'intérêts entre le règlement rapide de l'affaire et le système de facturation horaire, largement répandu dans la culture juridique, peut contribuer à exacerber ce mythe³². Le modèle de facturation horaire favorise les tactiques dilatoires au détriment d'une résolution hâtive du conflit puisque les revenus de l'avocat sont générés en fonction de la quantité d'heures travaillées sur le dossier. Ainsi, ce modèle de facturation place les intérêts de l'avocat en opposition aux intérêts de son client puisque ce dernier souhaite généralement un règlement rapide du conflit, comme le démontrent les résultats de notre étude³³. Plusieurs autres implications négatives du système de facturation horaire ont été identifiées par la *American Bar Association* dans un rapport publié en 2002. Notamment, ce système de facturation implique les conséquences néfastes suivantes : (1) il pénalise l'avocat productif et efficace ; (2) il décourage la communication entre avocat et client ; (3) il

31. Tamara RELIS, *Perceptions in Litigation and Mediation*, New York, Cambridge University Press, 2009, p. 228 : « Legal actors on all sides inhabit a tactical and strategic universe, while lay plaintiffs and defendants reside in an extralegal world based on psychological needs, feelings and emotions. »

32. Jean POITRAS, Arnaud STIMEC et Jean-François ROBERGE, « The Negative Impact of Attorneys on Mediation Outcomes: A Myth or a Reality? », (2010) *Negotiation Journal* 11.

33. Pour plus de détails, voir le Mythe 2 qui l'adresse directement.

n'encourage pas l'utilisation de nouvelles technologies qui augmentent l'efficacité ; (4) il dévalorise le travail *pro bono* ; et (5) il décourage la collégialité au sein du cabinet au profit de la compétition, ce qui nuit ultimement tant au client qu'à la qualité de vie des avocats³⁴. Le Barreau du Québec a publié en 2011 un document qui identifie ce phénomène et qui affirme qu'il s'agit d'une « tarification des services déconnectée de la réalité »³⁵. On y suggère d'adopter plutôt une approche où les revenus sont générés en fonction de la valeur ajoutée des services et non en fonction du nombre d'heures qui y sont consacrées.

Mythe 2 – Ce qui motive le plus les parties à régler hors cour est le risque de perdre lors du procès

La croyance voulant que le risque de perdre lors du procès soit la plus grande motivation à régler pour les parties est un mythe logiquement lié au mythe précédent. Un avocat qui croit que ce qui motivera le plus la partie adverse à régler est le risque de perdre à procès n'hésitera pas à retarder les négociations jusqu'au moment où ce risque est le plus imminent et tangible dans l'esprit de la partie adverse, soit la veille du procès³⁶. Quelle est l'importance de cette motivation dans la survenance d'un règlement hors cour ?

Les résultats de notre étude démontrent que ce mythe n'est que partiellement vrai. Notre étude a évalué les motivations des parties pour régler selon deux catégories : (1) le sentiment d'équité quant au résultat et au processus de la CRA, (2) le sentiment utilitariste quant au rapport coûts-bénéfices du règlement à l'amiable en CRA. Le risque associé au procès fait partie des motivations utilitaristes. Nous avons constaté qu'il est le deuxième facteur le plus important pour influencer le règlement dans les

34. American Bar Association, « ABA Commission on Billable Hours Report » en ligne : (2002) <http://ilta.ebiz.uapps.net/productfiles/productfiles/914311/FMPG4_ABABillableHours2002.pdf>, voir aussi Richard SUSSKIND, *The End of Lawyers? Rethinking the Nature of Legal Services*, Revised ed., Oxford, Oxford University Press, 2010.

35. Barreau du Québec, Rapport du Comité sur les problématiques actuelles reliées à la pratique privée et l'avenir de la profession, *Les avocats de pratique privée en 2021*, Juin 2011, p. 66 et s.

36. Nous avons une tendance à être aversifs aux pertes (loss aversion), c'est-à-dire que nous accordons une plus grande importance aux pertes qu'aux gains de valeur similaire, voir Jennifer K. ROBBENNOLT et Jean R. STERNLIGHT, *Psychology for Lawyers: Understanding the Human Factors in Negotiation, Litigation, and Decision Making*, Chicago, American Bar Association, 2012, p. 89.

dossiers en matière familiale. Toutefois, en matière commerciale, le risque associé au procès est le 5^e facteur par ordre d'importance et il n'a pas d'influence significative en matière civile.

Tous types de dossiers confondus, les facteurs qui motivent le justiciable à régler sont dans l'ordre : (1) la solution négociée est plus rapide que le procès, (2) la solution négociée permettait d'acheter la paix, (3) je me suis senti traité avec respect et dignité, et (4) la solution négociée était moins coûteuse. Le risque relié au procès arrive cinquième par ordre d'importance. Compte tenu de ces résultats, nous recommandons à l'avocat négociateur qui désire apporter un service satisfaisant à son client à s'intéresser davantage aux motivations de son client et non uniquement à la position juridique et la valeur financière du dossier. De plus, l'avocat qui désire faire comprendre à son client qu'un règlement est souhaitable compte tenu des circonstances pourra ainsi adapter son vocabulaire et son argumentation afin de « parler le langage du règlement » que le client comprendra.

Nous recommandons de plus à l'avocat négociateur de tenir compte des facteurs d'influence précédemment mentionnés lorsqu'il élabore sa stratégie de négociation et décide de l'échéancier à suivre. Il semble que le facteur qui influence le plus le règlement soit le fait que la solution négociée soit plus rapide que l'alternative d'aller à procès et qu'elle permette d'acheter la paix. Cela est en cohérence avec les résultats mentionnés précédemment au premier mythe à l'effet que les coûts psychologiques et les coûts en opportunité sont d'une grande importance pour le client. Les modes privés de prévention et de règlement des différends et la CRA sont issus d'une culture juridique dite « participative », puisqu'ils requièrent une participation accrue du citoyen dans le processus décisionnel menant à une solution équitable et à un sentiment de justice. Conceptualiser le conflit en des termes qui se rapprochent davantage de la réalité du citoyen, tels les besoins, les intérêts et les valeurs, et non en termes juridiques incompréhensibles et abstraits pour le citoyen sont une condition essentielle à sa pleine participation.

Mythe 3 – La CRA est une « petite justice »

Plusieurs juristes croient que la CRA est réservée aux dossiers de peu d'envergure qui sont en périphérie du droit tel que

les « chicanes de voisins ». Ayant une conception positiviste et moniste du droit voulant que l'État soit la seule institution habilitée à créer le droit et rendre justice, ces juristes considèrent qu'une solution négociée entre citoyens « à l'ombre de la loi » ne peut valoir justice³⁷. Certains considèrent que la seule « Justice » digne de ce nom est celle du droit énoncé par le juge au terme du processus contradictoire qu'est le procès³⁸. Suivant cette logique, plusieurs considèrent que les dossiers d'envergure, notamment ceux ayant une grande valeur monétaire, méritent la « Justice du procès », la CRA ne pouvant offrir une justice équivalente. Qu'en pensent les usagers de la CRA ?

Les résultats de notre étude tendent à démontrer que ce mythe est faux. Sur le plan purement statistique, la valeur médiane des dossiers de nos répondants ayant participé à une CRA à la Cour supérieure est de 288 000 \$³⁹. Cela veut dire que 50 % des dossiers soumis à la CRA ont une valeur égale ou supérieure à 288 000 \$. Il semble donc que les citoyens ont confiance que la CRA peut apporter une solution satisfaisante à leur problème et un sentiment d'accès à la justice même lorsque l'enjeu monétaire est important.

-
37. Cette conception est remise en question notamment par d'éminents philosophes, psychologues et sociologues du droit. Voir notamment : Rebecca HOLLANDER-BLUMOFF et Tom R. TYLER, « Procedural Justice and Rule of Law: Fostering Legitimacy in Alternative Dispute Resolution », (2011) *Journal of Dispute Resolution* 1 ; Guy ROCHER, « Le droit et la justice : un certain regard sociologique », (2001) *Cahiers de Droit* 873, 877-878 ; Roderick A. MacDONALD, « L'hypothèse du pluralisme juridique dans les sociétés démocratiques avancées », (2003) 33 *R.D.U.S.* 135-152 ; Jean-Guy BELLEY, « Une justice de la seconde modernité : proposition de principes généraux pour le prochain Code de procédure civile », (2001) 46 *McGill Law Journal* 317 ; Marc GALANTER, « La justice ne se trouve pas seulement dans les décisions des tribunaux », dans Mauro CAPPALLETI (dir.), *Accès à la justice et État-providence*, Paris, Economica, 1984, p. 151-167, p. 151 ; Pierre NOREAU et Mario NORMANDIN, « L'autorité du juge au service de la saine gestion de l'instance », (2012) 71 *Revue du Barreau* 207-249 ; Jean KELLERHALS, « Relativisme et sociologie : le cas du sentiment de justice », (2003) 126 *Revue européenne des sciences sociales* 137-150 ; Roderick A. MacDONALD, « Access to Justice and Law Reform », (2001) 2:19 *Windsor Yearbook Access Justice* 317-326.
38. Sylvette GUILLEMARD, « Médiation, justice et droit : un mélange hétéroclite », (2012) 53 *Cahiers de Droit* 2 ; Owen FISS, « Against Settlement », (1984) 93 *Yale Law Journal* 6 ; Deborah R. HENSLER, « Suppose It's Not True: Challenging Mediation Ideology », (2002) *Journal of Dispute Resolution*.
39. Nous utilisons la médiane, car la moyenne de la valeur des dossiers est fortement influencée par la présence de nombreux dossiers valant plusieurs millions de dollars, dont un s'élève à 3 milliards de dollars et qui a abouti à un règlement à l'amiable.

La littérature identifie un décalage entre le justiciable et le professionnel du droit sur la définition de la justice⁴⁰. Le juriste voit bien souvent le droit comme la seule justice valable, alors que le citoyen a une conception de la justice qui se rapproche davantage de l'équité, englobant ainsi les besoins, les intérêts et les valeurs. Ce décalage est au cœur de la problématique de l'accès à la justice. Nous recommandons à l'avocat négociateur de prendre conscience de l'évolution de la conception de la justice et du rôle du système judiciaire dans notre société et d'adapter sa propre vision à cette évolution. Le récent rapport du Comité d'action sur l'accès à la justice en matière civile et familiale initié par la juge en chef de la Cour suprême du Canada⁴¹ privilégie une vision plus large du système de justice qui soit basée sur les utilisateurs et leurs besoins. Le récent rapport de l'Association du Barreau canadien abonde dans le même sens en reconnaissant qu'il existe maintenant « de nombreuses voies menant à la justice »⁴². L'article 1, alinéa 3 du nouveau *Code de procédure civile* (NCPC) impose dorénavant aux parties une obligation de considérer les modes privés de prévention et de règlement des différends avant de s'adresser aux tribunaux⁴³. De plus, l'article 42 du projet de réforme du *Code de déontologie des avocats*⁴⁴ impose à l'avocat d'informer et de

40. Pierre-Claude LAFOND, *L'accès à la justice civile au Québec. Portrait général*. Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2012, p. 8 ; Pierre NOREAU, « Accès à la justice et démocratie en panne : constats, analyses et projections », dans Pierre NOREAU (dir.), *Révolutionner la justice – Constats, mutations et perspectives, Les journées Maximilien-Caron 2009*, Montréal, Thémis, 2010, p. 30-31 ; Guy ROCHER, « Le droit et la justice : un certain regard sociologique », (2001) 42 *Cahiers de Droit* 873, 877-878 ; Tamara RELIS, *Perceptions in Litigation and Mediation*, New York, Cambridge University Press, 2009.

41. Canada, Comité d'action sur l'accès à la justice en matière civile et familiale, *L'accès à la justice en matière civile et familiale. Une feuille de route pour le changement*, Octobre 2013, p. 2.

42. Canada, Association du Barreau Canadien, Rapport du Comité de l'accès à la justice, *Atteindre l'égalité devant la justice : une invitation à l'imagination et à l'action*, Association du Barreau Canadien, 2013, p. 92.

43. *Loi instituant le nouveau Code de procédure civile*, projet de loi n° 28, sanctionné – 21 février 2014, 1^{re} sess., 40^e légis. (QC) :

« 1. Les modes privés de prévention et de règlement des différends sont choisis d'un commun accord par les parties intéressées, dans le but de prévenir un différend à naître ou de résoudre un différend déjà né.

Ces modes privés sont principalement la négociation entre les parties au différend de même que la médiation ou l'arbitrage dans lesquels les parties font appel à l'assistance d'un tiers. Les parties peuvent aussi recourir à tout autre mode qui leur convient et qu'elles considèrent adéquat, qu'il emprunte ou non à ces modes.

Les parties doivent considérer le recours aux modes privés de prévention et de règlement de leur différend avant de s'adresser aux tribunaux. »

44. *Code de déontologie des avocats* (projet), (2014) 146:7 *G.O.* 510, art. 42 :

« Tout au cours du mandat, l'avocat informe et conseille le client sur l'ensemble des moyens disponibles pour régler son différend, dont l'opportunité de recourir aux modes de prévention et de règlement des différends. »

conseiller le client « sur l'ensemble des moyens disponibles pour régler son différend, dont l'opportunité de recourir aux modes de prévention et de règlement des différends. ». Par ailleurs, le *Code de déontologie des notaires* impose à ces derniers une obligation similaire depuis 2002⁴⁵. Tous ces éléments témoignent d'une évolution des mentalités face à la conception de la justice et des moyens de l'atteindre. Il appert que la culture juridique évolue vers l'acceptation d'autres moyens que le procès pour rendre justice et les résultats de notre étude confirment que la CRA est perçue par les citoyens comme un moyen légitime d'accéder à la justice.

2. Mythes et réalités quant à l'avocat en CRA

Mythe 4 – En matière commerciale, l'avocat efficace en CRA est celui qui négocie une solution « juridique »

La solution juridique correspond à une solution conforme au droit puisqu'elle est balisée par les précédents juridiques, notamment appuyée par la jurisprudence. Certains juristes affirment que le type de négociation qui doit prévaloir en CRA est la négociation sur positions basée sur la règle de droit et les arguments juridiques⁴⁶. Ils croient donc que la règle de droit doit demeurer la norme de référence, le baromètre en fonction duquel l'ampleur des compromis en CRA sera évaluée afin d'en arriver à une solution conforme au droit. Est-ce que ce modèle de négociation qui aboutit à ce type de solution est efficace ?

Selon les résultats de notre étude, la négociation sur positions juridiques ne prend pas en considération ce qui motive réellement les parties à régler à l'amiable. Par conséquent ce mythe serait faux. Nous remarquons que les facteurs qui influencent le plus le règlement sont plutôt de l'ordre d'une solution *d'affaires* que de l'ordre d'une solution *juridique*. En effet, en matière commerciale (avocats et parties confondues), des facteurs tels (1) la

45. *Code de déontologie des notaires*, RLRQ, c. N-3, r. 2 : « 3. Le notaire doit favoriser les mesures de formation et d'information du public dans les domaines où il exerce sa profession.

Il doit également, en matière de règlements des conflits, favoriser toute mesure susceptible d'encourager les règlements amiables et ainsi informer le public des mécanismes offerts. »

46. Ginette LATULIPPE, *La médiation judiciaire : un nouvel exercice de justice*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2012, p. 102.

rapidité de la solution négociée, (2) la possibilité d'acheter la paix, (3) la création d'une solution mieux adaptée aux besoins que ce que ne permettrait de faire la norme juridique et le procès, (4) ainsi que le sentiment d'être traité avec respect et dignité, sont plus importants que l'évaluation juridique du risque d'aller à procès.

Ces résultats nous amènent à recommander à l'avocat négociateur d'explorer des modèles d'affaires et des rôles innovateurs et alternatifs à l'approche litigieuse. Par exemple, un modèle intéressant pour les avocats qui travaillent en équipe est celui de « settlement counsel » ou du conseiller en règlement⁴⁷. Cette approche consiste à diviser en deux l'équipe qui prend en charge le dossier du client. Une des deux équipes aura la tâche exclusive de préparer le dossier d'un point de vue juridique et engager des procédures litigieuses alors que l'autre équipe, celle du conseiller en règlement, tentera de résoudre l'affaire exclusivement par des moyens extrajudiciaires qui sont pour la plupart plus propices à la création d'une solution d'affaires adaptée aux besoins du client. L'avocat qui pratique en solo peut lui aussi s'inspirer du concept de « settlement counsel » et adapter sa pratique à la réalité présentée par les résultats de notre étude.

Le rôle du conseiller en règlement exige une évolution de la mentalité de règlement des différends vers une mentalité intégrative qui ne tient pas uniquement compte des positions juridiques opposées vers la recherche de celle qui a le plus de mérite en droit. La mentalité intégrative exige plutôt la prise en compte de tous les éléments importants pour le client, tels ses besoins, ses valeurs et ses intérêts personnels vers la création d'une nouvelle solution à valeur ajoutée qui intègre tous ces éléments⁴⁸. La mentalité intégrative exige le développement de nouvelles compétences pour l'avocat traditionnellement formé, telles la curiosité et la créativité et une certaine base théorique dans d'autres disciplines telles

47. Pour de plus amples renseignements sur le concept de « settlement counsel », nous référons le lecteur à Kathy A. BRYAN, « Why Should Business Hire Settlement Counsel? », (2008) *J. Disp. Resol.* 195 ; William F. COYNE JR., « The Case for Settlement Counsel », (1999) 14 *Ohio State J. on Dispute Resolution* 367.

48. Sur le concept de mentalité intégrative dans le milieu des affaires, voir : Roger L. MARTIN, *Opposable Mind: Winning Through Integrative Thinking*, Harvard Business Press, 2009, 224 p. Sur le concept de mentalité intégrative dans le milieu juridique, voir : Jean-François ROBERGE, *La justice participative – Changer le milieu juridique par une culture intégrative des règlements des différends*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2011.

la psychologie, la communication et l'éthique. Cette approche est d'ailleurs en cohérence avec le rapport du Comité du Barreau du Québec sur les problématiques actuelles reliées à la pratique privée et l'avenir de la profession qui prédit le délaissement des approches litigieuses et l'émergence des pratiques multidisciplinaires dans la profession d'ici 2021⁴⁹.

Mythe 5 – Les parties qui ne règlent pas en CRA sont insatisfaites du travail de leur avocat en CRA

Ce mythe réside dans l'insécurité face au changement qui est créé chez l'avocat par la nouvelle offre de justice que représente la CRA, et qui implique une évolution du rôle de l'avocat. En effet, le rôle traditionnel de représentation de l'avocat, rôle pour lequel il a bénéficié d'une longue et rigoureuse formation académique et professionnelle, laisse place en CRA à un rôle de *conseil*. Le rôle de représentation dans un processus contradictoire comme le procès implique de prendre « fait et cause » pour le client et de défendre catégoriquement sa position juridique devant un tribunal. Étant le représentant de son client, l'avocat développe ainsi un devoir de performance et un sentiment de responsabilité accrus quant à l'issue du dossier. Cependant, le rôle de conseil dans le cadre plus coopératif de la CRA modifie la nature de l'intervention de l'avocat. Plutôt que de prendre fait et cause pour le client, l'avocat conseille plutôt son client sur la valeur des différents éléments en question et sur la meilleure décision à prendre dans les circonstances. Ce rôle exige de l'avocat conseil la capacité d'évaluer globalement la situation en tenant compte non seulement des positions juridiques respectives des parties, mais aussi de la valeur de la solution proposée en fonction des valeurs, besoins et intérêts des parties qui dépassent le cadre juridique.

Bien que l'avocat possède une excellente formation juridique, certains avocats peuvent ressentir un malaise à prodiguer des conseils sur des éléments qui se situent hors de leur champ d'expertise juridique. Ces mêmes avocats peuvent ainsi hésiter à conseiller la CRA à leur client, car ils ont l'impression de sortir de leur zone de confort professionnel. Cela peut créer chez l'avocat une insécurité quant à sa capacité de rendre un service satisfai-

49. Barreau du Québec, Rapport du Comité sur les problématiques actuelles reliées à la pratique privée et l'avenir de la profession, *Les avocats de pratique privée en 2021*, Juin 2011, p. 103-106. <<http://www.barreau.qc.ca/fr/publications/avocats/avocats-2021/index.html>>.

sant à son client et il peut craindre que le processus qui n'aboutit pas à un règlement ne lui fasse perdre la confiance de son client. Quel est le niveau de satisfaction des parties à l'égard de leur avocat en CRA ?

Notre étude a mesuré la satisfaction des parties à l'égard du support professionnel de l'avocat en CRA selon trois catégories, (1) soit la préparation que l'avocat effectue avec le client en vue de la CRA, (2) le conseil par rapport au droit et (3) le conseil par rapport à la valeur de la solution. Les résultats démontrent que le taux de satisfaction par rapport au support professionnel de l'avocat est très élevé, et ce, peu importe s'il y a eu règlement ou non⁵⁰. Ainsi, les clients semblent faire preuve de discernement face au rôle que leur avocat doit jouer et face à sa responsabilité quant au résultat de la CRA. De plus, aucune différence significative n'est présente relativement aux trois catégories mentionnées plus haut, ce qui indique que les avocats réussissent à remplir non seulement leur rôle de conseiller en droit à la satisfaction de leur client, mais aussi leur rôle plus global de préparation et d'évaluation de la valeur de la solution. Il est important de noter que les avocats évalués par les clients dans notre étude ont accepté d'emblée d'aller en CRA et ne possèdent donc pas cette crainte, ce qui a un impact positif sur leur performance.

Néanmoins, à la lumière de ces résultats positifs, nous recommandons à l'avocat négociateur de ne pas hésiter à explorer de nouveaux horizons en ajoutant la CRA dans son offre de service comme étant l'un des moyens disponibles et efficaces pour aider le client à trouver une solution à son problème puisque l'expérience ne semble généralement pas affecter la confiance du client envers son avocat. De plus, puisque le modèle de médiation judiciaire privilégié en CRA au Québec est le modèle de résolution de problème intégrative, nous conseillons à l'avocat négociateur de se familiariser avec les principes de la négociation intégrative fondée sur les intérêts afin de développer de nouvelles compétences et agrandir sa zone de confort professionnel. Comme cela a été suggéré ailleurs dans le monde⁵¹, nous soumettons que la diversification des

50. Les parties démontrent un taux de satisfaction global de 87 % à l'égard de leur avocat en CRA. Ce taux est de 86 % en ce qui concerne la préparation à la CRA alors qu'il est de 87 % en ce qui concerne le conseil juridique et finalement de 89 % quant au conseil par rapport à la valeur de la solution négociée.

51. Voir notamment : Association du Barreau Canadien. *Avenirs en droit, Transformer la prestation des services juridiques au Canada*. Août 2014. <<http://www.cba-futures.org/The-Reports/Futures-Transforming-the-Delivery-of-Legal-Service>>.

services offerts par les avocats deviendra sans doute la norme au Québec⁵², surtout depuis l'adoption du nouveau *Code de procédure civile* (NCPC) et la réforme du *Code de déontologie des avocats*.

Mythe 6 – Les avocats craignent de proposer la CRA parce qu'ils ne veulent pas montrer une image de vulnérabilité

Le mythe voulant que les avocats n'aiment pas aller en CRA est renforcé par la croyance populaire au sein de la communauté juridique voulant que la partie qui propose la médiation ou la CRA en premier dévoile à la partie adverse la faiblesse de son « jeu » sur le plan juridique. Aller en CRA serait ainsi un « aveu de faiblesse » puisque la preuve au dossier ne convaincrerait pas un tribunal. Par ailleurs, un autre mythe que l'on entend souvent est la réticence particulière des parties défenderesses et de leurs avocats à aller en CRA sous le prétexte qu'elles se feront certainement « plumer », alors qu'au procès il y a toujours une chance de s'en sortir indemne. Est-ce que le test de la réalité terrain confirme ou infirme ces craintes à l'égard de la CRA ?

Selon nos résultats, ce mythe serait faux dans la perception des avocats qui ont participé à une CRA. Nous pouvons affirmer que les avocats qui participent à la CRA sont en moyenne très satisfaits⁵³. Ils seraient même en moyenne plus satisfaits que leurs clients⁵⁴ ! Les avocats paraissent davantage satisfaits du rapport coûts-bénéfices de la CRA par rapport au procès⁵⁵. Ils semblent également davantage en mesure d'apprécier la qualité du résultat de la CRA que leur client⁵⁶. Il apparaît raisonnable d'affirmer que les avocats qui vont en CRA ont préalablement déjà eu une ou plusieurs expériences de la réalité du procès, avec toutes les contraintes bien connues qui les accompagnent, alors que

52. Barreau du Québec, Rapport du Comité sur les problématiques actuelles reliées à la pratique privée et l'avenir de la profession, *Les avocats de pratique privée en 2021*, Juin 2011, p. 87-88. <<http://www.barreau.qc.ca/fr/publications/avocats/avocats-2021/index.html>>.

53. Le taux global de satisfaction à l'égard de la CRA chez les *avocats* correspond à une moyenne de 85 %.

54. Le taux global de satisfaction à l'égard de la CRA chez les *parties* est en moyenne de 77 %. La différence entre la satisfaction des parties et avocats s'est révélée statistiquement significative (sig=000).

55. Le taux de satisfaction par rapport aux coûts-bénéfices est de 85 % chez les avocats et de 77 % chez les parties ayant participé à une CRA.

56. Le taux de satisfaction par rapport au résultat de la CRA est de 77 % chez les avocats et de 66 % chez les parties ayant participé à une CRA.

leur client n'a probablement qu'une expérience très limitée, voire inexistante de la réalité du procès. Ainsi, les avocats auraient une base de comparaison plus réaliste que leur client pour évaluer les avantages de la CRA par rapport à l'alternative du procès. Par conséquent, ce résultat serait révélateur de la valeur des avantages de la CRA par rapport à la réalité du procès. Proposer la CRA quand on est poursuivi peut donc être interprété autrement qu'un aveu de faiblesse. Proposer la CRA signifie plutôt que la partie est prête à s'engager dans la recherche d'une solution juste et adaptée obtenue de manière rapide que le tribunal ne pourrait rendre de manière mutuellement satisfaisante.

Nos résultats démontrent également qu'une différence significative existe en ce qui concerne l'appréciation de la CRA par les défendeurs qui est plus élevée que chez les demandeurs⁵⁷. Ce taux plus faible de satisfaction chez les parties demanderesse peut s'expliquer par le phénomène psychologique bien documenté de l'excès de confiance qui affecte tant l'avocat que le client qu'il conseille. Cet excès de confiance est le résultat de plusieurs biais cognitifs dans la catégorie des illusions positives⁵⁸. Par exemple, nous avons tendance à surestimer notre capacité à prédire les probabilités de survenance d'un événement et notre capacité à influencer positivement les événements⁵⁹. Ainsi, l'avocat qui encourage son client à entamer des procédures judiciaires sur la base d'une évaluation optimiste quant à la force du dossier ou quant au montant qu'il est en droit d'obtenir est susceptible de créer des attentes irréalistes chez le client. Lorsque confronté à la réalité, les attentes irréalistes du demandeur se traduiront inévitablement en un taux de satisfaction moindre.

Nous recommandons à l'avocat négociateur qui désire combattre la crainte associée au mythe voulant que la CRA ne soit pas satisfaisante pour l'avocat d'adopter la pratique de plus en plus répandue qui consiste en l'insertion d'une clause de règlement des

57. Le taux de satisfaction par rapport au résultat de la CRA est de 83 % chez les défendeurs et de 79 % chez les demandeurs ayant participé à une CRA. La différence est statistiquement significative (sig=001).

58. Jennifer K. ROBBENNOLT et Jean R. STERNLIGHT, *Psychology for Lawyers: Understanding the Human Factors in Negotiation, Litigation, and Decision Making*, Chicago, American Bar Association, 2012, p. 68-77 et p. 224-226 ; Jean-François ROBERGE, *La justice participative – Changer le milieu juridique par une culture intégrative des règlements des différends*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2011, p. 194-197.

59. Daniel KAHNEMAN, *Système 1, Système 2 : Les deux vitesses de la pensée*, Québec, Flammarion, 2012, p. 315-318.

différends dans les contrats lors de la rédaction de ces derniers. Essentiellement, cette clause prévoit un processus de règlement des différends auxquelles les parties ont le devoir de se conformer en cas de conflit, et ce, avant de pouvoir s'adresser aux tribunaux ou à l'arbitrage, le cas échéant. Cette clause peut prévoir un processus à une seule étape ou encore elle peut prévoir un mécanisme à étapes multiples et successives qui sont délimitées dans le temps. Chacune des étapes successives est conçue pour tenter de résoudre le différend advenant l'échec du mode de règlement des différends prévu à l'étape précédente. Ultimement, l'échec de toutes les étapes prévues au processus, ou la renonciation des parties au mécanisme prévu à la clause ouvre la voie au recours devant les tribunaux ou à l'arbitrage, le cas échéant. Par exemple, un mécanisme peut prévoir une négociation entre les hauts dirigeants des entreprises respectives, puis une conférence de règlement à l'amiable, puis le recours aux tribunaux. Cette pratique permet ainsi de dissiper les préjugés quant à la faiblesse des positions juridiques, puisque la partie qui initie le processus ne fait que se conformer au processus prévu au contrat⁶⁰. De plus, nous recommandons à l'avocat négociateur de prendre conscience de l'existence des phénomènes psychologiques qui peuvent biaiser son jugement et de prendre connaissance des positions, intérêts et besoins de la partie défenderesse afin de se faire une vision plus juste de la réalité et d'éviter de créer des fausses attentes à son client et l'insatisfaction qui en résulte.

3. Mythes et réalités quant au *juge* en CRA

Mythe 7 – Le juge qui agit en expert du droit est perçu comme plus efficace

Plusieurs juristes considèrent que l'efficacité de la CRA réside dans la possibilité pour les parties d'obtenir une opinion judiciaire sur la force juridique de leur dossier sans avoir à subir les coûts, la complexité et la longueur du procès⁶¹. D'autres disent que par expérience, les parties ont souvent recours à la CRA afin de convaincre l'adversaire du poids de leur argument juridique, en

60. Voir notamment : Jean H. GAGNON, « La clause de règlement à paliers multiples : un autre outil intéressant à ajouter à votre coffre », disponible en ligne : <<http://www.edilex.com/blogue/la-clause-de-reglement-a-paliers-multiples-un-autre-outil-interessant-a-ajouter-a-votre-coffre#axzz3B2dW0dR5>>.

61. John D. ROOKE, « The Multi-Door Courthouse is Open in Alberta: Judicial Dispute Resolution in the Court of Queen's Bench », (2011) *Canadian Court Communiqué* 9.

obtenant l'aval implicite ou explicite du juge⁶². Le juge serait ainsi efficace pour satisfaire les usagers de la CRA et favoriser le règlement à l'amiable lorsqu'il agit en expert du droit et donne son opinion juridique sur le dossier. Est-ce que les usagers de la CRA sont davantage satisfaits et influencés par le juge qui utilise son expertise juridique ?

Selon les résultats de notre étude, ce mythe est partiellement vrai. Bien que le support professionnel du juge par l'entremise de son expertise juridique soit corrélé avec la satisfaction et le règlement à l'amiable, l'intensité de cette liaison est faible. Le support professionnel offert par le juge en CRA a été évalué en fonction de 3 types d'intervention du juge médiateur pour aider les parties à obtenir justice : (1) gestionnaire de risque – expert évaluant les forces et les faiblesses du dossier des parties pour influencer leur négociation vers une solution représentative du mérite en droit (2) solutionneur de problème – expert en communication et négociation identifiant les intérêts des parties pour influencer leur négociation vers une solution adaptée à leurs réalités ; (3) facilitateur de justice – facilitateur de la relation de collaboration et de confiance entre les parties pour influencer leur négociation vers une solution équitable qui leur procure un sentiment de justice⁶³.

En ce qui concerne la satisfaction des usagers en CRA, parties et avocats combinés, le juge facilitateur de justice est celui qui influence de manière la plus importante le sentiment des usagers à l'effet qu'ils ont eu un support professionnel efficace de la part du juge⁶⁴. Le juge solutionneur est également considéré comme effi-

62. Ginette LATULIPPE, *La médiation judiciaire : un nouvel exercice de justice*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2012, p. 102.

63. Cette typologie découle des résultats d'une étude empirique menée auprès de tous les juges canadiens siégeant en première instance en 2005. Voir Jean-François ROBERGE, « Could Judicial Mediation Deliver a Better Justice? Supposing We Trained Judges as Expats? », (2010) 1 *Revue d'arbitrage et de médiation / Journal of Arbitration and Mediation (RAMJAM)* 3-46.

64. Les corrélations sont élevées soit : 0.73 pour le juge actif pour créer une solution juste, 0.69 pour le juge facilitant un sentiment de justice, 0.46 pour le juge qui explore l'injustice vécue. Les résultats sont présentés selon une échelle de 0 à 1 qui représente le degré de relation entre le facteur et la satisfaction. Plus le résultat est près de 1, plus le facteur a une influence déterminante. Une relation parfaite correspond à 1. Les corrélations sont significatives au seuil 0.01, ce qui correspond à un taux de certitude de 99 %. Cela signifie que les relations mesurées avec notre échantillon de 736 répondants ont 99 % de chances d'être présentes dans la population totale des usagers de la CRA. Nous avons donc 1 % de chance de nous tromper en affirmant que la liaison entre les facteurs mesurés et la satisfaction existe dans la population totale des participants à une CRA en Cour supérieure du Québec ou en Cour du Québec.

cace par les usagers de la CRA⁶⁵. Parmi les trois types, c'est le gestionnaire de risque qui est corrélé le plus faiblement avec la satisfaction des usagers de la CRA⁶⁶.

En ce qui concerne le règlement à l'amiable, c'est à nouveau le juge facilitateur de justice qui semble avoir la plus grande influence⁶⁷, suivi du juge solutionneur du problème⁶⁸ et finalement du juge gestionnaire de risque⁶⁹. La liaison mesurée entre le type d'intervention du juge et la probabilité qu'un règlement à l'amiable survienne est par contre plus faible que la liaison mesurée entre le type d'intervention du juge et le niveau de satisfaction. D'autres facteurs doivent être pris en considération pour favoriser la probabilité d'un accord entre les parties.

Lorsque l'on se penche sur les facteurs qui favorisent le règlement en les détaillant par type de dossier, les résultats de notre étude démontrent qu'en matière civile, les juges efficaces pour favoriser un règlement à l'amiable sont ceux qui recherchent une solution juste qui procurera aux parties un sentiment de justice. Le juge qui agit en expert du droit n'est pas un facteur statistiquement significatif d'influence en matière civile. Il en est de même en matière *familiale* où ce sont les facteurs suivants qui prédominent par ordre d'importance : (1) le juge qui agit comme un expert en résolution de problèmes, (2) le juge qui mène un processus qui permet l'implication des parties, (3) qui recherche une solution juste et équitable, (4) et en fonction des capacités respectives des parties, (5) le juge qui mène un processus qui permet aux parties d'être considérées (6) et qui agit comme facilitateur vers un sentiment de justice, (7) tout en établissant une communication qui permet de créer la confiance.

En ce qui concerne les dossiers commerciaux, l'expertise en droit démontrée par le juge est le 6^e facteur le plus important pour

65. Les corrélations sont élevées soit : 0.7 pour le juge qui écoute les besoins et intérêts réels des parties, 0.64 pour le juge actif dans la recherche d'une solution fondée sur les besoins des parties et 0.48 pour le juge qui agit comme un expert pour résoudre les problèmes plus larges que le litige juridique. Les corrélations sont significatives avec un degré de confiance de 99 %.

66. Les corrélations sont : 0.51 pour le juge qui écoute les positions juridiques des parties, 0.31 pour le juge qui agit comme un expert en droit et .24 pour le juge qui insiste sur les risques et inconvénients d'aller à procès. Les corrélations sont significatives avec un taux de certitude de 99 %.

67. Les corrélations sont de .28, .24 et .17 avec un taux de certitude de 99 %.

68. Les corrélations sont de .18, .18 et .17 avec un taux de certitude de 99 %.

69. Les corrélations sont de .18, .15 et .12 avec un taux de certitude de 99 %.

motiver les parties à régler. Les 5 autres facteurs sont (1) la solution négociée est plus rapide que d'aller à procès, (2) la solution négociée permettait d'acheter la paix, (3) la solution négociée était mieux adaptée à mes besoins, (4) je me suis senti traité avec respect et dignité, et (5) la solution négociée était moins risquée que d'aller à procès.

Nous recommandons au juge médiateur de prendre acte des résultats de notre étude qui fait état de la volonté des parties d'être assistées dans leur quête d'un sentiment de justice d'une manière qui leur reconnaît le pouvoir de le créer et non de se le voir imposer. D'ailleurs, les rapports du Comité national d'action sur l'accès à la justice et de l'Association du Barreau Canadien publiés en 2013 soutiennent que nous devons voir le système judiciaire du point de vue des usagers pour comprendre le défi de l'accès à la justice que la juge en chef de la Cour suprême nous invite tous collectivement à relever⁷⁰. Nous saluons par ailleurs la culture présente au sein de la magistrature québécoise qui s'oriente davantage vers les rôles de solutionneur de problème et de facilitateur de justice, ce qui est en cohérence avec ces rapports de même que la nouvelle culture judiciaire souhaitée par la réforme du *Code de procédure civile* de 2003.

Mythe 8 – Mieux vaut « forcer » un règlement, car les parties qui ne règlent pas en CRA seront insatisfaites

Une croyance populaire dans le milieu juridique veut que la CRA qui n'aboutit pas à un règlement soit un échec tant pour les parties que pour l'administration de la justice. Selon ce point de vue que nous pouvons associer aux critiques pragmatiques, une CRA qui n'aboutit pas à un règlement ne ferait que prolonger le processus menant à une décision et représente un gaspillage important des ressources judiciaires en plus de générer davantage de coûts pour les parties. Certains juges s'imposent presque une obligation de résultat et n'hésitent pas à se montrer « plus que

70. Voir : Beverley McLACHLIN, *Speech at the Canadian Bar Association Council Meeting*, (2012) Vancouver, <<http://www.canadianlawyermag.com/4273/chief-justice-mclachlin-speech-to-cba-council-2012.html>> ; Beverley McLACHLIN, *Access to Civil Justice for Middle Income Canadians Colloquium*, (2011) University of Toronto, <<http://hosting.epresence.tv/MUNK/1/watch/219.aspx>> ; Beverley McLACHLIN, « The Challenges We Face », (2007) Empire Club of Canada, <<http://www.scc-csc.gc.ca/court-cour/ju/spe-dis/bm07-03-08-eng.asp>>.

persuasifs » dans leur tentative d'amener les parties à un règlement⁷¹. Forcer un règlement influence-t-il la satisfaction ?

Les résultats de notre étude démontrent que les parties sont en moyenne très satisfaites du processus de la CRA⁷² et du travail du juge⁷³ même lorsqu'il n'y a pas de règlement. De plus, les commentaires qualitatifs de notre étude témoignent que forcer un règlement peut avoir un effet inverse sur la satisfaction. Parmi les personnes insatisfaites par la CRA, le facteur le plus souvent mentionné est le juge qui leur a « tordu un bras » et l'obstination des parties à ne pas vouloir faire de compromis. Ce mythe n'est donc pas supporté par la preuve empirique de la réalité du terrain.

Ces résultats sont en cohérence avec la littérature qui affirme qu'en ce qui concerne la satisfaction des justiciables, la manière dont ils sont traités et dont leurs problèmes sont gérés quand ils sont aux prises avec les tribunaux a plus d'importance que l'issue de leur cause⁷⁴. Si, par exemple, les personnes perçoivent un processus de résolution des différends ou une procédure de prise de décision comme étant équitable, elles sont plus susceptibles de percevoir le résultat de la procédure comme équitable, même si ce résultat ne leur est pas favorable⁷⁵. En outre, si les parties perçoivent la procédure comme équitable, ils sont plus susceptibles de se conformer à l'issue du résultat⁷⁶.

Nous recommandons au juge médiateur de prendre acte de la réalité révélée par les résultats de notre étude et de se rappeler que bien qu'un règlement soit souhaitable, l'objectif de la CRA n'est pas d'arriver à un règlement à tout prix. Le nouveau *Code de procédure civile* précise le but de la CRA à l'article 162 « [l]a confé-

71. Peter ROBINSON, « An Empirical Study of Settlement Conference Nuts and Bolts: Settlement Judges Facilitating Communication, Compromise and Fear », (2012) 17 *Harv. Negot. L. Rev.* 97, 99.

72. Les parties expriment un taux de satisfaction de 89 % lorsqu'ils évaluent le processus vécu en CRA.

73. Les parties expriment un taux de satisfaction de 91 % lorsqu'ils évaluent le support offert par le juge en CRA.

74. Tom R. TYLER, « Procedural Justice and the Courts, Court Review », (2007-2008) 44 *The Journal of the American Judges Association* 26-31.

75. E. Allan LIND et Tom R. TYLER, *The Social Psychology of Procedural Justice*, Springer Science & Business Media, 1988 ; Tom R. TYLER, « Social Justice: Outcome and Procedure », (2000) 35 *Int'l. Psychol.* 117.

76. Nancy WELSH, Donna STIENSTRA et Bobbi McADOO, « The Application of Procedural Justice Research to Judicial Actions and Technique in Settlement Sessions », dans Tania SOURDIN et Archie ZARISKI (éd.), *The Multi-Tasking Judge. Comparative Judicial Dispute Resolution*, Australia, Thomson Reuters, 2013.

rence de règlement à l'amiable a pour but d'aider les parties à communiquer en vue de mieux comprendre et évaluer leurs besoins, intérêts et positions et à explorer des solutions pouvant conduire à une entente mutuellement satisfaisante pour régler le litige ». À la lecture de cet article, il semble raisonnable d'affirmer que l'objectif de la CRA n'est pas uniquement de se substituer au procès et d'arriver au même résultat, mais plutôt que son objectif principal est de créer un environnement et un processus propice au rapprochement des parties en vue d'un règlement, que ce dernier survienne ou non. L'article 165 du NCPC suggère la possibilité que la CRA n'aboutisse pas à un règlement et prévoit la prise des mesures de gestion appropriées ou la conversion de la CRA en conférence de gestion si les parties y consentent. L'expérience pratique démontre d'ailleurs que plusieurs dossiers se règlent à l'amiable après la fin de la CRA grâce aux progrès qui ont été réalisés durant celle-ci. La CRA aide les parties à mieux communiquer et se comprendre, ce qui a pour effet de faire « mûrir » le dossier. Par ailleurs, la littérature démontre que la satisfaction des parties par rapport au règlement et leur volonté de s'y conformer dépend en grande partie de la manière dont les alternatives sont présentées. Insister seulement sur les désavantages du procès dans le but de forcer le règlement crée une impression chez les parties qu'elles n'ont pas d'autre choix que d'accepter le règlement en CRA, ce qui diminue le niveau de satisfaction. Il est plutôt recommandé de questionner les parties sur ce que cela signifierait pour eux d'en arriver à un règlement le jour même ou dans un court délai pour leur faire réaliser la valeur d'une telle opportunité⁷⁷.

Mythe 9 – Aborder les émotions en CRA empêche d'arriver à un règlement satisfaisant

Étant maîtres du processus durant la CRA, certains juges évitent d'aborder la dimension émotionnelle du conflit parce qu'ils entretiennent la croyance populaire voulant que les émotions puissent compromettre l'atteinte d'un règlement⁷⁸. Ainsi, ils orientent le processus de telle sorte que les émotions soient exclues de la médiation et que la négociation se fasse uniquement

77. Machteld PEL, « The Need for Method and Structure in Settlement Conferences », dans Tania SOURDIN & Archie ZARISKI (éd.), *The Multi-Tasking Judge. Comparative Judicial Dispute Resolution*, Australia, Thomson Reuters, 2013, p. 208.

78. Leonard L. RISKIN, « Further Beyond Reason: Emotion, the Core Concerns, and Mindfulness in Negotiation », (2010) 10 *Nev. L.J.* 289, 294.

sur la base des faits. Par exemple, une technique utilisée est l'appel d'une pause dès que le juge sent que la pièce devient trop chargée émotionnellement afin de calmer les esprits et de recommencer à négocier de manière raisonnable. Une autre pratique considérée comme efficace par certains juges pour en arriver à un règlement satisfaisant est la « médiation navette » (shuttle mediation)⁷⁹. Il s'agit d'une technique particulièrement populaire ailleurs au Canada et aux États-Unis⁸⁰. Ce type de médiation consiste à placer les parties en caucus dans des pièces séparées dès la fin de la présentation d'ouverture pour la durée quasi entière de celle-ci. Dans cette pratique, le juge se déplace continuellement entre les deux endroits pour transmettre les messages des parties, devenant ainsi l'unique moyen de communication entre elles⁸¹. Cette pratique est davantage associée à la médiation de type évaluative, où le juge agit en expert du droit et tente de soutirer des concessions de part et d'autre en évaluant le mérite juridique du dossier de chacune des parties en toute confidentialité. Toute la dimension émotionnelle est ainsi évacuée de la médiation. Au Québec, cette technique du caucus est utilisée avec parcimonie par certains juges principalement à l'étape des négociations dans le but d'en arriver à un montant d'argent qui correspond au « chiffre magique » du règlement. Cette technique est-elle vraiment efficace pour arriver à un règlement satisfaisant ?

Compte tenu des résultats de notre étude, il est faux d'affirmer que l'expression et la prise en compte des émotions empêchent d'arriver efficacement à un règlement satisfaisant. En matière familiale, quatre des huit facteurs qui influent le plus sur la possibilité d'un règlement ont trait à la participation directe des parties, à la communication et à la prise en considération de leurs émotions. Ces facteurs sont : (1) un processus qui permet d'être

79. Il s'agit d'une pratique inspirée du concept de « shuttle diplomacy » qui est utilisé dans les conflits internationaux entre états et groupes politiques.

80. John D. ROOKE, « The Multi-Door Courthouse is Open in Alberta: Judicial Dispute Resolution is Institutionalised in the Court of Queen's Bench », dans Tania SOURDIN et Archie ZARISKI (éd.), *The Multi-Tasking Judge: Comparative Judicial Dispute Resolution*, Australia, Thomson Reuters, 2013, p. 168 ; Peter ROBINSON, « An Empirical Study of Settlement Conference Nuts and Bolts: Settlement Judges Facilitating Communication, Compromise and Fear », (2012) 17 *Harv. Negot. L. Rev.* 97, 134 et s.

81. Peter ROBINSON, « An Empirical Study of Settlement Conference Nuts and Bolts: Settlement Judges Facilitating Communication, Compromise and Fear », (2012) 17 *Harv. Negot. L. Rev.* 97, 134 et s. ; Laurence BOULLE, Michael T. COLATRELLA (JR.) et Anthony P. PICCHIONI, *Mediation: Skills and Techniques*, Lexis Nexis, 2008.

impliqué, (2) un processus qui permet d'être considéré, (3) le juge qui agit comme facilitateur vers un sentiment de justice et (4) une communication qui permet de créer la confiance. Ce résultat peut sembler aller de soi en matière familiale où la dimension affective est très présente. Cependant, comme cela a été démontré au mythe 1, le principal facteur qui influence le sentiment utilitariste des parties, tous types de dossiers confondus, est un processus de CRA où la communication permet d'établir la confiance avec l'autre partie.

Ces résultats sont en cohérence avec une vaste littérature soutenant que bien que les émotions négatives puissent rendre plus difficile l'atteinte d'un règlement puisqu'elles peuvent affecter les processus cognitifs⁸², elles n'en demeurent pas moins un élément crucial à aborder afin de régler toute l'amplitude du conflit. Cela aura pour impact d'apporter un résultat réellement satisfaisant et durable aux parties, puisque les émotions sont une dimension importante et incontournable de l'expérience humaine⁸³. Qui plus est, les émotions positives peuvent être de puissants alliés pour favoriser la négociation sur intérêts et ultimement, le règlement satisfaisant⁸⁴. Or, la technique de la « médiation navette » empêche toute forme de communication directe entre les parties et l'évitement des émotions empêche d'aborder le conflit tel qu'il est vécu par les parties. L'opportunité d'obtenir des excuses, la transformation des émotions négatives en compréhension mutuelle et en émotions positives et le rétablissement de la confiance, tous de puissants moteurs du règlement et de la satisfaction pour le client⁸⁵, deviennent impossibles avec ce type de pratique.

82. Voir Jennifer K. ROBBENNOLT et Jean R. STERNLIGHT, *Psychology for Lawyers: Understanding the Human Factors in Negotiation, Litigation, and Decision Making*, Chicago, American Bar Association, 2012, p. 285.

83. Voir notamment, Roger FISHER et Daniel SHAPIRO, *Beyond Reason: Using Emotions As You Negotiate*, 1^{re} éd., Penguin Books, 2006 ; Bernard MAYER, *The Dynamics of Conflict Resolution: A Practitioner's Guide*, 1^{re} éd., Jossey-Bass, 2000 ; Douglas STONE et al., *Difficult Conversations: How To Discuss What Matters Most*, Revised ed., Penguin Books, 2010.

84. Roger FISHER et Daniel SHAPIRO, *Beyond Reason: Using Emotions As You Negotiate*, (2005).

85. Voir notamment, Dominique JARVIS et Michelle THÉRIAULT, « Les impacts psychologiques des excuses et leur protection en droit civil québécois », (2014) 91 *La Revue du Barreau Canadien* 555 ; Archie ZARISKI, « *Senti Alteram Partem*: Rights, Interests, Passions, and Emotions in Judicial Mediation », 5^e Biennale Internationale sur la Négociation, Advancia, Paris, Mars 2014.

Nous recommandons au juge médiateur de garder à l'esprit que bien qu'il ne s'agit pas pour eux de tomber dans un rôle thérapeutique, les émotions ont un important rôle à jouer dans tout type de négociation. De plus, l'utilisation du caucus doit demeurer un outil de médiation à utiliser avec modération et non une étape systématique de la médiation. Bien que l'utilisation systématique du caucus puisse s'avérer utile dans certaines circonstances particulières (ex. : dossiers de violence domestique), cette technique s'avère inefficace pour procurer un règlement satisfaisant pour les parties au niveau du rétablissement des relations et de la récupération de l'investissement psychologique et en opportunités.

CONCLUSION

En novembre 2013, l'Association du Barreau canadien a fait le constat suivant : « Notre base de connaissances est très mince. Nous n'en savons pas assez sur ce que veulent les gens du système de justice, et nous avons une capacité limitée de mesurer la satisfaction du public à l'égard de la prestation de services dans le secteur de la justice. Nous en savons encore moins sur la façon de combler efficacement les besoins »⁸⁶. Grâce à notre étude empirique, nous connaissons maintenant mieux le niveau de satisfaction des usagers du système judiciaire et les facteurs qui l'influencent. Nos résultats soulignent le succès de la CRA avec un taux global de *règlement* de 83 % et une moyenne de *satisfaction* globale également de 83 % chez les usagers de la CRA. Ils démontrent que la CRA remplit ses promesses pour améliorer l'accès à la justice sur le plan social et pour le bénéfice de l'administration de la justice. De plus, notre étude est la première qui propose une méthodologie pour mesurer le sentiment d'accès à la justice du justiciable. Les tribunaux pourront donc dans le futur mesurer à nouveau la satisfaction des usagers et s'adapter aux nouvelles réalités des justiciables dans une perspective d'amélioration continue.

Dans le présent article, nous appliquons nos résultats de recherche pour mieux comprendre les croyances répandues dans le milieu juridique en ce qui concerne la négociation hors cours, de même que les pratiques des avocats et des juges en CRA. Fondé

86. Canada, Association du Barreau Canadien, Rapport du Comité de l'accès à la justice, *Atteindre l'égalité devant la justice : une invitation à l'imagination et à l'action*, novembre 2013, p. 160.

sur les résultats de notre étude empirique, nous faisons la lumière sur neuf mythes et nous concluons par des recommandations pour améliorer la pratique des avocats négociateurs et des juges médiateurs.

Les résultats de notre étude révèlent que les mythes présents dans le milieu juridique induisent souvent aux avocats une perception inadéquate des besoins réels des parties et créent des erreurs de jugement quant à l'importance à attribuer aux différents facteurs qui influencent le règlement et la satisfaction pour leur client. L'utilité de ces résultats est qu'ils peuvent amener les avocats à mieux comprendre la réalité vécue par le client et leur permettre d'ajuster leurs pratiques en conséquence afin de fournir un service plus satisfaisant à leur client.

Les résultats de notre étude révèlent aussi que les parties qui acceptent d'aller en CRA n'y vont pas nécessairement pour trouver un règlement en droit ou uniquement par peur des risques associés au procès. Ils choisissent la CRA surtout pour y trouver une solution rapide, adaptée à leurs besoins et pour pouvoir s'exprimer et créer une communication qui permet d'établir la confiance avec l'autre partie. Se sentir traité avec respect et dignité est un puissant moteur de règlement et de satisfaction. À la lumière de ces résultats, les juges qui réussiront le mieux à procurer un règlement satisfaisant pour le citoyen seront ceux qui adopteront une approche de « facilitateur de justice » puisqu'ils chercheront à créer une relation de collaboration et de confiance entre les parties pour influencer leur négociation vers une solution équitable qui leur procurera un sentiment de justice. Une autre approche prometteuse est celle du juge « solutionneur de problème ». Le juge agira ainsi comme un expert en communication et négociation identifiant les intérêts des parties pour influencer leur négociation vers une solution adaptée à leurs réalités.

Pour le futur, nous espérons que nos résultats tirés de l'expérience concrète vécue par les citoyens bénéficieront aux secteurs privés et publics. Nous espérons que nos résultats sensibiliseront le secteur privé à la valeur de la CRA (83 % de satisfaction et de règlement à l'amiable) et qu'ils permettront une meilleure utilisation de ce service public afin de contribuer à leur productivité et leur responsabilité sociale. Nous espérons également que nos résultats aideront les avocats négociateurs et les organisa-

tions dans lesquelles ils évoluent (cabinets, contentieux d'entreprise, compagnies d'assurance, syndicats, etc.) à améliorer leur réputation et leur image de marque par une approche de « solutionneur de problème »⁸⁷ adaptée aux réalités de leur clientèle et permettant le développement de nouveaux marchés et de nouveaux partenariats. Pour le secteur public, nous espérons que nos résultats pourront éclairer les réflexions et décisions de la communauté juridique et des décideurs publics dans leurs efforts pour améliorer l'accès à la justice des citoyens et son impact sur leur adhésion à l'état de droit⁸⁸. Dans le contexte actuel où les ressources privées et publiques sont précieuses et limitées, nous espérons que notre étude démontre clairement l'intérêt de développer et soutenir l'évaluation empirique des programmes et pratiques juridiques pour s'assurer qu'ils atteignent les objectifs fixés et améliorer leur efficience⁸⁹.

Financer la recherche empirique en négociation/médiation est un investissement visionnaire et profitable puisqu'il permet à la fois de faire évoluer nos pratiques en concordance avec les besoins de la clientèle, de mieux comprendre les futures tendances des marchés et de s'assurer que nos précieuses ressources investies produisent l'impact recherché sur le terrain. Maîtriser la négociation intégrative fondée sur les intérêts pour prévenir et résoudre des problèmes complexes pour ainsi mieux répondre aux besoins de son client est une compétence essentielle du juriste au XXI^e siècle.

87. Voir notamment : Barreau du Québec, Rapport du Comité sur les problématiques actuelles reliées à la pratique privée et l'avenir de la profession, *Les avocats de pratique privée en 2021*, Juin 2011 ; Association du Barreau Canadien, *Avenirs en droit, Transformer la prestation des services juridiques au Canada*, août 2014.

88. Voir notamment les recommandations formulées par le vérificateur général du Québec dans son rapport en 2009-2010 (18 novembre 2009) et le suivi sur l'optimisation des ressources qui en a été fait dans son rapport en 2012-2013 (29 novembre 2012). En ligne : <http://www.vgq.gouv.qc.ca/fr/fr_publications/fr_rapport-annuel/fr_index.aspx?Annee=2012>.

89. La création d'un Comité permanent de réforme du droit pourrait avoir ce mandat d'évaluation et d'orientation. Au Québec, nous avons fait un pas en ce sens puisque la *Loi sur l'Institut québécois de réforme du droit* (RLRQ, c. I-13.2.1) a été sanctionnée en 1992. Toutefois, elle n'a pas été mise en vigueur à ce jour. Pour le futur, nous pourrions envisager des initiatives créatives et peu coûteuses alliant le milieu universitaire et professionnel (chaires et équipes de recherche, laboratoire d'innovation et d'évaluation des projets pilotes, etc.) car le besoin d'évaluation empirique demeure toujours aussi important aujourd'hui, non seulement au Québec mais également ailleurs au Canada.

Le nouveau *Code de procédure civile* au prisme des technologies de l'information

Antoine GUILMAIN

Résumé

Par l'adoption du nouveau *Code de procédure civile*, le Législateur a voulu faire passer la justice civile à l'heure du 21^e siècle, en la rendant plus rapide, moins coûteuse, plus accessible et moins lourde... notamment par le biais des technologies de l'information. Ainsi, contrairement à l'ancien *Code de procédure civile*, plusieurs dispositions réfèrent explicitement aux technologies de l'information. Le présent article se veut apporter une pierre à l'édifice pour mieux maîtriser les contours technologiques de ce nouveau texte. D'un côté, sur le plan théorique, la faveur aux moyens technologiques (règle d'application ; article 26) et la proportionnalité procédurale (principe directeur ; article 18) seront mises en perspective. De l'autre, sur le plan pratique, l'interrogatoire à distance par un moyen technologique et la notification par un moyen technologique seront successivement analysés.

Abstract

With the adoption of the new *Code of Civil Procedure*, the legislator intends to bring the civil justice system into the 21st Century, making it faster, cheaper, more accessible and less cumbersome – especially through the use of information technologies. Thus, unlike the last *Code of Civil Procedure*, several provisions refer specifically to information technologies. The present paper aims to better understand the technological aspects of this new legislation. On one hand, the favoring of technological means (rule of application; section 26) and the procedural proportionality

(guiding principle; section 18) will be put into perspective. On the other hand, the examination of witnesses through technological means and the electronic notification will be subsequently analyzed.

Le nouveau *Code de procédure civile* au prisme des technologies de l'information

Antoine GUILMAIN*

INTRODUCTION	475
I. Les enjeux théoriques de la réforme du NCPC	477
A. La faveur aux moyens technologiques, règle d'application et pertinence rédactionnelle	477
1. Nature intrinsèque de l'article 26 NCPC : une approche littérale	478
2. Nature extrinsèque de l'article 26 NCPC : une approche contextuelle	483
B. La proportionnalité procédurale, principe directeur et potentiel interprétatif	485
1. La proportionnalité et ses fondements conceptuels	486
2. La proportionnalité et son utilité pratique en matière de TIC	490
II. Les implications pratiques de la réforme du NCPC	494
A. L'interrogatoire à distance par un moyen technologique	494

* Candidat au doctorat à l'Université de Montréal et étudiant en droit au sein du cabinet Fasken Martineau. L'auteur tient à remercier les professeurs Karim Benyekhlef et Catherine Piché aussi bien pour les discussions stimulantes que les relectures bienveillantes. Il va de soi que ce qu'il avance dans son texte n'engage que lui-même.

1.	Consolidation sur le plan juridictionnel : la Cour supérieure et la Cour du Québec	495
2.	Élargissement sur le plan procédural : les interrogatoires avant procès et à l'audience.	499
B.	La notification par un moyen technologique	501
1.	La preuve d'envoi de la notification	503
2.	La preuve du document transmis par notification	505
CONCLUSION		506

INTRODUCTION

« Quant à l'avenir, il ne s'agit pas de le prévoir, mais de le rendre possible. »

Antoine de Saint-Exupéry

Comment rendre l'avenir possible en matière de droit de la procédure civile ? Aujourd'hui, et plus que jamais, cette question est intrinsèquement liée aux technologies de l'information et de la communication (TIC) ; à la fois riches de promesses et lourdes de menaces, elles ne manquent pas d'agir sur le droit. Plus particulièrement, la numérisation des tribunaux et la mise en réseau des acteurs judiciaires modifient le déroulement du procès et, *nolens volens*, le droit processuel québécois¹.

Sensible à cette réalité, le Législateur a cherché à amorcer un virage technologique au sein de l'institution judiciaire. En ce sens, le 20 février 2014, le projet de loi n° 28 instituant le nouveau *Code de procédure civile*² a été adopté à l'Assemblée nationale. À l'hiver 2016, un nouveau *Code de procédure civile*³ (ci-après NCPC) entrera en vigueur et se substituera au *Code de procédure civile*⁴ actuel (ci-après C.p.c.). Cette réforme vise à faire passer la justice civile à l'heure du 21^e siècle, en la rendant plus accessible, plus rapide, moins lourde et moins coûteuse ; notamment par le biais des technologies de l'information.

Cette volonté législative n'est cependant pas nouvelle. Déjà en 2001, l'adoption de la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*⁵ (ci-après LCCJTI) se voulait faire écho à l'avènement de la Société de l'information. Malheureusement, après plus de dix ans d'existence, la LCCJTI s'apparente toujours à un OVNI dans l'orbite du droit québécois. Ce constat se

-
1. Au Québec, le droit processuel désigne de manière générique le droit de la procédure et de la preuve civile. En ce sens, *Lac d'Amiante du Québec Ltée c. 2858-0702 Québec Inc.*, [2001] 2 R.C.S. 743, 2001 CSC 51 et *Globe and Mail c. Canada (Procureur général)*, [2010] 2 R.C.S. 592, 2010 CSC 41.
 2. *Loi instituant le nouveau Code de procédure civile*, RLRQ, c. C-25.
 3. *Code de procédure civile*, RLRQ, c. C-25.01.
 4. *Code de procédure civile*, RLRQ, c. C-25.
 5. *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*, RLRQ, c. C-1.1.

vérifie tant sur le plan jurisprudentiel que doctrinal : d'un côté, les tribunaux se réfèrent rarement à ce texte législatif⁶ et, le cas échéant, l'interprètent de manière hasardeuse, de l'autre, les auteurs proposent des analyses sensiblement différentes sur l'esprit et la lettre de la LCCJTI⁷, parfois même contradictoires. Plusieurs initiatives ont vu le jour pour clarifier et promouvoir cette Loi : on peut notamment relever la *Loi annotée*⁸ et le *Guide relatif à la gestion des documents électroniques*⁹ qui s'adressent à un large public et poursuivent une finalité résolument pratique et, plus récemment, le site *lccjti.ca*¹⁰ qui favorise le dialogue et la participation des internautes par le biais de blogues/forums. Il n'en demeure pas moins que la LCCJTI suscite bien souvent le même tollé : « acronyme imprononçable pour une loi incompréhensible ».

Ceci étant dit, *quid* du NCPC ? Comment intègre-t-il les technologies de l'information et de la communication ? Quelle est la facture même de ce nouveau texte de loi ? On touche là au cœur de notre étude, quoique largement hypertrophié. Il est en effet inconcevable de traiter le NCPC dans toutes ses facettes technologiques. Certaines possibilités (saisie sur support technologique¹¹, etc.) et potentialités (protocole de l'instance informatisé, règlement en ligne des litiges¹², etc.) du NCPC sont donc volontairement écartées.

La présente contribution tentera plutôt d'apporter une pierre à l'édifice à un double niveau. Sur le plan théorique, le NCPC fait coexister la faveur aux moyens technologiques (règle d'application – article 26) et la proportionnalité procédurale (principe directeur – article 18). Selon nous, ce dernier principe présente un

6. À l'heure où nous écrivons, le site *lccjti.ca* recense un peu plus d'une centaine de décisions référant à la LCCJTI depuis son adoption. Voir LCCJTI, *Jurisprudence* : <<http://lccjti.ca/jurisprudence/>>.
7. Le site *lccjti.ca* fait état de nombreuses divergences doctrinales que ce soit concernant la notion de neutralité technologique, d'équivalence fonctionnelle, d'intégrité, d'authenticité, etc.
8. SECRÉTARIAT DU CONSEIL DU TRÉSOR DU QUÉBEC, *Ressources informationnelles* : <<http://www.tresor.gouv.qc.ca/ressources-informationnelles/gouvernance-et-gestion-des-ressources-informationnelles/loi-concernant-le-cadre-juridique-des-technologies-de-l'information/>>.
9. FONDATION DU BARREAU DU QUÉBEC, *Publications* : <http://www.fondationdubarreau.qc.ca/pdf/publication/Guidetech_FR.pdf>.
10. LCCJTI, *Accueil* : <<http://lccjti.ca/>>.
11. Art. 728 et 729 NCPC.
12. Ce sont là deux projets actuellement menés par le Laboratoire de cyberjustice, qui pourraient fortement contribuer à l'informatisation de l'institution judiciaire. LABORATOIRE DE CYBERJUSTICE, *Accueil* : <<http://www.laboratoiredecyberjustice.org/>>.

potentiel interprétatif intéressant, à l'inverse du nouvel article 26 NCPC dont la pertinence rédactionnelle est plus discutable (I). Sur le plan pratique, l'interrogatoire à distance par un moyen technologique et la notification par un moyen technologique sont désormais expressément encadrés par le NCPC. Nous étudierons ces deux exemples de recours aux technologies de l'information et les différences avec le régime actuel (II).

I. LES ENJEUX THÉORIQUES DE LA RÉFORME DU NCPC

La réforme du NCPC vise à renouveler la procédure civile dans son application pratique, mais également dans ses fondements théoriques mêmes. L'introduction d'un titre spécifique sur « Les principes de la procédure applicable devant les tribunaux de l'ordre judiciaire »¹³ en témoigne largement. Cette nouvelle base processuelle emporte inévitablement de nombreuses conséquences, notamment en matière d'utilisation des technologies de l'information. Plus particulièrement, deux dispositions de nature fort différente méritent la plus grande attention. D'une part, l'article 26 NCPC qui impose de privilégier l'utilisation de tout moyen technologique approprié dans l'application du Code. Malgré son caractère spécifique, nous verrons que la pertinence rédactionnelle de cette règle d'application est des plus discutables (A). D'autre part, l'article 18 NCPC qui formalise le principe de proportionnalité procédurale. En dépit de son caractère plus général, nous montrerons que ce principe directeur présente un potentiel interprétatif intéressant pour favoriser le recours aux technologies de l'information lors du procès civil (B).

A. La faveur aux moyens technologiques, règle d'application et pertinence rédactionnelle

Afin d'adapter la justice civile à l'heure du 21^e siècle, le NCPC vise entre autres à amorcer un virage technologique pour l'appareil judiciaire. Cette volonté est à la fois exprimée dans les notes explicatives¹⁴, mais également (et surtout) dans le corps

13. Titre 2, Livre 1 du NCPC.

14. *Loi instituant le nouveau Code de procédure civile*, RLRQ, c. C-25, notes explicatives : « De plus, elle permet d'utiliser les technologies de l'information en matière de procédure civile. »

même du texte. L'article 26 NCPC, qui est de droit nouveau¹⁵, dispose ainsi :

Dans l'application du Code, il y a lieu de privilégier l'utilisation de tout moyen technologique approprié qui est disponible tant pour les parties que pour le tribunal en tenant compte, pour ce dernier, de l'environnement technologique qui soutient l'activité des tribunaux.

Le tribunal peut utiliser un tel moyen ou ordonner qu'il le soit par les parties, même d'office, notamment dans la gestion des instances ; il peut aussi, s'il le considère nécessaire, exiger, malgré l'accord des parties, qu'une personne se présente physiquement à une audience, à une conférence ou à un interrogatoire.

Malgré son statut de « règle d'application »¹⁶ du NCPC, nous allons voir que la nature même de cet article est on ne peut plus ambiguë. Sur le plan intrinsèque, la terminologie utilisée est aussi imprécise que complexe, ce qui en limite nécessairement la portée pratique (1). Sur le plan extrinsèque, cette disposition est inédite et ne recoupe pas le principe légistique de neutralité technologique (2). L'ensemble de ces éléments nous amène à questionner la pertinence rédactionnelle même de l'article 26 NCPC.

1. Nature intrinsèque de l'article 26 NCPC : une approche littérale

À son alinéa 1, l'article 26 précise qu'il y a lieu de privilégier l'utilisation de tout moyen technologique dans l'application du NCPC. La notion de « moyen technologique » peut être appréhendée de deux manières. En premier lieu, de manière positive, elle désigne toute technologie électronique, magnétique, optique, sans fil ou autres ou faisant appel à une combinaison de technologies¹⁷. Face à l'évolution rapide des technologies de l'information, cette assertion large permet d'assurer une certaine pérennité au NCPC¹⁸. En deuxième lieu, de manière négative, elle exclut de fait

15. Voir Luc CHAMBERLAND, *Le nouveau Code de procédure civile commenté*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2014, p. 15.

16. Le NCPC ne précise pas *per se* la force et la portée de telles règles.

17. Art. 1(2) LCCJTI.

18. *Mémoire de l'Association du Jeune Barreau de Montréal sur le projet de loi n° 28 intitulé Loi instituant le nouveau Code de procédure civile*, présenté à la Commission des institutions de l'Assemblée nationale du Québec, déposé le 30 août 2013, p. 14. AJBM, *Documents*, <<http://www.ajbm.qc.ca/documents/file/memoires/2013-2014/memoire-de-l-ajbm-sur-le-projet-de-loi-28-ao%C3%BBt-2013.pdf>>.

le papier¹⁹ ; qui est pourtant une « technologie physique »²⁰. Ceci étant dit, est-ce à dire que grâce à cette disposition l'environnement électronique va prendre le pas sur l'univers papier lors du procès civil ? Cette hypothèse est peu probable.

L'article 26 NCPC est en effet bien moins ambitieux qu'il n'y paraît et recèle de complexité. L'utilisation des technologies est ainsi conditionnée par trois éléments importants : 1/ le caractère « approprié » du moyen technologique 2/ la disponibilité du moyen technologique tant pour les parties que pour le tribunal 3/ la prise en compte de l'environnement technologique qui soutient l'activité des tribunaux. Étudions-les successivement.

Premièrement, le caractère « approprié » du moyen technologique. Il y a certes lieu de privilégier l'utilisation de tout moyen technologique, mais sous réserve qu'il soit « approprié ». L'article 419 NCPC²¹, relatif aux séances d'information sur la parentalité et la médiation, utilise cette même expression. Cependant, cette condition ouvre *nolens volens* la boîte de Pandore : Comment détermine-t-on le caractère « approprié » d'un moyen technologique ? Qui est censé se prononcer sur la question ? Quel est l'intérêt même d'une telle précision ? Cette exigence recoupe-t-elle le principe de proportionnalité procédurale ? Selon nous, cette dernière question nous paraît être l'avenue la plus intéressante²², voire même viable ; encore faudrait-il que les tribunaux se prononcent et la confirment. Lors d'une conférence en avril 2012²³, Me Dominic Jaar relevait déjà ces lacunes, ce qui l'amenait à qualifier l'article 26 NCPC de « disposition faux-semblant »²⁴.

19. En ce sens, LCCJTI, *Définitions* : <<http://lccjti.ca/definition/technologie/>>.

20. Claude FABIEN, « La preuve par document technologique », (2004) 38 *R.J.T.* 533, 547.

21. Art. 419 NCPC : « La séance d'information se déroule en groupe ; elle est donnée par deux médiateurs accrédités conformément au règlement pris en application de l'article 619 dont un seul doit être juriste. Cette séance peut être tenue par tout moyen technologique approprié disponible.

La volonté des parties de participer à des séances distinctes doit être respectée. Après la séance, une attestation de participation est donnée par le service de médiation familiale. »

22. Voir partie I.B. ci-dessous.

23. Dominic JAAR, « Où est le virage technologique du futur *Code de procédure civile* ? », lors de la sixième édition de la conférence Legal IT, le 2 avril 2012.

24. Voir KPMG, *Conférences* : <<http://www.kpmgblog.ca/giape/conference/conference-legal-it-ou-est-le-virage-technologique-du-futur-code-de-procedure-civile-d-jaar/>>.

Deuxièmement, la disponibilité du moyen technologique tant pour les parties que pour le tribunal. Comme relevé lors des débats parlementaires²⁵, cette condition encadre la « liberté technologique »²⁶, au sens large du terme, et doit être mise en perspective avec la LCCJTI. D'un côté, l'article 29(1) LCCJTI indique que l'on ne peut forcer une personne à « se procurer » un support ou une technologie spécifique pour recevoir ou transmettre un document. À titre d'exemple, un justiciable ne pourrait être obligé de transmettre un document sous une forme numérique, à moins qu'il y consente ou que la loi l'y oblige. De l'autre, l'article 29(2) LCCJTI vient enfoncer le clou en précisant que nul n'est tenu d'accepter de recevoir un document sur un autre support que le papier ou au moyen d'une technologie « dont il ne dispose pas ». Les expressions « se procurer » et « dont il ne dispose pas », utilisées par la LCCJTI, ont fait couler beaucoup d'encre²⁷ et ne sont toujours pas interprétées uniformément par la jurisprudence²⁸. Comme l'explique le professeur Trudel, « les évaluations peuvent se révéler difficiles lorsque vient le temps de déterminer si une personne possède ou non une technologie. » À nos yeux, la condition de « disponibilité du moyen technologique »²⁹ introduite par le NCPC vient rajouter un degré de difficulté au casse-tête. Faut-il interpréter la disponibilité *in concreto*, *in abstracto* ou les deux à la fois ? Sur quels standards se baser pour évaluer la disponibilité d'une technologie ? Y a-t-il une nuance à faire entre 1/ la disponibilité d'un moyen technologique pour le tribunal et 2/ la prise en compte de l'environnement technologique qui soutient l'activité des tribunaux ? Autant de questions sur lesquelles les tribunaux auront à se pencher ; à tout le moins, les développements doctrinaux et jurisprudentiels autour de l'article 29 LCCJTI offrent déjà de bons points d'ancrage.

25. Débats parlementaires, Projet de loi n° 28 instituant le nouveau *Code de procédure civile*, Assemblée nationale du Québec, mardi 22 octobre 2013, disponible à <<http://www.assnat.qc.ca/fr/travaux-parlementaires/commissions/CI-40-1/journal-debats/CI-131022.html#10h>>.

26. LCCJTI, *Articles* : <<http://lccjti.ca/article/article-29/>>.

27. *Ibid.*

28. Par exemple, voir *Syndicat de l'Enseignement de la région de la Mitis et Commission scolaire des Monts-et-Marées*, Tribunal d'arbitrage, SOQUIJ AZ-50833548, 31 janvier 2012 et *Union des routiers, brasseries, liqueurs douces et ouvriers de diverses industries, local 1999 et L'Oréal Canada*, Tribunal d'arbitrage, SOQUIJ AZ-50832524, 6 février 2012.

29. Pierre TRUDEL, *Introduction à la Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2012, p. 96.

Troisièmement, la prise en compte de l'environnement technologique qui soutient l'activité des tribunaux.

Les articles 26, 66 et 99 du NCPC y réfèrent et cette expression n'est pas entièrement nouvelle³⁰. Malgré une certaine ambiguïté³¹ et restrictivité³², cette condition se justifie plus facilement. En effet, l'infrastructure technique et organisationnelle des tribunaux ne permet pas de déployer tous types de procédés technologiques, quand bien même les parties se seraient mises d'accord. À titre d'exemple (volontairement exagéré), la comparution d'un témoin par voie holographique est pour le moment impensable. Notons que les tribunaux commencent progressivement à s'équiper de technologies, notamment dans les salles d'audience³³ : accès généralisé à l'équipement nécessaire pour tenir une visioconférence, importants travaux de modernisation pour la Cour suprême³⁴, le palais de justice de Montréal dispose de six salles

-
30. Par exemple, l'article 45.2 du *Règlement de procédure civile* faisait déjà référence à la prise en compte des « installations accessibles » en matière de visioconférence. *Règlement de procédure civile*, RLRQ, c. C-25, r. 11.
31. *Mémoire du Barreau du Québec sur le projet de loi n° 28 intitulé Loi instituant le nouveau Code de procédure civile*, présenté à la Commission des institutions de l'Assemblée nationale du Québec, déposé le 13 septembre 2013, p. 81 : « Le Barreau s'interroge sur la portée et l'interprétation à donner aux termes « en tenant compte, pour ce dernier, de l'environnement technologique qui soutient l'activité des tribunaux ». » BARREAU DU QUÉBEC, *Médias* : <<http://www.barreau.qc.ca/pdf/medias/positions/2013/20130913-pl-28.pdf>>.
32. *Mémoire de l'Association du Jeune Barreau de Montréal sur le projet de loi n° 28 intitulé Loi instituant le nouveau Code de procédure civile*, présenté à la Commission des institutions de l'Assemblée nationale du Québec, déposé le 30 août 2013, p. 15 : « Dans l'état actuel des choses, malgré tous les bienfaits envisagés a priori, le fait que le Projet de loi 28 prévoit que l'utilisation des moyens technologiques doit aller « de pair avec l'environnement technologique qui soutient l'activité des tribunaux » (art. 26 et 66) risque de constituer un frein à l'utilisation des moyens technologiques, et pourrait contribuer à ce que le statu quo soit maintenu et que les actes de procédure et pièces continuent d'être produits sur papier plutôt que par des moyens technologiques. Ainsi, l'AJBM suggère donc de retirer cette expression aux articles 26 et 66. Le fait que le moyen technologique soit « approprié » suffirait pour permettre de mettre des balises là où il le faudrait. »
33. Nicolas VERMEYS et Cléa IAVARONE-TURCOTTE, *Procédure et immatériel (Québec)*, Association Henri Capitant, Journées espagnoles, Barcelone et Madrid, du 19 au 23 mai 2014 (à paraître).
34. *Ibid.* Plus précisément, l'installation d'un nouveau matériel audiovisuel informatisé, de caméras, de micros, d'un lutrin muni d'une horloge numérique, de connexions Internet sans fil, d'écrans de visualisation, d'ordinateurs portables intégrés à la table de travail des juges et enfin de prises de courant aux tables des avocats.

d'audience multimédias reliées à une régie,³⁵ etc. Cependant, comme le soutient l'AJBM, nous pensons également que :

Des mesures additionnelles devront impérativement être déployées afin de développer l'utilisation des moyens technologiques dans les palais de justice de la province. Et ce, dans un avenir rapproché. Sinon, l'objectif de la réforme qui consiste à favoriser les moyens technologiques ne pourra être rempli.³⁶

À son alinéa 2, l'article 26 NCPC vient par ailleurs confirmer l'autorité renforcée du tribunal lors du déroulement de l'instance. Ainsi, malgré l'accord des parties, le tribunal peut soit ordonner (dans la gestion de l'instance) soit interdire (lors de l'audience, d'une conférence ou d'un interrogatoire) l'utilisation des technologies de l'information. En substance, cette disposition assure une mainmise du tribunal sur l'équilibre entre, d'une part, l'utilisation des technologies de l'information, et d'autre part, le respect des exigences processuelles de base³⁷.

En définitive, l'article 26 NCPC est une règle d'application aux contours imprécis avec de nombreux éléments restant encore à déterminer³⁸. Il ne favorise pas vraiment l'utilisation des technologies de l'information et, de fait, est bien moins ambitieux qu'il n'y paraît. Tous ces éléments nous amènent à qualifier l'article 26 NCPC de « disposition-soufflé-au-fromage » : c'est bien beau dans le four, bien doré, bien bombé, mais dès qu'on le sort, ça se dégonfle, c'est creux. On ne peut qu'espérer une intervention des tribunaux pour lui donner une réelle consistance.

35. *Ibid.* Ces salles sont entièrement équipées au plan technologique. On y trouve ainsi, par exemple, micros, caméras vidéos, écrans (dont certains sont tactiles), caméras documents et casques infrarouges, sans oublier des prises de courant pour les portables.

36. *Mémoire de l'Association du Jeune Barreau de Montréal sur le projet de loi n° 28 intitulé Loi instituant le nouveau Code de procédure civile*, présenté à la Commission des institutions de l'Assemblée nationale du Québec, déposé le 30 août 2013, p. 15.

37. Par exemple, le principe du contradictoire, de publicité, de présence, etc. Voir Emmanuel JEULAND, *Droit processuel général*, 2^e éd., Paris, Domat-Montchrestien, 2012.

38. Déjà lors des débats parlementaires, le ministre de la Justice Saint-Arnaud assurait qu'il y aurait de la formation pour les avocats et pour les membres de la magistrature spécifiquement autour de l'article 26 NCPC. Débats parlementaires, *Projet de loi n° 28 instituant le nouveau Code de procédure civile*, Assemblée nationale du Québec, mardi 22 octobre 2013, disponible à <<http://www.assnat.qc.ca/fr/travaux-parlementaires/commissions/CI-40-1/journal-debats/CI-131022.html#10h>>.

2. Nature extrinsèque de l'article 26 NCPC : une approche contextuelle

Par-delà une analyse strictement littérale, il faut replacer le NCPC dans un contexte législatif plus large, entre autres l'adoption en 2001 de la LCCJTI. Plus particulièrement, une notion semble pouvoir être apparentée à ce nouvel article 26 NCPC : la neutralité technologique³⁹.

Cette néologie lexicale a souvent été invoquée comme l'un des principes fondateurs de la LCCJTI et, partant, des nouvelles dispositions en droit de la preuve civile. En raison de sa nature éminemment ambiguë, il est très vite appartenu à la doctrine et aux tribunaux de mieux circonscrire l'étendue et les limites de la neutralité technologique. En substance, les analyses se polarisent aujourd'hui autour de deux conceptions⁴⁰ : l'une est « active » et assez ambitieuse, l'autre est « passive » et plus modeste.

- La première conception consiste à dire que la LCCJTI s'intéresse au cadre technologique et garantit la non-discrimination des technologies. On recoupe ici avec l'article 5 LCCJTI. Dès lors, par l'introduction de cette disposition⁴¹, le Législateur voulait s'assurer que le document papier et le document technologique seraient traités sur un pied d'égalité, sans favoriser l'un au détriment de l'autre⁴². La Cour suprême, dans la décision *Dell*⁴³, semble d'ailleurs se rallier à une telle interprétation.
- La seconde conception, à laquelle nous adhérons, repose sur l'idée que la LCCJTI se désintéresse du cadre technologique⁴⁴ et ne favorise aucune technologie. En ce sens, elle se limite à énoncer « les droits et les obligations des personnes de façon

39. *Mémoire de l'Association du Jeune Barreau de Montréal sur le projet de loi n° 28 intitulé Loi instituant le nouveau Code de procédure civile*, présenté à la Commission des institutions de l'Assemblée nationale du Québec, déposé le 30 août 2013, p. 14.

40. LCCJTI, *Définitions* : <<http://lccjti.ca/definition/neutralite-technologique/>>.

41. Jean-François DE RICO et Dominic JAAR, « Le cadre juridique des technologies de l'information », dans Service de la formation continue du Barreau du Québec, *Congrès annuel*, Montréal, 2008, p. 8.

42. Claude FABIEN, « La preuve par document technologique », (2004) 38 *R.J.T.* 533, 548.

43. *Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs*, [2007] 2 R.C.S. 801, 2007 CSC 34, par. 95.

44. Pierre TRUDEL, *Introduction à la Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2012, p. 19.

générique, sans égard aux moyens technologiques par lesquels s'accomplissent les activités visées »⁴⁵. Par suite logique, la neutralité technologique devient assimilable à un principe de rédaction législative⁴⁶, voire même une simple méthode de légistique⁴⁷. Dans son ouvrage *Neutralité technologique : rédaction et interprétation des lois face aux changements technologiques*⁴⁸, le professeur Vincent Gautrais en propose d'ailleurs la définition suivante : « une technique législative conforme à l'expression "par quel moyen que ce soit" que l'on retrouve régulièrement au détour d'une loi ou d'un règlement, et ce, depuis déjà longtemps »⁴⁹.

Ceci étant dit, qu'en est-il de l'article 26 NCPC ? S'agit-il d'une disposition qui recoupe le principe légistique de « neutralité technologique » ? Malgré la nature paradoxale de cette notion⁵⁰ (l'expression « neutralité » est utilisée alors même que c'est bien d'un rattrapage vis-à-vis du papier qui est recherché)⁵¹, nous ne le croyons pas. En effet, cette disposition est on ne peut plus claire à ce sujet en disposant « il y a lieu de *privilégier* l'utilisation de tout moyen technologique approprié ». L'objectif est bien d'assurer l'émergence et le fonctionnement désentravé des technologies dans un contexte judiciaire au détriment évident du papier ; on est loin du vœu pieux de neutralité technologique. Cette volonté législative de favoriser l'intégration des nouvelles technologies recoupe d'ailleurs une certaine interprétation jurisprudentielle de la LCCJTI⁵². Il faut cependant souligner que l'article 26 NCPC est certes non technologiquement neutre, mais il ne favorise également aucune technologie spécifique⁵³.

45. *Ibid.*

46. LCCJTI, *Définitions* : <<http://lccjti.ca/definition/neutralite-technologique/>>.

47. François SENÉCAL, *L'écrit électronique*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2012, p. 69.

48. Vincent GAUTRAIS, *Neutralité technologique : rédaction et interprétation des lois face aux technologies*, Montréal, Éditions Thémis, 2012.

49. *Ibid.*, p. 51.

50. *Ibid.*, p. 36.

51. Stéphanie LACOUR et Marion VIDEAU, « Légistique de la preuve électronique », version préliminaire, mars 2007, en ligne : <http://videau.lecte.com/media/Lacour_Videau07.pdf>.

52. *Entreprises Robert Mazeroll Ltée c. Expertech – Batisseur de réseaux Inc.*, 2005 CanLII 131 (QC C.Q.), par. 11 : « Cette loi qui s'applique à toute la législation québécoise, montre bien l'intention du législateur de permettre le recours aux technologies de l'information dans la mesure où une technologie n'est pas strictement interdite par la loi. »

53. Toutes les technologies sont visées : électronique, magnétique, optique, sans fil ou autres ou faisant appel à une combinaison de technologies.

Dans un esprit de synthèse, une certitude se dégage donc : la neutralité technologique est un concept inapplicable et inutile pour expliquer l'article 26 NCPC. Inapplicable, car le Législateur n'est évidemment pas neutre en privilégiant l'utilisation de tout moyen technologique. Inutile, car tenter de comprendre ce nouvel article par la neutralité technologique revient, selon nous, à éclairer le flou par le flou – une manière de souffler dans un violon. L'article 26 NCPC est résolument de droit nouveau et, au risque de nous répéter, on ne peut que se fier à l'intelligence et la créativité des tribunaux⁵⁴ pour mieux l'appréhender.

B. La proportionnalité procédurale, principe directeur et potentiel interprétatif

La proportionnalité procédurale est codifiée dans le NCPC au sein d'un chapitre spécifique intitulé « Les principes directeurs de la procédure »⁵⁵. Pour certains auteurs, « les principes directeurs distillent la science du procès »⁵⁶ et tracent « l'essentiel des contours de l'office du juge et de la répartition des fonctions processuelles entre celui-ci et les parties »⁵⁷. Le professeur Cornu, quant à lui, définit les principes directeurs comme des « règles placées en tête du nouveau *Code de procédure civile* [français] qui ont pour objet essentiel de déterminer le rôle respectif des parties et du juge dans le procès civil [...] et d'établir certaines garanties fondamentales »⁵⁸.

Sans se prononcer sur la restrictivité de telles conceptions⁵⁹, on voit bien que ni le choix du vocable « principe directeur » ni l'emplacement au sein du NCPC ne sont anodins. Le Législateur a assurément voulu conférer, et confirmer⁶⁰, la fonction ambitieuse de la proportionnalité procédurale ; elle est bien à la base de la cul-

54. En espérant que la jurisprudence soit plus fournie que celle relative à la LCCJTI.

55. Chapitre 3, Titre 2, Livre 1 du NCPC.

56. Gérard CORNU et Jean FOYER, *Procédure civile*, Paris, P.U.F., 1996, p. 435.

57. Henri MOTULSKY, « Prolégomènes pour un futur *Code de procédure civile* : la consécration des principes directeurs du procès civil par le décret du 9 septembre 1971 », *Dalloz* 1972, chron., p. 93.

58. Gérard CORNU (sous la dir.), *Vocabulaire juridique*, 8^e éd., Paris, P.U.F., 2000, voir « Principe directeur ».

59. Etienne VERGES, *Les principes directeurs du procès judiciaire – Étude d'une catégorie juridique*, thèse de doctorat, Aix-Marseille, Faculté de droit, Université d'Aix-Marseille III, 2000, p. 22-23.

60. *Marcotte c. Longueuil (Ville)*, [2009] 3 R.C.S. 65, 2009 CSC 43, par. 43.

ture judiciaire et du droit processuel québécois⁶¹. Cette volonté législative s'inscrit d'ailleurs dans la droite ligne de la jurisprudence antérieure. En 2009, le juge Lebel notait en effet que la proportionnalité ne pouvait se « réduire à un simple principe à valeur interprétative qui n'accorderait aucun pouvoir réel aux tribunaux à l'égard de la conduite de la procédure civile au Québec »⁶².

Ceci étant dit, en quoi la proportionnalité procédurale pourrait favoriser le recours effectif aux technologies de l'information ? Pour répondre à cette question, il nous faudra d'abord broser les fondements conceptuels de ce principe et son actualité dans le NCPC (1). Par la suite, nous verrons que le principe de proportionnalité a régulièrement été invoqué et admis pour justifier le recours aux technologies de l'information ; pourquoi en serait-il autrement avec le NCPC ? Poser une telle question c'est déjà y répondre (2).

1. La proportionnalité et ses fondements conceptuels

Pour dégager ce que le principe de proportionnalité porte en lui intrinsèquement et symboliquement, nous proposons de l'appréhender selon une méthode systématique en entonnoir.

Sur le plan général. La proportionnalité vient du grec « pro » (pour) et « portio » (part, rapport) ; ce qui a ensuite été repris en latin par « proportio » (rapport et analogie) et « onis » (tout). D'un point de vue strictement étymologique, la proportionnalité revient donc à établir un rapport entre deux choses selon une proportion équitable⁶³. Ce constat est aussi vrai pour la proportionnalité mathématique (« étudiée à la petite école »)⁶⁴ que pour la proportionnalité appliquée au domaine juridique, qui fait l'objet de toute notre attention. En effet, dans les deux cas, il s'agit bien d'évaluer certains éléments par rapport à d'autres en conservant un certain sens de la « mesure »⁶⁵.

61. Voir Justice Québec, Comité de révision de la procédure civile, *Une nouvelle culture judiciaire*, juillet 2001. JUSTICE QUÉBEC, *Publications* : <<http://www.justice.gouv.qc.ca/francais/publications/rapports/crpc-rap2.htm>>.

62. *Marcotte c. Longueuil (Ville)*, [2009] 3 R.C.S. 65, 2009 CSC 43, par. 42.

63. CNRTL, *Lexicographie* : <<http://www.cnrtl.fr/lexicographie/proportionnalit%C3%A9>>.

64. Catherine PICHÉ, « La proportionnalité procédurale : une perspective comparative », (2009-10) 40 *R.D.U.S.* 552, 554.

65. *Ibid.*

Sur le plan juridique. Le principe de proportionnalité vise à effectuer un double contrôle. D'un côté, un contrôle de pertinence ou de méthodes : le moyen doit permettre effectivement d'atteindre le but poursuivi⁶⁶. De l'autre, un contrôle d'incidence ou de conséquences : le moyen ne doit pas engendrer des effets excessifs sur les droits ou intérêts de la partie poursuivie⁶⁷. Sans entrer dans trop de considérations historiques ou philosophiques⁶⁸, notons que cette conception large englobe le principe de proportionnalité qu'il soit appliqué en droit administratif, constitutionnel, pénal ou de l'Union européenne.

Sur le plan procédural. Il semble que ce soit en droit anglais que la règle de proportionnalité a été utilisée, pour la première fois, dans le domaine spécifique de la procédure civile⁶⁹. Dans son rapport final de réforme de la procédure anglaise intitulée « Access to Justice »⁷⁰, Lord Woolf propose ainsi d'ériger la proportionnalité en un principe fondamental, à la base d'un système de justice civile « juste » :

Rule I of the new procedural code, which imposes an obligation on the courts and the parties to further the overriding objective of the rules so as to deal with cases justly. The rule provides a definition of 'dealing with a case justly', embodying the principles of equality, economy, proportionality and expedition which are fundamental to an effective contemporary system of justice. These requirements of procedural justice, operating in the traditional adversarial context, will give effect to a system which is substantively just in the results it delivers as well as in the way in which it does so.⁷¹

Par la suite, les idées de Lord Woolf concernant la proportionnalité procédurale ont été importées en Amérique du Nord pour des raisons essentiellement conjoncturelles. Depuis plusieurs

66. Nicolas DUPONT, « Droit au respect de la vie privée versus droit à la preuve », *Gazette du Palais* n° 337 (2 décembre 2008) 33.

67. *Ibid.*

68. Nous référons à Catherine PICHÉ, « La proportionnalité procédurale : une perspective comparative », (2009-10) 40 *R.D.U.S.* 552.

69. *Ibid.*, p. 559. Denis FERLAND, « La transformation de la justice civile : la « nouvelle culture judiciaire » du juge et des avocats », dans Louis LEBEL et Pierre VERGE (dir.), *L'oreille du juge. Études à la mémoire de M^e Robert P. Gagnon*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2007, p. 25, p. 29.

70. The Right Honourable the Lord Woolf, Master of the Rolls, *Access to Justice. Final Report to the Lord Chancellor on the civil justice system in England and Wales*, Londres, Her Majesty's Stationery Office, juillet 1996.

71. *Ibid.*

années, l'accès à la justice est sur toutes les lèvres, l'équation « réduction des coûts + diminution des délais = efficience de la justice » ne cesse de préoccuper, sans parler de la sempiternelle question de la lourdeur de l'appareil judiciaire. Comme le résume le juge Morissette, « en matière de justice civile, les préoccupations contemporaines – je veux dire celles des dix à quinze dernières années – traversent les frontières, du moins à l'intérieur de chaque grande tradition juridique »⁷². La proportionnalité procédurale et l'accès à la justice sont donc l'avvers et le revers d'une même médaille.

Sur le plan canadien. En mettant de côté le Québec, deux provinces ont élevé la proportionnalité procédurale au statut de principe directeur de la procédure : l'Ontario et la Colombie-Britannique. Dans les deux cas, la proportionnalité est appréhendée et appliquée avec certaines spécificités⁷³, mais toujours en conformité avec la tradition de Common Law ; sensiblement différente de la conception civiliste prévalant au Québec. En Ontario, depuis la réforme du 1^{er} janvier 2010, le principe de proportionnalité est ainsi formellement codifié aux *Rules of Civil Procedure* en ces termes : « In applying these rules, the court shall make orders and give directions that are proportionate to the importance and complexity of the issues and the amount involved in the proceeding »⁷⁴. En Colombie-Britannique, la réforme des *Supreme Court Civil Rules*, en juillet 2010, est venue renforcer le principe de proportionnalité. On peut maintenant y lire : « The object [of these Rules] is to secure the just, speedy and inexpensive determination of every proceeding on its merits » which « includes, so far as is practicable, conducting the proceeding in ways that are proportionate to (a) the amount involved in the proceeding, (b) the importance of the issues in dispute, and (c) the complexity of the proceeding »⁷⁵.

Sur le plan québécois actuel. Le principe de proportionnalité n'est pas nouveau⁷⁶ au Québec et a toujours guidé le droit de

72. Yves-Marie MORISSETTE, « Gestion d'instance, proportionnalité et preuve civile : état provisoire des questions », (2009) *C. de D.* 381, 388.

73. Nous référons à Catherine PICHE, « La proportionnalité procédurale : une perspective comparative », (2009-10) 40 *R.D.U.S.* 552.

74. *Rules of Civil Procedure*, R.R.O. 1990, Reg. 194, r. 1.04 (1.1).

75. *Supreme Court Civil Rules*, B.C. Reg. 168/2009.

76. *Marcotte c. Longueuil (Ville)*, [2009] 3 R.C.S. 65, 2009 CSC 43, par. 43 : « Le principe de la proportionnalité qu'énonce l'art. 4.2 C.p.c. n'est pas entièrement nouveau ».

la procédure civile⁷⁷. C'est pourtant la réforme du *Code de procédure civile* de 2003 qui a officiellement codifié ce principe⁷⁸. L'article 4.2 C.p.c. dispose ainsi que

Dans toute instance, les parties doivent s'assurer que les actes de procédure choisis sont, eu égard aux coûts et au temps exigés, proportionnés à la nature et à la finalité de la demande et à la complexité du litige ; le juge doit faire de même à l'égard des actes de procédure qu'il autorise ou ordonne.

Selon cette disposition, et comme l'a relevé le professeur Piché⁷⁹, le principe de proportionnalité repose sur trois composantes principales :

- *1/Ratione personæ* : ce sont les parties, mais également les juges de première instance et d'appel qui doivent agir proportionnellement.
- *2/Ratione temporis* : la proportionnalité doit être assurée à toutes les étapes de l'instance judiciaire, de la signification de la requête introductive d'instance au procès.
- *3/Ratione materiæ* : depuis l'arrêt *Marcotte*⁸⁰, l'exigence de proportionnalité dans la conduite de la procédure doit s'appréhender sur le plan individuel (par rapport au dossier, les recours et les procédures choisis doivent être proportionnés)⁸¹, mais également sur le plan collectif (par rapport à la société, le recours à la justice est un service public qui ne doit pas être utilisé de manière abusive)⁸².

Sur le plan québécois à venir. L'article 18 NCPC reprend le principe de proportionnalité procédurale en ces termes :

Les parties à une instance doivent respecter le principe de proportionnalité et s'assurer que leurs démarches, les actes de procédure,

77. Voir Denis FERLAND et Benoît EMERY, *Précis de procédure civile du Québec*, vol. 1, art. 1 à 481 C.p.c., 4^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003.

78. MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, *La révision de la procédure civile. Une nouvelle culture judiciaire*, Rapport du Comité de révision de la procédure civile, Québec, Les Publications du Québec, juillet 2001.

79. Catherine PICHE, « La proportionnalité procédurale : une perspective comparative », (2009-10) 40 *R.D.U.S.* 552.

80. *Marcotte c. Longueuil (Ville)*, [2009] 3 R.C.S. 65, 2009 CSC 43.

81. *Ibid.*, par. 42.

82. *Ibid.*, par. 43.

y compris le choix de contester oralement ou par écrit, et les moyens de preuve choisis sont, eu égard aux coûts et au temps exigé, proportionnés à la nature et à la complexité de l'affaire et à la finalité de la demande.

Les juges doivent faire de même dans la gestion de chacune des instances qui leur sont confiées, et ce, quelle que soit l'étape à laquelle ils interviennent. Les mesures et les actes qu'ils ordonnent ou autorisent doivent l'être dans le respect de ce principe, tout en tenant compte de la bonne administration de la justice.

Selon nous, cet article confirme et renforce les trois composantes principales de la proportionnalité procédurale, tel que nous venons de les énoncer⁸³. *Ratione personæ*, les parties et le juge sont toujours soumis à cette obligation. *Ratione temporis*, la portée de la proportionnalité est sensiblement étendue⁸⁴ puisque les étapes de l'instance judiciaire sont visées, mais également les moyens de preuve et les démarches. *Ratione materiæ*, l'expression « en tenant compte de la bonne administration judiciaire » vient confirmer le double aspect individuel/collectif de la proportionnalité, établi dans la décision *Marcotte*⁸⁵. Les articles 19 et 20 NCPC doivent se lire en parallèle de l'article 18 NCPC. Sans approfondir davantage⁸⁶, soulignons donc que la proportionnalité est reprise du C.p.c. et consolidé par le NCPC.

2. La proportionnalité et son utilité pratique en matière de TIC

Depuis son introduction dans le *Code de procédure civile*, le principe de proportionnalité procédurale a régulièrement été invoqué et admis pour justifier le recours aux technologies de l'information. Voici un rapide tour d'horizon des décisions les plus notables en la matière.

Dans l'affaire *Citadelle, Cie d'assurance générale c. Montréal (Ville)*⁸⁷, les parties ne s'entendent pas sur le type de support, papier ou numérique, à être utilisé pour la communication des

83. Voir Catherine PICHÉ, « La disposition préliminaire du *Code de procédure civile* », (2014) 73 *R. du B.* 135, 163.

84. Luc CHAMBERLAND, *Le nouveau Code de procédure civile commenté*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2014, p. 11.

85. *Marcotte c. Longueuil (Ville)*, [2009] 3 R.C.S. 65, 2009 CSC 43, par. 42 et s.

86. Cela fera l'objet d'un travail ultérieur portant exclusivement sur la proportionnalité procédurale.

87. *Citadelle, Cie d'assurance générale c. Montréal (Ville)*, 2005 CanLII 24709 (QC C.S.).

pièces. D'un côté, la Ville de Montréal a transmis plusieurs documents sur un support technologique (disques compacts) ; de l'autre, certains demandeurs exigent qu'ils lui soient plutôt transmis sur un support papier. Eu égard aux coûts d'impression « astronomiques » (10 000 pages), le tribunal en vient à rejeter les prétentions des demandeurs en se fondant sur le principe de proportionnalité (article 4.2 C.p.c.). Dans les mots de la Cour, « cette règle de la proportionnalité des moyens adoptée en 2002 est aussi applicable » et « justifierait à elle seule que l'on autorise la communication des pièces sur support informatique »⁸⁸.

Dans *Manoir Royal inc. (Bar Le Lodge) c. Régie des alcools, des courses et des jeux*⁸⁹, le juge Babin tient des propos explicites concernant la proportionnalité procédurale et les interrogatoires à distance par un moyen technologique :

Le législateur a voulu, depuis quelques années, dans le cadre d'une réforme de la procédure, et ce, dans l'esprit d'une saine administration de la justice, et pour diminuer les coûts du système judiciaire et ainsi faciliter l'accès à la justice pour les citoyens, permettre la présentation de procédures par la voie de la conférence téléphonique, et même de la vidéoconférence ou visioconférence, lorsque possible.⁹⁰

En ce sens, comme le relèvent Monique Dupuis et Pierre Tessier, « en application du principe de proportionnalité édicté par l'article 4.2 C.p.c., et en raison de la fiabilité accrue des technologies de l'information, les tribunaux se montrent ouverts au témoignage d'un témoin, sans que ce dernier ne soit physiquement en présence simultanée du juge et des parties, notamment par l'utilisation de visioconférence »⁹¹. Aujourd'hui, il existe donc une pléthore de décisions qui justifient le recours aux technologies audiovisuelles en se fondant sur la proportionnalité procédurale⁹². Qu'il nous suffise de citer un extrait de la décision *SSQ, société d'assurances générales inc. c. Crane Canada Co.*⁹³, dans

88. *Ibid.*, par. 8.

89. *Manoir Royal inc. (Bar Le Lodge) c. Régie des alcools, des courses et des jeux*, 2008 QCCS 345.

90. *Ibid.*, par. 29.

91. Monique DUPUIS et Pierre TESSIER, *Preuve et procédure*, vol. 2, Collection de droit 2013-2014, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2013, p. 403.

92. À titre d'exemple, citons *Poitras c. Maison André Viger (1994) inc.*, 2008 QCCQ 12761 ou *Entreprises Robert Mazeroll Ltée c. Expertech – Bâtisseur de réseaux Inc.*, 2005 CanLII 131 (QC C.Q.).

93. *SSQ, société d'assurances générales inc. c. Crane Canada Co.*, 2009 QCCQ 18041.

laquelle le juge autorise d'interroger un affiant par visioconférence :

La situation dont est saisi le soussigné est clairement une de celles visées par l'article 4.2 C.p.c. et si on veut donner tout son sens au principe véhiculé par cet article, il faut non pas laisser les coûts augmenter quitte à les répartir plus tard, mais bien intervenir à la base afin d'éviter qu'ils s'accumulent sans raison valable.

La proposition de SSQ [c.-à-d. un interrogatoire par voie de visioconférence] est donc celle qui m'apparaît la plus conforme au libellé de l'article 4.2 C.p.c. en ce sens qu'un moyen technologique existe, qui est maintenant éprouvé, fiable, convivial et de plus en plus autorisé par les Tribunaux – il peut d'ailleurs permettre aux trois parties de pouvoir échanger à distance, chacun restant à son bureau soit en l'espèce St-Albert ou ailleurs en Alberta, Montréal et Québec, et ce, à un coût relativement modeste, coût que SSQ se dit prête à avancer.⁹⁴

Enfin, par l'effet combiné de l'article 138 C.p.c. et des articles 28 et 74 LCCJTI, les tribunaux ont plusieurs fois autorisé la signification par voie électronique⁹⁵. Dans *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Tobin*⁹⁶, la Cour consolide même son jugement en appliquant la proportionnalité procédurale :

De plus, tenant compte des principes énoncés à l'article 4.2 C.p.c., afin de préserver la proportionnalité, eu égard à la somme réclamée en l'espèce et eu égard aux coûts afférents à une signification par la voie des journaux, la signification par courrier électronique s'avère le moyen le plus approprié dont dispose la Commission pour signifier la demande introductive d'instance. Il s'agit d'un moyen direct, pratique et peu onéreux, qui rencontre, en l'espèce, les critères de fiabilité exigés par la loi.⁹⁷

Que ce soit en matière de communication des documents, d'interrogatoires avant procès ou de signification, on voit bien que le principe de proportionnalité procédurale (article 4.2 C.p.c.) est particulièrement invoqué par les parties et admis par les tribu-

94. *Ibid.*, par. 21 et 22.

95. Voici un exemple de décision récente : *Pizz Place Royale inc. c. Seingier*, 2013 QCCQ 15733.

96. *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Tobin*, 2012 QCTDP 3 (CanLII).

97. *Ibid.*, par. 16.

naux pour recourir aux technologies de l'information. Pourquoi en serait-il autrement avec le NCPC ? En d'autres termes, pourquoi changer une méthode qui gagne ? Selon nous, la proportionnalité procédurale est un principe souple et flexible, qui permettait déjà de privilégier les moyens technologiques. En ce sens, l'article 26 NCPC n'est pas d'une grande utilité ; pire, les conditions qu'il pose auraient plutôt tendance à rigidifier le recours aux technologies de l'information... Une manière d'éviter un tel problème serait d'interpréter l'article 26 NCPC comme étant l'avatar de la proportionnalité procédurale, cette dernière primerait alors en cas de contradiction.

Bilan. En dépit de son caractère général, le principe de proportionnalité procédurale nous apparaît bien plus intéressant sur le plan interprétatif que le nouvel article 26 NCPC, dont la pertinence rédactionnelle est plus discutable. Le tableau ci-dessous vise, de manière volontairement simplifiée, à résumer l'ensemble de nos propos :

**Le nouveau *Code de procédure civile*
et le recours aux TIC**

	La faveur aux moyens technologiques	La proportionnalité procédurale
Disposition	Article 26 NCPC	Article 18 NCPC
Statut	Règle d'application	Principe directeur
Portée	Spécifique	Générale
Existence	Récente	Ancienne
Interprétation	Inexistante (aucune décision)	Existante (plusieurs décisions)
Caractéristique	Rigidité (conditions précises)	Flexibilité (cas par cas)
Pratico-pratique	Pertinence rédactionnelle discutable	Potentiel interprétatif intéressant

II. LES IMPLICATIONS PRATIQUES DE LA RÉFORME DU NCPC

Dans le cadre de la réforme du NCPC, le Législateur a incontestablement voulu favoriser l'accès aux moyens technologiques dans les instances judiciaires. Deux exemples concrets témoignent largement de cette volonté et, en ce sens, retiendront toute notre attention : d'une part, l'interrogatoire à distance par un moyen technologique (A), d'autre part, la notification par un moyen technologique (B).

A. L'interrogatoire à distance par un moyen technologique

Le NCPC vise à encourager la tenue d'interrogatoires à distance par un « moyen technologique »⁹⁸ (c.-à-d. téléconférence, visioconférence, technologies intégrées, réalité virtuelle, etc.)⁹⁹. En ce sens les articles 279 et 296 NCPC disposent respectivement :

279. Dans toute instance contestée, les témoins sont interrogés à l'audience, les autres parties présentes ou dûment appelées.

Chaque partie peut demander que les témoins déposent sans prendre connaissance des autres témoignages. Cependant, à moins de circonstances exceptionnelles, une telle demande ne peut viser les témoins experts.

Le témoin qui a été interrogé préalablement à l'instruction peut, au moment de l'instruction, être interrogé de nouveau sur demande de l'une ou l'autre des parties.

Lorsqu'il y a lieu d'interroger un témoin à distance, le moyen technologique utilisé doit permettre, en direct, de l'identifier, de l'entendre et de le voir. Cependant, le tribunal peut, après avoir pris l'avis des parties, décider d'entendre le témoin sans qu'il soit vu.

296. Si la maladie ou le handicap d'un témoin l'empêche de se rendre à l'audience, le tribunal peut, même d'office, ordonner

98. Dans son acception large. Voir art. 1(2) LCCJTI.

99. Pour une analyse sur les aspects techniques de la visioconférence, voir Erich P. SCHELLHAMMER, « Les comparutions à distance : une possibilité technologique pour la modernisation des tribunaux », janvier 2013, en ligne : <http://wiki.modern-courts.ca/images/7/77/Les_comparutions_%C3%A0_distance_-_une_possibilit%C3%A9_technologique_pour_la_modernisation_des_tribunaux.pdf>.

l'interrogatoire du témoin à distance par un moyen technologique ou charger un commissaire de recueillir son témoignage. Il peut procéder de même s'il y a lieu d'éviter des déplacements à un témoin qui réside en un lieu éloigné.

Immédiatement, soulignons qu'au sein du dernier alinéa de l'article 279 NCPC, la nécessité de voir le témoin est primordiale¹⁰⁰ (ce que ne permettent pas les conférences téléphoniques ou les audioconférences, par exemple). C'est donc de manière dérogatoire à la règle générale, et après avoir pris l'avis des parties, que le tribunal peut décider d'entendre le témoin sans qu'il soit vu.

Dans cette partie, nous mettrons l'emphase sur deux avantages du NCPC par rapport à la situation prévalant jusqu'à présent sous le C.p.c. Premièrement, sur le plan juridictionnel, il autorise les interrogatoires à distance par moyen technologique tant à la Cour supérieure qu'à la Cour du Québec (1). Deuxièmement, sur le plan procédural, il permet les interrogatoires à distance par moyen technologique aussi bien avant procès que lors de l'audience (2).

1. Consolidation sur le plan juridictionnel : la Cour supérieure et la Cour du Québec

Sur le plan juridictionnel, le NCPC offre la possibilité de tenir des interrogatoires à distance par moyen technologique à la Cour supérieure, mais également à la Cour du Québec ; ce qui, comme nous allons le voir, n'était pas si évident jusque-là.

La Cour supérieure. En 2004, la Cour supérieure a modifié son *Règlement de procédure civile*¹⁰¹ en y ajoutant l'article 45.2, qui est spécifiquement dédié au recours à la vidéoconférence :

Le tribunal peut autoriser un interrogatoire préalable, un interrogatoire sur affidavit ou l'interrogatoire d'un témoin hors de cour, par vidéo-conférence ou par tout autre mode de communication, si la façon proposée d'y procéder lui paraît fiable et proportionnée aux circonstances de l'affaire et compte tenu des installations accessibles.

100. Luc CHAMBERLAND, *Le nouveau Code de procédure civile commenté*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2014, p. 141.

101. *Règlement de procédure civile*, RLRQ, c. C-25, r. 11.

Comme le note fort bien la Cour d'appel du Québec¹⁰², l'article 45.2 R.p.c. (C.S.) confère de la discrétion au tribunal (« peut autoriser ») et implique une évaluation factuelle (fiabilité, application du principe de proportionnalité aux circonstances de l'affaire, importance de l'évaluation de la crédibilité, etc.).

Dans le même sens, l'article 18.5 du *Règlement de procédure civile de la Cour supérieure (district de Québec)*¹⁰³ dispose que :

Le tribunal peut autoriser un interrogatoire préalable, un interrogatoire sur affidavit ou un interrogatoire d'un témoin hors de Cour, par visioconférence si la façon proposée paraît fiable et proportionnée aux circonstances de l'affaire, compte tenu des installations accessibles, après un préavis de 48 heures au juge en son bureau (art. 4.1, 4.2 du *Code de procédure civile* et art. 2869, 2870, 2874 du *Code civil*).

Ces dispositions constituent le fondement d'une multitude de décisions autorisant le recours aux technologies de l'information pour tenir des interrogatoires préalables¹⁰⁴, sur affidavit¹⁰⁵ ou hors Cour¹⁰⁶ ; sous réserve toujours que le moyen technologique soit fiable et proportionné aux circonstances de l'affaire.

La Cour du Québec. Contrairement à la Cour supérieure¹⁰⁷, aucune règle de pratique ne prévoit la possibilité de tenir un interrogatoire à distance par voie technologique. Les tribunaux ont donc dû se prononcer sur le recours aux technologies de l'information pour interroger un témoin en se tenant au *Code de procédure civile*, alors même qu'il ne contient aucune disposition expresse sur le sujet. L'article 294 C.p.c. prévoit seulement que : « Sauf lorsqu'il est autrement prescrit, dans toute cause contestée, les témoins sont interrogés à l'audience, la partie adverse présente ou dûment appelée. » Il a donc fallu compter sur l'intelligence et la créativité des tribunaux pour surmonter une telle situation. En substance, on peut dire qu'aujourd'hui l'autorisation des interro-

102. *Bizware Software Solutions c. Gabriel Amar & Associés inc.*, 2010 QCCA 1332, par. 11.

103. *Règlement de procédure civile de la Cour supérieure (district de Québec)*, RLRQ, c. C-25, r. 12.

104. *Krygier c. Krygier*, 2012 QCCA 1152 (au mérite) ; *Krygier c. Krygier*, 2012 QCCA 879 (permission d'appeler) ; *Grenier-Cliche c. Bélanger*, 2011 QCCS 3732 ; *Poirier c. Audet*, 2010 QCCS 317 ; *Arsenault c. Turcotte*, 2007 QCCS 454.

105. *Monarch Insurance Services Inc. v. Gestion d'assurances GWB Inc.*, 2001 CanLII 11079 (QC C.S.).

106. *Gameday Leadership Management Consultants Inc. c. Kirdy*, 2012 QCCS 6211.

107. Art. 45.2 R.p.c. (C.S.).

gatoires à distance à la Cour du Québec se polarise autour de deux conceptions : l'une est assez réfractaire et interprète le C.p.c. restrictivement, l'autre est plus favorable et interprète le C.p.c. extensivement. Passons en revue ces deux approches.

D'un côté, certains juges ont refusé la tenue d'interrogatoire à distance en se fondant sur une interprétation assez restrictive du *Code de procédure civile*. C'est le cas dans la décision *Entreprise Rent-a-Car (Canada) Ltd. c. Mihic*¹⁰⁸. Le juge s'est opposé à la tenue d'un interrogatoire hors Cour sur affidavit par visioconférence en relevant notamment que : « La règle pour l'audition des témoins veut en effet que dans toute cause contestée, à moins qu'il soit autrement prescrit, qu'ils soient interrogés à l'audience en présence de la partie adverse (article 294 C.p.c.) »¹⁰⁹. Il ajoute que la visioconférence constitue « une exception à la procédure normale d'administration de la preuve testimoniale »¹¹⁰, tout en relevant que dans cette affaire « il s'agit d'un témoin important et essentiel à la cause du défendeur »¹¹¹. La remise du procès a donc été accordée au détriment de la tenue d'un interrogatoire par visioconférence. Dans la décision *Groupe Pages jaunes Corp. c. Unitoit inc.*¹¹², le juge a par ailleurs refusé que l'audition au fond soit entendue par conférence téléphonique. Pour ce dernier, seules des circonstances exceptionnelles peuvent justifier de déroger à l'article 294 C.p.c., qui « prévoit que les témoins sont entendus à l'audience »¹¹³ ; ce qui n'est pas le cas en l'espèce puisque « la distance entre l'Île des Sœurs et Trois-Rivières n'est pas très considérable »¹¹⁴.

De l'autre, certains juges ont accordé la tenue d'interrogatoire à distance en se fondant sur une interprétation assez extensive du *Code de procédure civile*. Le dispositif de la décision *Entreprises Robert Mazeroll Ltée c. Expertech – Bâtisseur de réseaux Inc.*¹¹⁵ nous paraît le plus important. Dans cette affaire, la juge Guylaine Tremblay admet tout d'abord que, d'une part, il n'existe aucune disposition analogue à l'article 45.2 R.p.c. (C.S.)

108. *Entreprise Rent-a-Car (Canada) Ltd. c. Mihic*, 2012 QCCQ 99.

109. *Ibid.*, par. 6.

110. *Ibid.*, par. 9.

111. *Ibid.*, par. 8.

112. *Groupe Pages jaunes Corp. c. Unitoit inc.*, 2014 QCCQ 5652.

113. *Ibid.*, par. 3.

114. *Ibid.*, par. 2.

115. *Entreprises Robert Mazeroll Ltée c. Expertech – Bâtisseur de réseaux Inc.*, 2005 CanLII 131 (QC C.Q.).

dans le Règlement de procédure de la Cour du Québec¹¹⁶, d'autre part, le *Code de procédure civile* ne prévoit pas la possibilité de recourir à la vidéoconférence pour un interrogatoire préalable. Ceci étant, selon la juge, et contrairement au point de vue du professeur Ducharme¹¹⁷, cela ne veut certainement pas dire que le recours à la visioconférence est interdit¹¹⁸. En effet, après avoir interprété et appliqué la LCCJTI¹¹⁹, la juge note que :

L'article 294 du *Code de procédure civile*, applicable aux interrogatoires au préalable par le biais de l'article 395, prévoit que sauf lorsque qu'il est autrement prescrit, dans toutes causes contestées, les témoins sont interrogés à l'audience, la partie adverse présente ou dûment appelée. Il est possible d'imaginer différentes façons technologiques d'être présent. Le *Code de procédure civile* ne définit pas ce qu'est l'audience et n'implique pas forcément que les parties soient en présence physique l'une de l'autre. Le *Code de procédure civile* n'interdit pas qu'une partie interrogée au préalable soit dans un endroit différent de celui où se trouve le procureur qui l'interroge dans la mesure où la technologie est fiable. Ce qui est le cas de la vidéoconférence doublée par la présence d'un sténographe.¹²⁰

En ce sens, le tribunal autorise le recours à la visioconférence pour tenir l'interrogatoire préalable après défense en considérant que ce moyen est « approprié puisqu'il sera possible que toutes les parties en présence, soit les deux procureurs, la partie interrogée et le sténographe se voient en simultanée »¹²¹. Il s'agit d'une interprétation extensive de l'article 294 C.p.c. et, selon la juge, la présence peut donc être soit physique soit virtuelle (malgré certaines lacunes inhérentes à cette dernière)¹²². Dans la décision *SSQ*,

116. Ce qui est bien le cas.

117. Léo DUCHARME et Charles-Maxime PANACCIO, *L'administration de la preuve*, 4^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2010, par. 927 : « Comme le Règlement de la Cour du Québec ne contient pas de disposition semblable, l'interrogatoire à distance d'un témoin selon les modes prévus à l'article 45.2 R.p.c. (C.S.), ne devrait pas être permis dans les instances devant cette cour par application de la décision précitée de la Cour d'appel. N'est donc pas conforme à cette décision, le jugement de la Cour du Québec qui a permis la tenue d'un interrogatoire préalable au moyen d'une vidéo-conférence, sur la base que le *Code de procédure civile* n'interdit pas que la personne interrogée soit dans un endroit différent de celui où se trouve le procureur qui l'interroge, dans la mesure où une technologie fiable rend possible un tel interrogatoire. »

118. *Entreprises Robert Mazeroll Ltée c. Expertech – Bâtisseur de réseaux Inc.*, 2005 CanLII 131 (QC C.Q.), par. 12.

119. *Ibid.*, par. 9 à 11.

120. *Ibid.*, par. 13.

121. *Ibid.*, par. 15.

122. *Ibid.* : « La technologie actuelle de transmission par ligne téléphonique ou Internet de l'image et de voix n'est pas et ne sera probablement jamais comme la présence physique. »

*société d'assurances générales inc. c. Crane Canada Co.*¹²³, le juge Grenier reprend cette analyse pour autoriser la tenue d'un interrogatoire d'un affiant par visioconférence. Il applique également le principe de proportionnalité procédurale et note que :

Il est possible qu'en certaines circonstances, le droit à l'assistance physique d'un procureur reste essentiel ; cependant, tout est une question de circonstances ainsi que d'évaluation de l'importance relative du droit à protéger eu égard à la nature de l'acte procédural en cause compte tenu des coûts impliqués, tel que l'illustre d'ailleurs l'article 18.5 du Règlement de procédure civile de la Cour supérieure (district de Québec)...¹²⁴

Finalement, sans même prendre en compte l'article 294 C.p.c., certains juges autorisent la tenue d'interrogatoires à distance en se fondant tout simplement sur le principe de proportionnalité procédurale (article 4.2 C.p.c.). C'est le cas dans la décision *Poitras c. Maison André Viger (1994) inc.*¹²⁵.

Bilan. Le recours aux moyens technologiques en matière d'interrogatoires n'est pas expressément prévu par le C.p.c. et, comme nous venons de le voir, les juges en ont une perception tantôt favorable tantôt défavorable. Il y a donc une certaine ambiguïté quant aux interrogatoires à distance, du moins à la Cour du Québec qui ne dispose pas de règles de pratique explicites. À nos yeux, le NCPC a donc le mérite de clarifier la législation et d'unifier la jurisprudence en autorisant la tenue d'interrogatoires à distance par moyen technologique tant à la Cour supérieure qu'à la Cour du Québec (articles 279 et 296 NCPC).

2. Élargissement sur le plan procédural : les interrogatoires avant procès et à l'audience

Sur le plan procédural, le NCPC élargit sensiblement le domaine des interrogatoires pouvant être tenus à distance par un moyen technologique : les interrogatoires avant procès sont visés, mais également (et surtout) les interrogatoires à l'audience. Il s'agit là d'une différence majeure avec l'état actuel du droit.

123. *SSQ société d'assurances générales inc. c. Crane Canada Co.*, 2009 QCCQ 18041.

124. *Ibid.*, par. 16.

125. *Poitras c. Maison André Viger (1994) inc.*, 2008 QCCQ 12761.

Les interrogatoires avant procès. Comme nous l'avons déjà indiqué, en vertu de l'article 45.2 R.p.c. (C.S.) et du C.p.c.¹²⁶, la Cour supérieure a régulièrement autorisé un interrogatoire préalable, un interrogatoire sur affidavit ou un interrogatoire d'un témoin hors de Cour, par visioconférence ou par tout autre mode de communication¹²⁷. Le NCPC s'inscrit dans la droite ligne de cette tendance et permet également la tenue de tels interrogatoires à distance par un moyen technologique (articles 279 et 296).

Les interrogatoires à l'audience. La question des interrogatoires dans le cadre du procès par voie dématérialisée est, quant à elle, bien plus complexe. À l'heure actuelle, la jurisprudence est en effet divisée sur l'acceptabilité d'une telle solution : si certains juges autorisent le recours aux moyens technologiques pour faire entendre un témoin durant l'instruction, d'autres au contraire la refusent. Deux décisions illustrent particulièrement bien cette situation ; passons-les successivement en revue.

D'une part, dans la décision *Camerano c. 9015-0764 Québec inc.*¹²⁸, le juge Castonguay refuse que le témoignage d'une partie au procès puisse se tenir par voie de visioconférence. Selon lui, l'article 45.2 R.p.c. (C.S.) permet le recours aux moyens technologiques pour les interrogatoires hors cours, ce qui exclurait implicitement une telle possibilité pour le témoignage d'une partie dans le cadre d'un procès. Dans les mots du juge :

Cette gestuelle ne peut être parfaitement rendue par voie de vidéoconférence, sinon le législateur l'aurait spécifiquement prévu, non seulement pour les interrogatoires hors cour, comme il l'a fait, mais également pour le témoignage d'une partie dans le cadre d'un procès.¹²⁹

En substance, un tel raisonnement par déduction interprète le silence de la loi comme une interdiction. On est loin du dispositif audacieux de la juge Tremblay dans la décision *Entreprises Robert Mazeroll Ltée c. Expertech – Bâtisseur de réseaux Inc.*¹³⁰.

126. Notamment, les articles 4.2 et 294 C.p.c.

127. Voir partie II.A.1. ci-dessus.

128. *Camerano c. 9015-0764 Québec inc.*, 2010 QCCS 1451.

129. *Ibid.*, par. 5.

130. *Entreprises Robert Mazeroll Ltée c. Expertech – Bâtisseur de réseaux Inc.*, 2005 CanLII 131 (QC C.Q.), par. 12.

D'autre part, dans la décision *Affiliated Customs Brokers Ltd. c. Oy Beweship AB*¹³¹, la juge Langlois autorise de faire entendre des témoins par visioconférence lors de l'audition au fond. Au soutien de son jugement, la juge invoque l'article 45.2 R.p.c. (C.S.), mais également l'article 18.4 du *Règlement de procédure civile de la Cour supérieure (district de Québec)* qui dispose :

Sur autorisation du tribunal, les témoins peuvent être entendus par visio-conférence lors de l'instruction d'une requête introductive d'instance après un préavis de sept jours au juge en son bureau.

Alors même que cet article vise le district de Québec, et *a fortiori* pas celui de Montréal, la juge l'estime suffisant pour considérer que « la visioconférence s'avère désormais un moyen accepté pour faire entendre un témoin durant l'instruction »¹³². Cette conclusion est d'ailleurs reprise par la juge Roy dans la décision *Gatti c. Barbosa Rodrigues*¹³³ ; vu les circonstances de l'affaire, elle n'autorise cependant pas à procéder aux interrogatoires par vidéoconférence¹³⁴. Pour finir, relevons la décision *Cimi inc. c. CNH Canada inc.*¹³⁵ qui, en présence de l'accord des parties, permet que l'audition au procès d'un témoin se tienne par vidéoconférence.

Bilan. Le NCPC présente le net avantage de clairement offrir la possibilité de tenir des interrogatoires à distance par moyen technologique avant procès (interrogatoires préalables et hors la présence du tribunal) et lors du procès (audition de témoins durant l'instruction). Sous réserve toujours que le recours à la technologie soit fiable et proportionné aux circonstances de l'affaire.

B. La notification par un moyen technologique

Le NCPC modifie en profondeur le droit actuel en matière de notification des actes de procédure et documents. En particulier, l'article 110 NCPC¹³⁶ apporte les changements suivants :

131. *Affiliated Customs Brokers Ltd. c. Oy Beweship AB*, 2008 QCCS 6627.

132. *Ibid.*, par. 12.

133. *Gatti c. Barbosa Rodrigues*, 2011 QCCS 4693, par. 71.

134. *Ibid.*, par. 69 à 89.

135. *Cimi inc. c. CNH Canada inc.*, 2012 QCCS 4959.

136. Art. 110 NCPC : « La notification peut être faite par tout mode approprié qui permet à celui qui notifie de constituer une preuve de la remise, de l'envoi, de la transmission ou de la publication du document. Elle l'est notamment par

- Al. 1 : La notification peut maintenant être effectuée par tout mode approprié qui permet à celui qui notifie d'avoir la preuve de la remise, de l'envoi, de la transmission ou de la publication du document. Il revient entièrement à la partie notifiant d'apprécier la qualité et la fiabilité de cette preuve. L'alinéa 1 *in fine* propose une liste non exhaustive de modes de notification « appropriés » : les services de poste, la messagerie, le porteur, un moyen technologique ou l'avis public.
- Al. 2 : Tant la « notification » que la « signification » visent à porter un document à la connaissance d'une personne¹³⁷. Cependant, comme le suggère l'alinéa 2, ces deux notions s'opposent à au moins deux égards. D'une part, la notification est un acte général ouvert à tous alors que la signification est un acte réservé aux huissiers. D'autre part, la notification est le principe tandis que la signification serait plutôt l'exception ; « lorsque la loi le requiert ».
- Al. 3 : Quel que soit le mode de notification utilisé, la personne qui accuse réception du document ou reconnaît l'avoir reçu est réputée avoir été valablement notifiée. Il s'agit d'une présomption absolue en vertu de l'article 2847 C.c.Q.

Loin de prétendre à l'exhaustivité¹³⁸, la présente partie vise plutôt à mettre l'emphasis sur deux éléments cruciaux lors du processus de notification électronique : l'un se situe en amont et concerne la preuve d'envoi de la notification (1), l'autre se situe plus en aval et concerne la preuve du document transmis par notification (2). Nous allons voir que les dispositions du NCPC en la matière sont intimement liées à la LCCJTI et posent inévitablement plusieurs difficultés.

l'huissier de justice, par l'entremise de la poste, par la remise du document, par un moyen technologique ou par avis public.

Elle est faite, lorsque la loi le requiert, par l'huissier de justice, auquel cas elle est appelée signification.

Quel que soit le mode de notification utilisé, la personne qui accuse réception du document ou reconnaît l'avoir reçu est réputée avoir été valablement notifiée. »

137. Art. 109(1) NCPC : « La notification a pour objet de porter un document à la connaissance des intéressés, qu'il s'agisse d'une demande introductive d'instance, d'un autre acte de procédure ou de tout autre document. »

138. De fait, nous écartons la signification par huissier et les autres types de notification.

1. La preuve d'envoi de la notification

Le NCPC contient une section spécifique pour la notification par un moyen technologique¹³⁹. Il se compose des articles 133 et 134, que nous allons étudier successivement.

L'article 133 NCPC traite des modalités de la notification par un moyen technologique et du consentement de la partie non représentée. Il dispose :

La notification par un moyen technologique se fait par la transmission du document à l'adresse que le destinataire indique être l'emplacement où il accepte de le recevoir ou à celle qui est connue publiquement comme étant l'adresse où il accepte de recevoir les documents qui lui sont destinés, dans la mesure où cette adresse est active au moment de l'envoi.

Cependant, la notification par un tel moyen n'est admise à l'égard de la partie non représentée que si celle-ci y consent ou que le tribunal l'ordonne.

Concrètement, ce type de notification permet de porter un document à la connaissance d'une personne en lui envoyant à son adresse électronique. Automatiquement, l'expression « adresse » fait penser à l'adresse de courrier électronique, c.-à-d. l'« identifiant personnel d'un internaute grâce auquel il peut communiquer par courrier électronique avec d'autres internautes »¹⁴⁰. Il ne faudrait cependant pas la réduire à cette seule possibilité ; sinon le Législateur aurait expressément précisé « adresse de courrier électronique ». En effet, selon nous, la notion d'« adresse » devrait être interprétée largement et pourrait vraisemblablement couvrir les messageries LinkedIn ou Facebook. Ceci étant dit, comment obtient-on l'adresse de la personne à qui on veut notifier un document ? L'article 133 NCPC fait état de deux cas de figure au degré de complexité très différent. Soit le destinataire a pris personnellement le soin d'indiquer son adresse où il souhaite être notifié ; tout va pour le mieux dans le meilleur des mondes possibles. Soit la personne dispose d'une adresse « connue publiquement comme étant l'adresse où il accepte de recevoir les documents qui lui sont destinés » ; les questions se bousculent. À quoi réfère exactement

139. Section 3(3), Chapitre 6, Titre 5, Livre 1 du NCPC.

140. OFFICE QUÉBÉCOIS DE LA LANGUE FRANÇAISE, *Grand dictionnaire terminologique* : <http://www.granddictionnaire.com/ficheOqlf.aspx?Id_Fiche=1299116>.

« connue publiquement » ? Dans le contexte numérique, le bottin est malheureusement inexistant et les tribunaux devront interpréter cette expression au cas par cas. Comment savoir que le destinataire accepte de recevoir des documents judiciaires à une adresse spécifique ? Vraisemblablement, avec une pointe d'humour, personne ne devrait accepter de recevoir une demande introductive d'instance dans sa messagerie Facebook. Pour simplifier encore la situation, l'alinéa 1 de l'article 133 NCPC dispose *in fine* que l'adresse doit être active au moment de l'envoi de la notification... Nul doute que les tribunaux auront rapidement à se prononcer sur ces différentes modalités de la notification par un moyen technologique.

Le dernier alinéa de l'article 133 NCPC est, quant à lui, moins complexe et cherche à protéger les parties non représentées. Ainsi, pour ces dernières, la notification par un moyen technologique n'est admise que si celles-ci y consentent ou que le tribunal l'ordonne.

L'article 134 NCPC a trait au bordereau d'envoi et son contenu en matière de notification par un moyen technologique. Il se lit comme suit :

La preuve de la notification par un moyen technologique est faite au moyen d'un bordereau d'envoi ou, à défaut, d'une déclaration sous serment de l'expéditeur.

Le bordereau indique la nature du document transmis, le numéro du dossier du tribunal, le nom de l'expéditeur et du destinataire et leurs coordonnées, de même que le lieu, la date et l'heure et les minutes de la transmission ; il doit contenir également, à moins que la transmission ne soit effectuée par l'entremise d'un huissier, l'information nécessaire pour permettre au destinataire de vérifier l'intégrité de la transmission. Ce bordereau n'est produit au greffe que si une partie le demande.

Le premier alinéa s'inspire du droit actuel (art. 146.0.1 et s. C.p.c.)¹⁴¹. En substance, il vise à assurer que la notification a bel et bien été envoyée à des fins de preuve judiciaire. La règle est le bordereau d'envoi, l'exception étant la déclaration sous serment.

141. Luc CHAMBERLAND, *Le nouveau Code de procédure civile commenté*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2014, p. 68.

Le deuxième alinéa vient définir la notion de « bordereau d'envoi » par son contenu. Il s'agit donc d'un document qui indique la nature du document transmis, le numéro du dossier du tribunal, le nom de l'expéditeur et du destinataire et leurs coordonnées, de même que le lieu, la date et l'heure et les minutes de la transmission. Rien que ne peuvent permettre les technologies de l'information. La dernière mention est plus complexe et réfère à la LCCJTI : il faut fournir « l'information nécessaire pour vérifier l'intégrité de la transmission » (non applicable aux huissiers). L'article 6(2) LCCJTI¹⁴² indique que l'intégrité doit être maintenue au cours du cycle de vie du document, notamment lors de sa transmission. Plus particulièrement, l'article 30(1) LCCJTI dispose « le mode de transmission choisi doit permettre de préserver l'intégrité des deux documents » et « la documentation établissant la capacité d'un mode de transmission d'en préserver l'intégrité doit être disponible pour production en preuve, le cas échéant. » À titre d'exemple, dans la mesure où une personne déposerait en preuve un acte de procédure antidaté, le notifiant pourrait demander que le bordereau soit produit au greffe pour vérifier l'intégrité de la transmission. À ce stade, nous référons à l'article de Patrick Gingras et Jean-François de Rico qui traite de la transmission des documents technologiques sous ses multiples facettes¹⁴³.

2. La preuve du document transmis par notification

La plupart des dispositions concernant le droit de la preuve se situent dans le C.c.Q. Il en est cependant une contenue au NCPC, parmi d'autres, qui attire particulièrement notre attention. Il s'agit de l'article 113 NCPC qui énonce :

La notification faite par l'avocat, le notaire ou l'huissier à un correspondant lui-même avocat, notaire ou huissier, peut être faite par tout moyen de communication et la **signature** de ce correspondant assure l'**authenticité** du **document** transmis. [nous surlignons]

142. Art. 6(2) LCCJTI : « La présente loi a pour objet d'assurer : la cohérence des règles de droit et leur application aux communications effectuées au moyen de documents qui sont sur des supports faisant appel aux technologies de l'information, qu'elles soient électronique, magnétique, optique, sans fil ou autres ou faisant appel à une combinaison de technologies. »

143. Patrick GINGRAS et Jean-François DE RICO, « La transmission des documents technologiques », dans *XX^e Conférence des juristes de l'État 2013 – XX^e Conférence*, Éditions Yvon Blais, Cowansville, 2013, p. 409. En ligne : <http://lccjti.ca/wp-content/uploads/2013/04/Patrick-Gingras_Jean-Fran%C3%A7ois-De-Rico1.pdf>.

Signature + authenticité + document = une belle équation en perspective pour les tribunaux. Ce triptyque est intimement lié à la LCCJTI et a largement été couvert sur le plan doctrinal¹⁴⁴. Dans le cas présent, cet article énonce une présomption d'authenticité du document transmis par notification, sous réserve qu'il soit signé, au bénéfice des avocats, notaires et huissiers.

Comme l'indique l'article 2827 C.c.Q.¹⁴⁵, la signature consiste en l'apposition d'un nom ou d'une marque qui est utilisée couramment pour 1/ identifier une personne et 2/ manifester un consentement. La LCCJTI, à son article 39¹⁴⁶, vient préciser que la signature n'est pas attachée à un support en particulier. Dans le cas de la notification numérique, l'avocat/notaire/huissier pourrait donc satisfaire à cette exigence en inscrivant son nom à la fin du document, en utilisant une signature électronique ou en mettant en œuvre des procédés cryptographiques. Nous référons au site *lccjti.ca*¹⁴⁷ pour une analyse approfondie.

Par ailleurs, par l'effet des articles 3 et 71 LCCJTI, le « document » doit être compris largement ; il englobe l'ensemble des moyens de preuve de l'article 2811 C.c.Q. En substance, le document est l'ensemble d'un support d'information et des données enregistrées sur celui-ci sous une forme en général permanente et lisible par l'homme ou par une machine¹⁴⁸.

CONCLUSION

Le NCPC porte incontestablement une volonté d'informatiser le procès civil. Comme nous l'avons vu, il présente à la fois des principes généraux et des règles techniques qui visent à mieux prendre en compte les technologies de l'information. Pour ceux qui

144. Voir LCCJTI, *Accueil* : <<http://lccjti.ca/>>.

145. Art. 2827 C.c.Q. : « La signature consiste dans l'apposition qu'une personne fait à un acte de son nom ou d'une marque qui lui est personnelle et qu'elle utilise de façon courante, pour manifester son consentement. »

146. Art. 39 LCCJTI : « Quel que soit le support du document, la signature d'une personne peut servir à l'établissement d'un lien entre elle et un document. La signature peut être apposée au document au moyen de tout procédé qui permet de satisfaire aux exigences de l'article 2827 du Code civil.

La signature d'une personne apposée à un document technologique lui est opposable lorsqu'il s'agit d'un document dont l'intégrité est assurée et qu'au moment de la signature et depuis, le lien entre la signature et le document est maintenu. »

147. LCCJTI, *Définitions* : <<http://lccjti.ca/definition/signature/>>.

148. Norme ISO, DP 6760, 1974.

en douteraient encore, l'expression « technologi* » est utilisée pas moins de 30 fois dans le NCPC – alors que le C.p.c. n'y faisait référence qu'une fois. Cependant, malgré cette intention louable, ce texte de loi sanctionnateur ne se suffit pas à lui-même. Il revient avant tout aux tribunaux d'intégrer les technologies de l'information, en naviguant entre la crainte compulsive et l'émerveillement effréné. Comme le résume un auteur, « [l]'introduction des nouvelles technologies au stade processuel, mais pas seulement, doit donc faire du juge un agent actif de cette intégration dans la mesure où elle passe par lui, par son geste, par son implication »¹⁴⁹.

149. Sarah ELKAÏM, « Justice – NTIC et office processuel du juge », dans Antoine GARAPON, Sylvie PERDRIOLLE, Boris BERNABÉ et Charles KADRI (dir.), *La prudence et l'autorité : l'office du juge du XXI^e siècle*, Rapport de l'IHEJ, 2013, p. 214.

La demande judiciaire relative à la prescription acquisitive d'un immeuble

Pierre PRATTE

Résumé

L'acquisition d'un immeuble par prescription fait régulièrement l'objet de jugements. Toutefois, la majorité de ces jugements sont rendus par défaut. Par conséquent, ils ne sont pas toujours publiés sur le site de Soquij ou ailleurs. Lorsqu'un jugement par défaut est publié, il sera habituellement très succinct. Ainsi, il peut être difficile pour le praticien qui se prépare à rédiger une demande en prescription acquisitive de savoir ce qu'il doit inclure dans la procédure. Quant aux jugements plus élaborés, en général ils portent principalement soit sur les caractéristiques de la possession menant à la prescription (possession paisible, continue, etc., suivant l'article 922 C.c.Q.), soit sur la reconnaissance d'un domaine supérieur (art. 923 C.c.Q.), soit sur la simple tolérance du voisin (art. 924 C.c.Q.). Par conséquent, le praticien n'y verra pas nécessairement plusieurs pistes intéressantes pour la rédaction même de la procédure. Notre objectif est de présenter aux praticiens une vue d'ensemble en regard d'une demande relative à la prescription acquisitive immobilière. La première partie du présent texte vise donc à fournir au praticien les informations de base pour la rédaction de la demande en prescription acquisitive. La deuxième partie développe davantage certains points traités en première partie et le lecteur y trouvera également d'autres informations additionnelles.

La demande judiciaire relative à la prescription acquisitive d'un immeuble

Pierre PRATTE*

INTRODUCTION	515
Première partie : La demande judiciaire	516
1. GÉNÉRALITÉS	516
2. PRÉINSCRIPTION DE LA DEMANDE	517
3. RÉDACTION DE LA DEMANDE JUDICIAIRE.	518
3.1 Le tribunal compétent	518
3.2 Le district judiciaire.	518
3.3 Titre de la procédure	518
3.4 Les parties à l'action (demandeur/défendeur) . . .	519
3.5 Les mis en cause	523
3.6 Les allégués et les pièces à produire	526
3.7 Index des immeubles	535
3.8 Les conclusions de la demande	537
4. LA PUBLICATION DU JUGEMENT	540
4.1 En territoire n'ayant pas fait l'objet d'une rénovation cadastrale	540

* Avocat au sein du cabinet BCF avocats d'affaires. Les avis exprimés sont ceux de l'auteur et non du cabinet.

4.2	En territoire ayant fait l'objet d'une rénovation cadastrale	541
4.3	Les droits de mutation	543
Deuxième partie : Informations additionnelles		543
5.	LES CARACTÉRISTIQUES DU JUGEMENT EN PRESCRIPTION ACQUISITIVE.	543
5.1	L'autorité de la chose jugée	543
5.2	Le jugement rendu est-il déclaratif ou attributif ?	548
6.	LA JONCTION ET LA CONTINUATION DE LA POSSESSION DE L'AUTEUR	552
7.	INTERRUPTION, RENONCIATION ET SUSPENSION DE LA PRESCRIPTION	554
7.1	L'interruption de la prescription en cours d'accomplissement.	554
7.2	La renonciation à la prescription acquise	558
7.3	La suspension de la prescription	562
8.	DIFFÉRENTES SITUATIONS EN MATIÈRE DE PRESCRIPTION ACQUISITIVE.	562
8.1	Empiètement chez le voisin.	562
8.2	Voisin et possesseur ayant tous deux un titre de propriété sur la parcelle convoitée	564
8.3	Le voisin qui a mis fin à l'empiètement sur son terrain avant l'institution de l'action	565
8.4	Empiètement chez le voisin dont l'immeuble est sujet à une servitude de passage, à une hypothèque ou à une déclaration de résidence familiale	569

8.5	Défendeur inconnu ou introuvable et bien sans maître	571
8.6	Personne morale dissoute.	573
8.7	Vice dans la chaîne des titres.	576
8.8	Prescription acquisitive en territoire agricole . . .	584
8.9	Prescription acquisitive en regard d'un chemin	586
8.10	Prête-nom	589
9.	BORNAGE.	590
10.	LA BONNE FOI.	591
10.1	La bonne foi et la prescription acquisitive	591
10.2	Les présomptions des art. 2943 et 2944 C.c.Q. et la prescription acquisitive	593
	CONCLUSION	594

INTRODUCTION¹

La possession est l'exercice de fait d'un droit réel dont le possesseur se veut titulaire (art. 921 C.c.Q.). La loi reconnaît certains effets à cet exercice de fait, si celui-ci a lieu de façon paisible, continue, publique et non équivoque (art. 922 C.c.Q.)². Parmi ces effets, il y a l'acquisition du droit réel exercé (pour nos fins, le droit de propriété d'un immeuble)³, si la possession perdure pendant

1. Dans le présent texte, nous utilisons les abréviations suivantes : « C.c.Q. » ou « Code » ou « Code civil » ou « nouveau Code » pour le *Code civil du Québec* ; « C.c.B.C. » ou « ancien code » pour le *Code civil du Bas Canada* ; « L.A.R.C.C. » pour la *Loi sur l'application de la réforme du Code civil*, L.Q. 1992, c. 57 et ses modifications ; « C.p.c. » pour le *Code de procédure civile* du Québec actuellement en vigueur ; « NCPC », pour le nouveau *Code de procédure civile* qui doit entrer en vigueur en janvier 2016 (*Loi instituant le nouveau Code de procédure civile*, L.Q. 2014, c. 1) ; « L.C.S.A. » pour la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*, L.R.C. (1985), ch. C-44 ; « personne morale fédérale », pour une personne morale régie par cette dernière loi ; « L.P.T.A.A. » pour la *Loi sur la protection du territoire et des activités agricoles*, RLRQ, c. P-41.1 ; et, « L.B.N.R. » pour la *Loi sur les biens non réclamés*, RLRQ, c. B-5.1.
2. On parle de « possession utile », lorsque toutes ces caractéristiques sont présentes (*THM. Immobilier inc. c. Gestion immeubles Samson inc.*, 2010 QCCA 421, par. 21 ; dans ce même paragraphe, la cour a précisé que la *possession* est une question de fait alors que la *propriété* est une question de droit). Sous un autre angle, on dit que celui qui veut prescrire doit avoir le *corpus* et l'*animus*. Le premier réfère à l'élément matériel, c.-à-d. à la possession physique de l'immeuble ; le second réfère à l'élément intentionnel, c.-à-d. à la volonté d'agir comme véritable propriétaire pour soi-même et non pas comme un intermédiaire pour le bénéfice d'une autre personne qui, elle, se veut propriétaire*. Nous n'examinons pas ces différentes facettes (possession utile, *corpus* et *animus*) qui sont amplement traitées ailleurs. Voir : Aurore BENADIBA, « Rapports de fait avec les biens : possession et détention », dans *JurisClasseur Québec*, coll. « Droit Civil », *Biens et publicité des droits*, fasc. 6, Montréal, LexisNexis Canada, feuilles mobiles (février 2013) ; Élise CHARPENTIER, « Acquisition par prescription », dans *JurisClasseur Québec*, coll. « Droit Civil », *Biens et publicité des droits*, fasc. 19, Montréal, LexisNexis Canada, feuilles mobiles (août 2013) ; Pierre-Claude LAFOND, *Précis du droit des biens*, 2^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2007 ; Denys-Claude LAMONTAGNE, *Biens et propriété*, 7^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2013 ; Pierre MARTINEAU, *La prescription*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1977 ; Denis VINCELETTE, *En possession du Code civil du Québec*, Montréal, Éditions Wilson & Lafleur, 2004.
- * C'est le cas, notamment, du locataire ou de celui qui bénéficie d'une permission d'utiliser l'immeuble de la part du véritable propriétaire.
3. L'acquisition par prescription ne se limite pas au droit de propriété. Elle couvre également certains démembrements (par ex., l'usufruit) et modalités du droit de propriété (par ex., la propriété superficière). En outre, la prescription acquisitive s'applique autant en matière immobilière qu'en matière mobilière. Toutefois, pour les fins des présentes, nous nous limitons à l'acquisition du droit de propriété d'un immeuble par prescription.

dix ans (art. 930 et 2917 C.c.Q.). À cet égard, l'article 2918 C.c.Q.⁴ précise que « celui qui, pendant dix ans, a possédé un immeuble à titre de propriétaire ne peut en acquérir la propriété qu'à la suite d'une demande en justice ». Ainsi, une demande judiciaire est nécessaire pour faire reconnaître l'acquisition d'un immeuble par prescription. Le présent texte aborde, en première partie, l'aspect procédural, principalement la rédaction de cette demande en justice, ainsi que la publication du jugement au registre foncier. En deuxième partie, nous discutons davantage de certaines questions qui ont été abordées brièvement en première partie. Par la même occasion, nous traitons également d'autres sujets juridiques qui ne relèvent pas de la procédure comme telle. Ainsi, celui qui voudra approfondir ces questions et ces sujets pourra y trouver des informations additionnelles. De cette façon, nous avons évité d'alourdir le texte relatif à la procédure.

Par ailleurs, vu l'entrée en vigueur prochaine du NCPC⁵, nous avons ajouté, à l'occasion, une référence aux nouvelles dispositions procédurales. Ainsi, nous assurons une certaine pérennité à la première partie du texte. Quant à la deuxième partie, cette entrée en vigueur n'aura que peu d'incidence.

PREMIÈRE PARTIE : LA DEMANDE JUDICIAIRE⁶

1. GÉNÉRALITÉS

La demande est formée selon les règles de la procédure ordinaire en première instance (Livre II du C.p.c.). L'examen de ces règles déborde le cadre des présentes, sauf en ce qui a trait à la rédaction de la demande en prescription acquisitive. Le lecteur voudra bien se référer au Code de procédure civile et aux ouvrages généraux pour ce qui déborde la rédaction de la demande. Ceci étant, on doit ajouter à ces règles générales les règles particulières prévues aux articles 805, 806 et 808 C.p.c. Ces dernières règles sont abordées dans le présent texte. Mentionnons que le NCPC modifie la situation, puisque la demande en prescription acquisitive sera traitée suivant la procédure non contentieuse

4. Voir Édith LAMBERT, Commentaires sur l'article 2918 C.c.Q., EYB2013DCQ 1518.

5. Il semble que l'entrée en vigueur, initialement prévue pour l'automne 2015, sera reportée au 1^{er} janvier 2016.

6. Un notaire a compétence pour présenter une telle demande, mais perd compétence en cas de contestation (*Loi sur le Notariat*, RLRQ, c. N-3, art. 15(7)).

(art. 303(9) NCPC), à laquelle s'ajoutera la règle particulière prévue à l'article 468 NCPC.

Par ailleurs, notons que les dispositions générales et particulières du Code de procédure civile s'appliquent également à une prescription entièrement acquise avant 1994 et que l'on voudrait faire reconnaître judiciairement en vertu de l'article 143, al. 2 L.A.R.C.C.⁷. À cet égard, seules certaines situations particulières pourraient nécessiter de recourir à la requête en reconnaissance judiciaire du droit de propriété acquis avant 1994⁸. En effet, il est plus facile de faire une preuve de possession utile pour les dix dernières années que de faire une preuve de possession de dix ans⁹ ou de trente ans¹⁰ ayant eu lieu entièrement avant 1994.

2. PRÉINSCRIPTION DE LA DEMANDE

Une fois le dossier ouvert au palais de justice, la demande judiciaire pourra faire l'objet d'un avis de préinscription selon l'article 2966 C.c.Q. En pratique, un tel avis est rarement utilisé aujourd'hui, depuis le retrait de cette exigence, autrefois prévue à l'article 143 L.A.R.C.C. avant sa modification entrée en vigueur le 5 décembre 2000. Toutefois, en cas d'empiètement chez le voisin et de contestation de ce dernier, il pourrait être utile de publier un avis de préinscription, si l'on craint un transfert de l'immeuble visé pendant l'instance.

7. Une prescription entièrement acquise avant 1994 a joué automatiquement, une fois le délai accompli, sans nécessité d'obtenir un jugement (*Dessureault c. Brien*, REJB 2003-43060 (C.A.)). Il demeure cependant possible de faire reconnaître cette prescription acquise. En pratique, cette reconnaissance judiciaire sera possiblement exigée par un futur acquéreur. En effet, la prescription a joué en autant qu'elle ait été continue et non interrompue, paisible, publique et non équivoque (art. 2193 C.c.B.C.). Comment s'assurer que c'était bien le cas, en l'absence d'une reconnaissance judiciaire qui aura impliqué toutes les personnes intéressées, c.-à-d. les personnes contre lesquelles la prescription aurait joué automatiquement.
8. Nous donnerons l'exemple suivant où la situation nécessite de recourir à la prescription acquise avant 1994. Imaginons un empiètement débutant en 1962 et se poursuivant encore aujourd'hui. Et, imaginons que cet empiètement a lieu sur un terrain municipal ayant fait partie du domaine privé de la ville jusqu'en 1995, année au cours de laquelle la municipalité a changé l'affectation du terrain pour en faire un terrain public. Le possesseur devra s'en remettre à la prescription acquise avant 1994 (ici acquise en 1992), s'il veut obtenir un jugement reconnaissant la prescription acquise, puisqu'un terrain municipal public ne peut être acquis par prescription (art. 936 C.c.Q. et 2220 et 2221 C.c.B.C.). Ici, la prescription ayant été accomplie avant le transfert au domaine public, il est donc possible de faire reconnaître judiciairement la prescription acquise en 1992.
9. Avec titre et bonne foi selon l'article 2251 C.c.B.C.
10. Sans titre ou de mauvaise foi selon l'article 2242 C.c.B.C.

3. LA RÉDACTION DE LA DEMANDE JUDICIAIRE

3.1 Le tribunal compétent

La Cour supérieure, peu importe la valeur de la parcelle convoitée ou de l'immeuble en jeu¹¹. Précisons que seul un juge a compétence, même si la procédure n'est pas contestée (art. 808 C.p.c.)¹². À cet égard, le NCPC semble donner compétence aux greffiers spéciaux (art. 73 NCPC)¹³.

3.2 Le district judiciaire

Celui où est situé l'immeuble (art. 805 C.p.c.) (art. 42(3) NCPC).

3.3 Titre de la demande

La doctrine et la jurisprudence sont divisées sur les caractéristiques du jugement rendu¹⁴. Pour les uns, le jugement rendu

11. *Gignac c. Marcotte*, 2010 QCCA 821. Ceci étant, un jugement qui aurait été rendu par la Cour du Québec produirait néanmoins ses effets, sans qu'il soit nécessaire d'obtenir un nouveau jugement en s'adressant à la Cour supérieure (voir : François BROCHU, « Prescription acquisitive et publicité des droits », (2011) 113 *R. du N.* 259, 264 et s.). Voir aussi *Normandin c. Bourassa*, 2007 QCCQ 13445 (C.S.), par. 33 : l'incompétence d'attribution d'un tribunal, même si elle est d'ordre public, ne l'empêche pas de rendre des jugements susceptibles de constituer chose jugée. Évidemment, il n'y aura pas chose jugée à l'égard d'une personne intéressée qui n'a pas été impliquée. Cette personne pourra faire constater la nullité du jugement rendu par la Cour du Québec (*Bourgon c. Lalonde*, 2014 QCCS 5715).
12. Dans le passé, une interprétation de cet article a conduit certains greffiers spéciaux à prononcer des jugements en prescription acquisitive, lorsque la procédure n'était pas contestée. L'article 774 C.p.c. prévoit que les « demandes relatives à l'intégrité de la personne ne peuvent en aucun cas être entendues par le greffier ni par le greffier spécial », alors que l'article 808 C.p.c. prévoit que les demandes en prescription acquisitive « ne peuvent en aucun cas être entendues par le greffier ». En comparant les articles 774 et 808, certains greffiers spéciaux en ont déduit que l'exclusion prévue à ce dernier article visait seulement un greffier et non pas un greffier spécial. Probablement qu'un tel jugement produirait néanmoins ses effets, à l'instar d'un jugement rendu par la Cour du Québec (voir, par analogie, F. Brochu, cité à la note précédente).
13. L'article 467 NCPC porte sur l'inscription, la rectification ou la radiation d'une inscription sur le registre foncier, alors que l'article 468 NCPC porte sur la prescription acquisitive. Ces deux articles sont coiffés du titre « Les demandes relatives à la publicité des droits et à la prescription acquisitive d'un immeuble ». Ainsi, le législateur distingue les demandes relatives à la publicité des droits des demandes relatives à la prescription acquisitive. Or, l'article 73 NCPC exclut la compétence du greffier spécial pour les demandes relatives à la publicité des droits, sans faire référence à celles relatives à la prescription acquisitive. Ces dernières seraient donc de la compétence du greffier spécial.
14. Voir ci-après au paragraphe 5.2.

est déclaratif et rétroactif au début de la possession. Pour les autres, le jugement est attributif (c.-à-d. translatif) et non rétroactif. Nous préconisons un titre neutre qui devrait satisfaire les uns comme les autres ; un titre en harmonie avec le NCPC¹⁵ : « requête introductive d'instance en acquisition du droit de propriété d'un immeuble par prescription »¹⁶. Il est d'usage d'indiquer, en dessous du titre de la demande, la référence aux articles pertinents, ici en l'occurrence les articles 2918 C.c.Q. et 805 C.p.c. (avec le NCPC : art. 2918 C.c.Q. et 303(9) et 468 NCPC).

3.4 Les parties (demandeur/défendeur)

En principe c'est le possesseur *actuel* qui sera demandeur. Ceci étant, on a déjà reconnu au possesseur précédent l'intérêt juridique à être le demandeur, si au moment de la vente il s'est engagé envers son acheteur à obtenir un jugement en prescription acquisitive¹⁷.

Par ailleurs, le demandeur ne sera pas le possesseur *actuel*, dans le cas où le voisin a mis fin unilatéralement à l'empiètement, après dix ans de possession par le demandeur, mais avant l'introduction de l'action. Dans un tel cas, il demeure possible à l'ex-possesseur d'obtenir un jugement en prescription sur la base de la possession décennale acquise avant la reprise unilatérale de terrain par le voisin¹⁸. Même plus, celui qui acquiert les droits de l'ex-possesseur pourra également obtenir jugement, même si cet acquéreur n'a pas et n'a jamais eu la possession de l'immeuble¹⁹.

15. Voir l'article 303(9) NCPC.

16. Avec le NCPC, le titre sera « demande introductive d'instance en acquisition [...] » (voir l'article 100 NCPC où il apparaît que les procédures non contentieuses sont également des demandes introductives d'instance). On peut également envisager « demande introductive d'instance relative à la prescription acquisitive d'un immeuble » (voir l'article 468 NCPC). Pour le cas où l'on voudrait se prévaloir d'une prescription entièrement acquise avant 1994 (art. 143, al. 2 L.A.R.C.C.), l'intitulé sera « requête (ou « demande », avec le NCPC) introductive d'instance en reconnaissance judiciaire du droit de propriété d'un immeuble acquis par prescription ».

17. *Martineau c. Bleau*, 2009 QCCS 3149 (dans cette cause, le vendeur a agi comme demandeur et l'acheteur comme mis en cause ; le tribunal a déclaré le mis en cause propriétaire de l'immeuble) ; *Légaré (Re)*, 2006 QCCS 644 (dans cette cause, tant le vendeur que l'acheteur ont agi comme demandeurs à l'action ; le tribunal a déclaré l'acheteur propriétaire de l'immeuble).

18. Voir ci-après au paragraphe 8.3.

19. Voir ci-après au paragraphe 8.3.

Il est important d'impliquer toute personne contre laquelle le possesseur désire opposer la prescription acquisitive²⁰. Autrement, la personne intéressée n'aura pas l'opportunité de faire valoir son désaccord, le cas échéant, et pourra donc ultérieurement demander la rétraction du jugement (art. 489 C.p.c.) (art. 349 NCPC). Ainsi, si un futur acquéreur est informé que la personne intéressée n'a pas été impliquée dans la procédure menant à l'obtention d'un jugement en prescription, il sera justifié d'exiger une nouvelle demande en prescription acquisitive formée, cette fois-là, contre la personne à qui on aurait dû opposer la prescription acquisitive²¹. Le procureur risque donc de devoir reprendre la procédure.

Mentionnons que le ministre du Revenu du Québec agit comme administrateur provisoire de certains biens²², entre autres, des biens situés au Québec dont le propriétaire ou autre ayant droit est inconnu ou introuvable²³, des biens sans maître que l'État s'approprie²⁴ et des biens d'une personne morale dis-

20. Techniquement une telle personne devrait être impliquée à titre de défenderesse et non comme mise en cause. Ceci étant, la mise en cause n'est pas fatale (art. 2 C.p.c.). En matière de recours hypothécaire, l'épouse commune en biens doit être impliquée (*DeBaere c. Lemieux*, [1977] C.A. 551). Peut-être que le principe vaut également en matière de prescription acquisitive.

21. Le futur acquéreur en sera informé, si un examen des titres révèle un problème quelconque et que la personne concernée par ce problème n'est pas défenderesse (ou, à la rigueur mis en cause). Malgré que nous ayons déjà entendu le contraire, nous sommes d'avis que la présence d'un jugement en prescription acquisitive dans la chaîne des titres ne dispense pas de faire un examen des titres au-delà de ce jugement. Pour un exposé plus détaillé sur la question, voir ci-après au paragraphe 5.1.

22. Art. 2 L.B.N.R.

23. Art. 2(10) L.B.N.R.

24. Art. 2(5) L.B.N.R. et art. 936 C.c.Q. Parfois on peut se demander si l'immeuble possédé est un bien qui a appartenu à une personne mais qui est inconnue ou introuvable (art. 2(10) L.B.N.R.) ou s'il doit être considéré comme un bien abandonné, c.-à-d. un bien sans maître, donc appartenant à l'État (art. 936 C.c.Q.). Après quelques décennies d'absence de manifestation du propriétaire inscrit au registre foncier, on considère souvent que l'immeuble est sans maître. Précisons que c'est à la lumière des faits au moment de la possession que l'immeuble doit être qualifié (*Ville de Québec c. Le Curateur public*, REJB 2001-23705 (C.A.), par. 27 ; il est à noter que le tribunal a mentionné que l'interprétation de l'article 401 C.c.B.C., correspondant à l'actuel 936 C.c.Q., peut s'inspirer du droit français, puisqu'il a lui-même inspiré cet article 401 C.c.B.C.). L'immeuble sans maître appartenant à l'État est sujet à la prescription acquisitive, par exception au principe général que les biens de l'État sont imprescriptibles, tant que l'État n'est pas entré en possession de cet immeuble ou que l'État ne s'en soit déclaré propriétaire par un avis publié au registre foncier (art. 916 et 936 C.c.Q.). Concrètement, en l'absence d'un avis publié au registre foncier à l'effet que l'immeuble appartient à l'État, il n'importe pas vraiment de déterminer si, pendant la possession, le bien appartenait toujours à une personne (une personne inconnue ou introuvable) ou s'il devait être considéré comme un bien sans maître appartenant à l'État. En

soute²⁵. Dans tous ces cas, il sera donc possible de procéder contre le ministre, en dirigeant la procédure contre « l'Agence de revenu du Québec »²⁶. Nous recommandons l'identification suivante dans la procédure : « L'Agence du revenu du Québec (Ministre du Revenu du Québec en qualité d'administrateur provisoire pour telle personne) »²⁷. De cette façon, on peut espérer que le jugement reprenne la même formulation et ainsi permettre au lecteur du jugement de connaître l'identité de la personne inconnue ou introuvable ou bien de la personne morale dissoute contre laquelle la prescription a été invoquée²⁸. Autrement, il faudra consulter la procédure dans le dossier de la cour, ce qui est plus embêtant, surtout lorsque le dossier est localisé dans un autre district judiciaire que celui où travaille le lecteur du jugement. Aidons donc ce dernier en lui donnant l'information à même le jugement. Signalons que la procédure doit être signifiée au contentieux à Montréal ou à Québec (art. 47 L.B.N.R.), dont les adresses sont, au moment d'écrire les présentes :

- bureau de la direction du contentieux à Montréal, 3, Complexe Desjardins, 22^e étage, Secteur D221LC, C.P. 5000, Montréal (Qué.), succursale Place Desjardins, H5B 1A7, district de Montréal ;
- bureau de la direction du contentieux à Québec, 3800, rue Marly, Secteur 5-2-8, Québec (Qué.), G1X 4A5, district de Québec.

Dans le cas d'une personne introuvable, il n'est pas nécessaire de faire au préalable une tentative de signification à cette

effet, en l'absence d'un avis publié, la distinction est sans conséquence, puisque le ministre du Revenu a l'administration provisoire tant des biens sans maître appartenant à l'État que ceux dont le propriétaire est inconnu ou introuvable. Et, en cas d'avis du ministre, il faudra vérifier si l'avis est donné à titre d'administrateur provisoire (art. 17 L.B.N.R.), ce qui laisse le bien sans maître sujet à la prescription, ou s'il a été donné en vertu de l'article 936 C.c.Q., ce qui empêche de s'accomplir toute prescription non acquise au moment de l'avis. Signalons qu'avant le 1^{er} avril 2006, c'était le Curateur public qui agissait comme administrateur provisoire et c'est également lui qui devait donner ces avis.

25. Art. 2(3) L.B.N.R. Voir toutefois ci-après, au paragraphe 8.6, les nuances apportées au sujet d'une personne morale fédérale.

26. Voir l'article 47 L.B.N.R.

27. Le nom de la personne sera le nom de celle qui est inconnue ou introuvable ou de la personne morale dissoute.

28. S'il existe deux problèmes à corriger visant deux personnes distinctes, il faudrait que le nom de ces deux personnes apparaisse à côté du ministre du Revenu. Autrement, il n'y aura pas chose jugée à l'égard de l'administration provisoire de la personne dont le nom n'apparaît pas.

personne au moyen d'une signification par les journaux. Autrement dit, il n'est pas nécessaire, dans un premier temps, de signifier la procédure à la personne introuvable par la voie des journaux (art. 139 C.p.c.) pour ensuite, dans un deuxième temps, amender la procédure afin de substituer l'Agence du revenu du Québec à la personne introuvable. Bref, il est possible de procéder directement contre l'Agence du revenu du Québec²⁹. Ceci étant, au lieu d'agir contre l'Agence du revenu du Québec, il semble possible de diriger l'action contre la personne introuvable, en lui signifiant par la voie des journaux, après avoir obtenu une autorisation à cet effet (art. 138 et 139 C.p.c.)³⁰. Malgré cela, les juristes du ministère du Revenu, avec qui nous avons déjà discuté de la question, sont défavorables à une signification à la personne introuvable par la voie des journaux³¹. Ils nous ont indiqué que si la personne recherchée ne se présente pas, ce qui est presque certain, il y aura alors jugement par défaut et, par conséquent, le ministre du Revenu ès-qualité n'en aura pas connaissance. Quoi qu'il en soit, le risque, en procédant de la sorte, c'est que si on devait ultérieurement considérer que la parcelle litigieuse était devenue un bien sans maître appartenant à l'État (art. 936 C.c.Q.) au moment des procédures judiciaires, alors le défaut de signification à l'Agence du Revenu du Québec pourrait permettre au ministre du Revenu d'invoquer l'absence de chose jugée à son égard³².

29. Voir : *Société Canadienne des Postes c. Sous-ministre du Revenu*, C.S. Terrebonne, n° 700-17-003914-073, 5 juillet 2007, j. Gilles Hébert (jugement rendu oralement).

30. Voir, par exemple : *Rodrigue c. Bernard*, 2010 QCCS 1802 (le jugement ne fait pas état que cette question aurait été soulevée) ; *Bellefleur c. Groulx*, EYB 2005-98040 (C.S.) (désistement d'appel), où l'action a été instituée en 2003, contre le propriétaire ayant déposé un plan de lotissement en 1914, alors qu'il était âgé de 75 ans. Il faut dire que la question de l'administration provisoire par le curateur public (ce qui était le cas à l'époque) n'a pas été soulevée dans le jugement, ni la question de savoir si l'immeuble possédé était devenu ou non un bien sans maître appartenant à l'État. Voir toutefois la critique du tribunal où, dans certains cas, il n'y aurait aucune utilité ni validité à signifier par la voie des journaux (*Bourgon c. Lalonde*, 2014 QCCS 5715, par. 78 à 80).

31. Une certaine interprétation de l'article 47 L.B.N.R. pourrait donner raison aux juristes du ministère. La signification par la voie des journaux suppose que la personne recherchée est introuvable. Les biens de cette dernière seraient donc, de ce fait, sous l'administration provisoire du ministère du Revenu (art. 2(10) L.B.N.R.). Or, cet article 47 prévoit que toute personne ayant un recours à exercer contre le ministre, relativement à son administration provisoire, « doit le diriger, *malgré toute disposition inconciliable*, contre l'Agence du revenu du Québec » (nos italiques).

32. Voir par analogie *Perry c. Corbeil*, 2013 QCCS 14, où le demandeur invoquait intervention de titre (art. 2914 C.c.Q.) contre une compagnie dissoute. Le tribunal a indiqué que les actes inconciliables avec la précarité auraient dû être portés à la connaissance du ministère du Revenu, ce dernier étant l'administrateur provisoire.

3.5 Les mis en cause

a) *Les voisins contigus* (art. 806(1) C.p.c.)^{33, 34}. À la lecture de l'article 806 C.p.c., on pourrait penser qu'il suffit de signifier la requête aux voisins contigus à l'immeuble convoité, sans en faire formellement des mis en cause dans la procédure judiciaire. De fait, on trouve des jugements où les voisins ont reçu signification de la procédure mais sans être mis en cause comme tel³⁵. Or, la signification de la procédure aux voisins sans leur mise en cause formelle ne permet pas au jugement d'acquiescer l'autorité de la chose jugée à leur égard et une requête en rétractation demeure possible³⁶. En outre, en *obiter*, la Cour d'appel a mentionné que l'absence de mise en cause des voisins contigus est fatale³⁷. Ainsi, peut-être vaudrait-il mieux mettre en cause les voisins et non pas simplement se contenter de leur signifier la procédure.

Précisons que si l'immeuble convoité est contigu à une rue publique, la municipalité fait partie des propriétaires contigus qui doivent être mis en cause. En effet, ni l'article 806 C.p.c. ni, à notre connaissance, aucune autre disposition législative ne dispensent la mise en cause de la municipalité dans un tel cas.

Par ailleurs, en cas d'acquiescement par écrit d'un voisin contigu, il ne sera pas nécessaire de lui signifier la procédure³⁸.

33. Le premier paragraphe de l'article 806 C.p.c. n'a pas été repris dans le NCPC. Néanmoins, considérant que le demandeur a intérêt à impliquer toute personne susceptible d'être affectée par le jugement et considérant l'article 309 NCPC qui impose au tribunal de s'assurer de la notification aux intéressés, on peut prévoir que les voisins contigus continueront d'être mis en cause. Du moins, jusqu'à ce que les tribunaux indiquent, le cas échéant, que cela n'est pas nécessaire.

34. Nous suggérons de mettre, dans l'avis de présentation ou dans une lettre qui accompagne la procédure signifiée aux voisins, une note adressée à ces derniers leur disant de ne pas hésiter à communiquer avec le procureur au dossier pour obtenir de l'information au sujet de la procédure qu'ils viennent de recevoir. Une telle note amènera souvent l'appel d'un ou deux voisins contigus à qui le procureur pourra expliquer la raison de leur mise en cause, même si aucune conclusion judiciaire n'est demandée contre eux. Ainsi, en général, cela évitera la présence d'un mis en cause lors de la présentation de la demande, obligeant le procureur à demander une suspension le temps d'expliquer au voisin contigu ce qui se passe.

35. Par exemple : *Société Jean Talon inc.*, 2011 QCCS 5357. Le jugement fait état de huit procès-verbaux de signification. Nous présumons qu'il s'agit des significations faites aux propriétaires contigus.

36. *Chabot c. Labrecque*, EYB 1988-59635 (C.A.), par. 6 et 17 à 19. En pratique, c'est surtout un voisin contigu qui pourrait remettre en cause le jugement rendu plutôt qu'un ancien propriétaire de la chaîne des titres du possesseur. D'où l'attention particulière d'une mise en cause des propriétaires contigus.

37. *Leblanc c. Allaire*, 2011 QCCA 1940, par. 16.

38. Art. 806 C.p.c.

Quant à la forme de l'acquiescement, précisons qu'il ne s'agit pas de l'acquiescement à la demande prévu aux articles 457 et suivants du Code de procédure civile. Il peut s'agir d'une déclaration assermentée³⁹, ce qui est suggéré par plusieurs. Mais, en réalité, une simple lettre pourrait aussi faire l'affaire, si cette lettre convainc qu'elle émane bien du voisin. Quant au contenu de l'acquiescement, l'important c'est qu'il ressorte du document que le voisin, signataire de l'acquiescement, a compris de quoi il s'agit, par exemple, en référant à certaines pièces (certificat de localisation, etc.) dans l'acquiescement, etc. Même en cas d'acquiescement, il se peut que la mise en cause s'impose. En effet, l'article 806 C.p.c. dispense la signification en cas d'acquiescement ; pas la mise en cause. Ceci étant, on retrouve régulièrement des jugements où les voisins ayant acquiescé à la demande n'ont pas été mis en cause.

Si l'immeuble contigu fait partie du domaine privé, il est généralement assez facile d'identifier le voisin. Dans le cas où l'immeuble d'à côté fait partie du domaine public québécois, le ministre de l'Énergie et des Ressources naturelles a l'autorité sur toutes les terres sur lesquelles l'autorité n'est pas détenue par un autre ministre ou un organisme public par l'effet d'une loi, d'un décret, d'un titre de propriété, d'un arrêté ou d'un avis. Concrètement, pour savoir quelle autorité détient la gestion de cet immeuble public⁴⁰, certaines recherches devront être faites, soit au registre foncier, soit au Registre du domaine de l'État (RDE), soit auprès du gestionnaire visé selon qu'il s'agit (1) d'un cours d'eau ; dans ce cas, il est possible de connaître l'opinion du Centre d'expertise hydrique du Québec du Ministère du Développement durable, de l'Environnement et de la Lutte contre les changements climatiques via une requête en domanialité, (2) d'une rue ou d'une route ; dans ce cas, il faut vérifier auprès du Ministère des transports du Québec et/ou de la municipalité concernée, (3) d'une terre publique ; dans ce cas, il faut vérifier auprès du Ministère de l'Énergie et des Ressources naturelles et/ou de la Société Immobilière du Québec, (4) d'une terre agricole publique ; dans ce cas, il faut vérifier auprès du Ministère de l'Agriculture, des Pêcheries et de l'Alimentation du Québec. Par ailleurs, dans le cas des immeubles appartenant à la Couronne fédérale, si l'emplacement a fait

39. Voir, par exemple : Caron, 2012 QCCS 2571.

40. Les informations qui suivent sont tirées du texte de Nathalie MASSÉ et Marc GERVAIS, *Entre le constat et l'expertise, où se situe la limite de propriété ?*, EYB2011RDB108, à la note 7 à la fin de leur texte.

l'objet d'un décret lui conférant le statut « Terres du Canada », il est sous la gestion de Ressources naturelles du Canada, direction de l'arpenteur général et, dans les autres cas, il est sous la gestion de Travaux publics et Services gouvernementaux Canada.

Que faire si l'immeuble contigu est une copropriété divise. Si une partie privative touche la ligne de division qui sépare la copropriété de la parcelle litigieuse, il faudra mettre en cause le copropriétaire. Cette situation est toutefois plutôt rare car, le plus souvent, c'est une partie commune qui touche à la ligne de division. Dans un tel cas, nous sommes d'avis que la mise en cause du syndicat de la copropriété suffit. Certes, le syndicat n'est pas propriétaire de la partie commune, laquelle appartient aux copropriétaires en proportion de leur valeur relative (art. 1046 C.c.Q.). Et, l'article 806 C.p.c. réfère aux propriétaires des immeubles contigus. Il demeure qu'au sein de la copropriété c'est le syndicat de la copropriété qui a la responsabilité des parties communes, d'une part. Et, que les demandes relatives à la copropriété divise sont signifiées au syndicat qui, lui, doit aviser les copropriétaires dans les cinq jours de la signification (art. 812.1 C.p.c.) (art. 477 NCPC), d'autre part. Rappelons que les règles du Code de procédure civile sont destinées à faire apparaître le droit et en assurer la sanction (art. 2 C.p.c.). Vu le contexte particulier, en présence d'une copropriété divise, il nous semble que l'article 806 C.p.c. doit être interprété comme requérant la signification au syndicat de la copropriété et non pas à tous les copropriétaires de la copropriété⁴¹.

b) *L'officier de la publicité des droits*. Malgré une habitude largement répandue à cet effet, il n'est pas nécessaire de mettre en cause l'officier de la publicité de droits de la circonscription foncière concernée, ni de mettre une conclusion visant à « ordonner à l'officier de la publicité des droits de publier le jugement à intervenir »⁴². En effet, cela fait déjà partie des devoirs de l'officier de la publicité des droits (art. 3006.1 et s. C.c.Q.).

c) *Les autres tiers*. En cas d'empiètement chez le voisin, qui est propriétaire en titre de la parcelle visée par la demande, il faut

41. Pour un exemple où le mis en cause est le syndicat de la copropriété et non les copropriétaires individuellement, voir le jugement publié sous le numéro 19 576 306 dans la circonscription foncière de Montréal.

42. François BROCHU, « Prescription acquisitive en 2007 », (2008) 110 *R. du N.* 225, 228.

draît songer à impliquer, le cas échéant, le propriétaire du fonds dominant bénéficiant d'une servitude sur la lisière convoitée, ou le créancier hypothécaire du voisin ou encore son conjoint, en présence d'une déclaration de résidence familiale⁴³. Si le voisin est marié en communauté de biens, on pourrait prétendre que l'épouse commune en biens doit également être impliquée⁴⁴.

En territoire agricole, il faudrait mettre en cause la Commission de protection du territoire agricole. En effet, il existe une certaine controverse quant à savoir s'il est possible d'acquérir par prescription une partie d'un lot agricole⁴⁵. Quoi qu'il en soit, on avance qu'en cas de mise en cause de la Commission sans que celle-ci ne fasse objection à la demande, on pourra supposer qu'elle est d'accord avec le principe qu'elle n'a pas compétence pour déterminer qui est le propriétaire⁴⁶.

3.6 Les allégués de la demande et les pièces à produire⁴⁷

a) *Titre de propriété du demandeur*. Il faut référer et produire le titre de propriété du possesseur⁴⁸, qu'il s'agisse d'un vice dans ses titres ou d'un empiètement chez le voisin⁴⁹. Dans ce dernier cas, mentionnons que l'acquisition d'un immeuble comprend accessoirement l'acquisition d'une lisière chez le voisin dont le vendeur avait la possession même si l'acte ne fait pas mention de l'empiètement et que cette lisière n'a pas été décrite cadastralement dans l'acte d'acquisition⁵⁰.

b) *Chaîne des titres*. Le demandeur peut joindre à sa possession celle de ses auteurs pour cumuler dix ans, si ceux-ci étaient possesseurs et non détenteurs précaires et si leur possession

43. Voir ci-après au paragraphe 8.4.

44. En matière de recours hypothécaire, l'épouse commune en biens doit être impliquée (*De Baere c. Lemieux*, [1977] C.A 551). Peut-être que le principe vaut également en matière de prescription acquisitive contre le voisin marié en communauté de biens.

45. Voir ci-après au paragraphe 8.8.

46. En ce sens, voir *Mitchell c. Paquette*, 2012 QCCS 737.

47. Si on procède sans contestation, le défaut de produire un document requis amènera un avis de dossier incomplet ou la mise hors de délibéré du tribunal, jusqu'à production du document manquant.

48. Voir ci-après à la note 52.

49. Évidemment un « squatter » n'aura pas à produire un titre.

50. *Dessureault c. Brien*, REJB 2003-43060 (C.A.). L'allégué pourrait être quelque chose comme : il est propriétaire du lot 1000, comprenant accessoirement la partie du lot 1001 qui fait l'objet des présentes, pour les avoir acquis de [...].

était une possession utile à la prescription⁵¹. Si le demandeur doit joindre la possession de ses auteurs, il faudra alors référer et produire les titres des auteurs⁵², en remontant jusqu'au premier titre

51. Voir ci-après au paragraphe 6.

52. Même si techniquement il faudrait produire une copie certifiée conforme par le notaire ayant instrumenté un acte allégué (art. 2860, al. 1 C.c.Q.), en pratique il suffit généralement d'imprimer soi-même une copie de l'acte apparaissant sur le site informatisé du registre foncier et de produire cette copie et ce, que l'action soit contestée ou non. Dans le cas où la procédure est contestée, la partie contestante pourra permettre la preuve du document au moyen d'une telle copie, en ne s'y objectant pas (art. 2859 C.c.Q.). C'est normalement le cas, puisqu'il est en général inutile d'exiger une copie certifiée conforme. En effet, l'autre partie peut aisément constater la conformité de la copie imprimée à partir du registre foncier par rapport à la copie certifiée conforme par le notaire et qui est déposée au bureau de la publicité des droits. Ce n'est que si la partie adverse soutient que la copie déposée au bureau de la publicité des droits n'est pas conforme à l'original que cette partie devrait requérir une nouvelle copie certifiée conforme par le notaire. Lorsque la procédure n'est pas contestée, le tribunal peut-il soulever d'office la chose ? Pour les uns, la réserve faite au tribunal à l'article 2859 C.c.Q. ne s'applique pas, en l'absence de la partie qui aurait intérêt à soulever l'irrecevabilité d'une preuve offerte (Jean-Claude ROYER et Sophie LAVALLÉE, *La preuve civile*, 4^e éd., 2008, n° 1625, EYB2008PRC57). Pour les autres, si le tribunal ne peut intervenir lors d'un procès au fond, en l'absence d'objection de la partie adverse, il ne pourrait pas plus le faire lorsqu'une partie procède par défaut (*Caisse Desjardins de la région de Mégantic c. Québec (Ministre des Finances et de l'Économie)*, EYB 2014-234661 (C.S.) ; *Théoret c. Robert*, REJB 2000-17923 (C.S.)). Sans doute que l'article 4.2 C.p.c. permet de soutenir la deuxième approche. D'ailleurs en quoi est-il utile au tribunal d'exiger la production d'une copie certifiée conforme par le notaire au lieu d'accepter la copie imprimée à partir du site informatisé du registre foncier ? Il est raisonnable de croire que si la copie émanant du registre foncier n'est pas conforme à l'original, le défendeur réagira sûrement si cela peut avoir une incidence sur le résultat de la cause. Selon notre expérience, en général le tribunal accepte en preuve la copie d'un acte faite à partir du site informatisé du registre foncier, même si l'action n'est pas contestée. Cela nous paraît tout à fait justifié, considérant la fiabilité de la copie dans les circonstances, d'une part, et qu'il s'agit seulement d'une preuve accessoire, d'autre part. En effet, l'officier de la publicité des droits a l'obligation de préserver l'intégrité du contenu des actes qui lui ont été transmis à des fins de publicité. La copie imprimée à partir du site informatisé du registre foncier sera donc la fidèle copie du document déposé à l'origine (sauf évidemment manipulation de la copie imprimée, ce qui exposerait le procureur ayant participé à la chose à des sanctions). Donc, elle est semblable à la copie certifiée conforme par le notaire. Et, on peut présumer que la copie certifiée conforme par le notaire et déposée au bureau de la publicité est, de fait, conforme à son original. Partant de là, logiquement l'émission d'une nouvelle copie certifiée conforme par le notaire n'apportera rien de neuf. Évidemment, si l'on a connaissance d'un défaut dans la copie déposée à l'origine par le notaire au bureau de la publicité des droits, alors évidemment une nouvelle copie, cette fois-là vraiment conforme, devra être obtenue du notaire. En matière de prescription acquisitive, la preuve principale est celle qui porte sur la possession décennale. C'est pourquoi un peu de souplesse dans les règles de preuve est souhaitable ici, même si la procédure n'est pas contestée. Ceci étant, à l'occasion, lorsque la demande procède par défaut, un avis de dossier incomplet sera envoyé au procureur lui demandant de fournir une copie certifiée conforme par l'officier de la publicité des droits et pas simplement une copie imprimée par le procureur lui-même à partir du site informatisé du registre foncier. Or, une copie certifiée conforme par l'officier de la publicité des droits d'une copie certifiée conforme par un notaire, et qui a été déposée au bureau

ayant plus de dix ans. Dans certains cas, il sera nécessaire de remonter plus loin dans le temps⁵³.

S'il s'agit de corriger un vice dans la chaîne des titres du possesseur, il faudra établir toute la chaîne des titres et remonter jusqu'à l'acte contenant le problème de titre, en produisant tous les titres. Précisons, toutefois, que la preuve de possession utile à la prescription pourra se limiter aux dix dernières années, même si la chaîne remonte à vingt, trente ou quarante ans. En effet, c'est une chose que d'établir la chaîne jusqu'à l'acte déficient, pour justifier l'intérêt du demandeur à présenter sa demande. C'est une autre chose que d'établir la possession menant à l'acquisition par prescription. Il n'est pas nécessaire de prouver une possession utile depuis maintenant jusqu'à l'acte déficient, car la loi ne requiert que dix ans de possession utile, même si c'est pour pallier à un acte déficient plus ancien.

c) *Plan, certificat de localisation et description technique* (art. 805 C.p.c.) (art. 468 NCPC). Ces documents seront allégués et produits comme suit. Dans tous les cas, il faut produire une copie du plan cadastral du lot visé. Le plus simple est d'imprimer le plan montrant le lot en question que l'on retrouve sur le site informatisé du registre foncier⁵⁴. En cas d'opération cadastrale durant la période couverte par la chaîne des titres du possesseur, il faudra produire le plan des anciens lots. S'il s'agit d'une partie de lot ou si l'immeuble n'est pas immatriculé (c.-à-d. si l'immeuble n'est pas cadastré), il faut produire une description technique accompagnée d'un plan, dressés par un arpenteur-géomètre. Et, qu'il s'agisse d'une partie de lot ou d'un lot complet, si une construction se trouve sur la parcelle convoitée, il faudra produire un certificat de localisation. Si un certificat de localisation est produit, une description technique et son plan ne seront pas nécessaires, dans

de la publicité des droits, n'a pas plus de valeur légale que la copie imprimée par le procureur lui-même. En effet, c'est le dépositaire de l'original, donc le notaire, qui peut émettre une copie authentique (art. 2815 C.c.Q.) pouvant légalement tenir lieu d'original (art. 2860, al. 1 C.c.Q.). Si on accepte l'idée que, dans les causes par défaut, l'article 2859 C.c.Q. n'oblige pas le tribunal à soulever l'irrecevabilité d'un écrit, alors, avec respect pour l'opinion contraire, nous ne voyons pas l'utilité à exiger une copie certifiée conforme par l'officier de la publicité des droits plutôt que de se satisfaire de la copie imprimée par le procureur lui-même.

53. Voir à l'alinéa suivant et voir au paragraphe 8.4.

54. Si le lot visé fait partie d'un plan comprenant plusieurs lots et que la copie imprimée ne permet pas de visualiser adéquatement le lot en question, il faudrait produire également un agrandissement de ce lot.

le cas où il s'agit d'une partie de lot, en autant que le certificat de localisation décrive cadastralement la partie de lot.

En cas de contestation de la procédure judiciaire, il sera possible de produire un avis selon l'article 294.1 C.p.c. en rapport avec la description technique ou le certificat de localisation, pour éviter la présence de l'arpenteur lors du procès⁵⁵. Évidemment, l'autre partie pourrait exiger la présence de l'arpenteur. Mais elle s'exposerait alors à une condamnation à dépens, si le tribunal estime que la production de la description technique ou du certificat de localisation aurait été suffisante (art. 294.1 C.p.c.).

d) *Désignation de l'immeuble*. S'il s'agit d'un lot complet, on indiquera ce lot avec la circonscription foncière. S'il s'agit d'une partie de lot, il n'est pas nécessaire d'avoir une désignation complète dans les allégués. Il suffit que la désignation soit complète dans les conclusions de la demande et, dans les paragraphes de la procédure, d'alléguer que la demande porte sur une partie du lot en question, partie qui est plus amplement décrite aux conclusions de la demande.

e) *Une possession utile, à titre de propriétaire, depuis plus de dix ans*. Il faut alléguer que le demandeur (et son auteur)⁵⁶ (ou son auteur)⁵⁷ a eu (ont eu) la possession de l'immeuble décrit aux conclusions de la demande de façon paisible, continue, publique

55. *Munteanu c. Paul*, 2013 QCCS 190 ; *Bonin, Re*, EYB 2011-186773 (C.S.).

56. Dans le cas où le demandeur doit joindre à sa possession celle de son auteur pour cumuler dix ans. Notons toutefois que, si le demandeur et le défendeur ont un auteur commun, ni l'un ni l'autre ne sauraient se prévaloir du temps de possession de l'auteur commun, celui-ci ayant possédé à l'avantage égal des deux parties (Denis VINCELETTE, *En possession du Code civil du Québec*, n° 43, Montréal, Wilson & Lafleur, 2004, p. 22-23).

57. Dans le cas où le demandeur n'a jamais eu la possession mais que son auteur a cumulé dix ans de possession utile. En effet, la seule possession de son auteur est suffisante pour acquérir par prescription (*Dicaire c. Legault-Giroux*, 2010 QCCS 2233 ; voir aussi : *Madou c. Cayer*, 2011 QCCS 4274 (appel rejeté : *Cayer c. Madou* 2013 QCCA 1006), où les demandeurs sont déclarés propriétaires par prescription sur la base de celle accomplie avant que les demandeurs acquièrent l'immeuble possédé ; *Breton c. Lamonde*, EYB 1988-62913 (C.A.)). Ainsi, l'ayant cause actuel de l'auteur pourrait obtenir un jugement, si son auteur a possédé pendant dix ans la parcelle convoitée, sur la seule base de cette possession, sans avoir à établir qu'il a lui-même possédé un certain temps la parcelle en question. Notons toutefois que, si l'auteur du demandeur et le défendeur ont un auteur commun, ni l'un ni l'autre ne sauraient se prévaloir du temps de possession de l'auteur commun, celui-ci ayant possédé à l'avantage égal des deux parties (Denis VINCELETTE, *En possession du Code civil du Québec*, n° 43, Montréal, Wilson & Lafleur, 2004, p. 22-23).

et non-équivoque⁵⁸, à titre de propriétaire, et ce depuis plus de dix ans⁵⁹. Voyons un peu plus en détail cette allégation.

En général il est suffisant de s'en tenir à cette allégation lorsque la demande n'est pas contestée. Et, il suffit que l'affidavit du demandeur⁶⁰ reprenne la même formulation. À l'occasion, toutefois, il se pourrait que le juge saisi du dossier demande un affidavit additionnel précisant les actes de possession accomplis par le demandeur (tondre le gazon, etc.). Par ailleurs, si la demande risque d'être contestée, il pourrait être préférable d'alléguer immédiatement les actes de possession (tondre le gazon, etc.) plutôt que d'amender ultérieurement sa procédure suite à une demande de précisions (art. 168(7) C.p.c.). Enfin, en cas d'empiètement chez le voisin, nous suggérons de produire une photo des lieux, prise par le demandeur⁶¹, et qui s'ajoutera aux autres pièces du dossier.

Le délai de la prescription acquisitive immobilière est fixé à dix ans (art. 2917 et 2918 C.c.Q.). L'article 2879 C.c.Q. précise que la prescription n'est acquise que lorsque le dernier jour est révolu et que si un tel jour est un samedi ou un jour férié, la prescription n'est acquise qu'au premier jour ouvrable qui suit. Selon l'article 2880 C.c.Q., la dépossession fixe le point de départ de la prescription acquisitive. En fait, la dépossession coïncide avec la prise de possession et, malgré une certaine ambiguïté en raison de la formulation de l'article 2880 C.c.Q., c'est bien la prise de possession qui constitue le point de départ de la prescription acquisitive

58. Art. 922 C.c.Q. Notons qu'il n'est pas nécessaire d'indiquer que la possession a été non-interrompue. Cet élément, autrefois mentionné à l'article 2193 C.c.B.C., n'a pas été repris à l'article 922 C.c.Q.

59. Voir ci-après au paragraphe 8.3 pour le cas d'un empiètement chez le voisin pendant plus de dix ans, mais qui a pris fin, suite à l'intervention du voisin. Sauf renonciation à la prescription acquise, l'ex-possesseur peut présenter une demande en prescription acquisitive. Dans un tel cas, il faudra adapter les allégués pour tenir compte de la situation.

60. Rappelons que si la procédure n'est pas contestée, la preuve se fait par affidavit (art. 196 C.p.c.). Si le demandeur est une personne morale, alors l'affidavit devra indiquer le rôle de l'affiant au sein de cette personne morale et la date de son entrée en fonction. L'affiant devra être en mesure d'affirmer qu'il agit au sein de la personne morale depuis au moins dix ans et que pendant tout ce temps il a fréquenté l'immeuble convoité. Par conséquent, qu'il est en mesure d'affirmer que la personne morale a eu la possession de l'immeuble de façon paisible, publique, etc. Notons qu'il faudra deux affiants ou plus si chacun d'eux a connaissance seulement d'une partie de ce qui s'est fait durant les dix ans requis.

61. Si une photo est prise par quelqu'un d'autre, en principe il faudrait un affidavit ou le témoignage de ce dernier pour mettre en preuve la photo en question.

immobilière⁶². Si la possession perdure depuis très longtemps, il est superflu de connaître avec exactitude le début de la possession. Il suffit alors d'alléguer et de prouver la possession au cours des dix dernières années. Autrement, il faudra établir de façon précise ou à tout le moins de façon assez précise le début de la possession⁶³.

En cas d'empiètement chez le voisin, à l'occasion il sera nécessaire d'établir une possession plus longue que décennale. En effet, il semble possible de demander, à titre complémentaire, la radiation d'une servitude ou d'une hypothèque consentie par le voisin après le début de la possession⁶⁴. Par exemple, si la servitude ou l'hypothèque a été consentie il y a quinze ans et que la possession a commencé il y a seize ans, alors il faudra établir seize ans de possession, si l'on demande la radiation de cette servitude ou de cette hypothèque.

Le possesseur qui entend utiliser le temps de possession de son auteur, pour cumuler le délai de dix ans, devra indiquer un lien de droit entre lui et l'ancien possesseur⁶⁵. Il en est de même, si le demandeur n'a lui-même jamais eu la possession mais qu'il entend utiliser les dix ans de possession de son auteur. Dans les deux cas, il faudra également le témoignage (en cas de contestation) ou un affidavit (en cas de non contestation) de cet ancien propriétaire ou de quelqu'un d'autre qui est au courant des faits⁶⁶

62. Denys-Claude LAMONTAGNE, *Biens et propriété*, 7^e éd., n° 706, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2013, p. 486-487. Voir l'article 2918 C.c.Q. : « celui qui [...] a possédé [...] » (nos soulignés).

63. En général, la possession d'une personne débute avec l'acte lui transférant le droit de propriété de l'immeuble.

64. Voir ci-après au paragraphe 8.4.

65. Acte de vente, legs à titre particulier ou universel, etc. Il s'agit, en fait, du titre du demandeur. Notons que ce titre comprend accessoirement l'acquisition de la possession exercée par le vendeur chez le voisin, même si l'empiètement n'a pas été mentionné ni décrit cadastralement dans ce titre (*Dessureault c. Brien*, REJB 2003-43060 (C.A.)).

66. Lorsque la demande n'est pas contestée, en l'absence d'un affidavit de l'ancien propriétaire disant qu'il a possédé l'immeuble de façon paisible, publique, etc., il se pourrait qu'un avis de dossier incomplet soit envoyé, pour demander un tel affidavit. À notre avis, celui-ci n'est pas essentiel, car la possession est une question de fait (*THM. Immobilier inc. c. Gestion immeubles Samson inc.*, 2010 QCCA 421, par. 21) qui peut donc se prouver par le témoignage de quiconque au courant des faits (art. 2843 C.c.Q.). Ceci étant, quand cela est possible, il est préférable d'avoir un tel affidavit, pour éviter un tel avis de dossier incomplet. À défaut, si cela n'est pas déjà mentionné dans la procédure, nous suggérons d'informer le responsable du dossier du pourquoi de l'absence d'affidavit de l'ancien propriétaire (décès, introuvable, manque de collaboration, etc.), d'où l'affidavit d'un tiers au courant des faits pour la période de l'ancien possesseur. Et, au besoin, nous suggérons

pour établir que l'auteur a eu une possession paisible, publique, etc. À défaut d'un tel témoignage ou d'un tel affidavit, il faudra trouver une autre preuve qui soit satisfaisante pour le tribunal, pour établir la possession utile de l'auteur. À cet égard, mentionnons que le paiement des taxes foncières n'est pas suffisant. Peut-être que cette preuve pourrait être faite par les certificats de localisation préparés à différentes époques, si ces certificats montrent la même clôture depuis plus de dix ans.

f) *Décrire le problème.* Pour justifier l'intérêt du demandeur, il faut indiquer en quoi consiste le problème. Autrement, on voit mal un possesseur s'adresser aux tribunaux, en l'absence d'un problème quelconque que la prescription acquisitive permet de corriger (art. 55 C.p.c.). Les problèmes les plus courants sont un empiètement chez le voisin ou un vice dans les titres⁶⁷.

On voit parfois une allégation à l'effet qu'il y a absence d'inscriptions adverses au registre foncier. Cette allégation ne nous paraît pas essentielle, puisque la prescription acquise n'est pas empêchée par la présence d'une inscription adverse, s'il y a

l'argumentation suivante. La possession conduisant à la prescription acquisitive requiert que le possesseur ait le *corpus* (c.-à-d. la possession physique) et l'*animus* (c.-à-d. l'élément intentionnel). Comme la preuve du *corpus* fait présumer l'*animus* (art. 921 C.c.Q.), il suffit donc d'établir que l'ancien possesseur a eu le *corpus*. Celui-ci est un fait matériel et sa preuve peut donc être faite par tous moyens (art. 2857 C.c.Q.). Ainsi, cette preuve peut être faite par l'ex-possesseur, oui, mais aussi par toute personne qui a eu personnellement connaissance de la chose (art. 2843 C.c.Q.). La règle de la meilleure preuve en matière d'écrit (art. 2860 C.c.Q.) n'existe pas en matière de témoignage. Ainsi, il n'existe aucune obligation de produire la meilleure preuve d'un fait (Claude MARSEILLE et Raphaël LESCOP, « Règle de nécessité de l'original », dans *JurisClasseur Québec*, coll. « Droit Civil », *Preuve et prescription*, fasc. 13, n° 25, Montréal, LexisNexis Canada, feuilles mobiles, (octobre 2013)). Imaginons que A lance une balle en présence de B, qui est situé à 10 pieds, et de C, qui est situé à 20 pieds. Ainsi, on ne peut refuser le témoignage de B et exiger le témoignage de A, sous prétexte qu'il est possible d'obtenir le témoignage de ce dernier ou qu'il n'est pas allégué l'impossibilité ou la difficulté d'obtenir son témoignage. De même, on ne peut refuser le témoignage de C au motif qu'il existe un autre témoin, ici B, qui se trouvait à 10 pieds, donc en meilleure position pour observer le fait en litige. En réalité, c'est plutôt sous l'angle de la force probante que l'affidavit du tiers doit être examiné. S'agissant d'un voisin qui habite à dix maisons de l'immeuble en litige et qui n'a jamais rencontré ni parlé à l'ex-possesseur, le tribunal serait justifié d'écarter ce témoignage pour manque de force probante. Par contre, s'agissant d'un voisin qui habite juste à côté et ce, depuis plus de dix ans, tout en ayant régulièrement fréquenté l'ex-possesseur, voilà un témoignage qui pourrait être suffisamment probant. Notons que le demandeur pourrait être ce tiers, s'il est personnellement au courant des faits antérieurs à son acquisition (ex. : indivisaire, conjoint, voisin qui acquiert l'immeuble visé par la procédure, etc.).

67. Voir ci-après aux paragraphes 8.1 et 8.7.

possession utile à la prescription. Ceci étant, si l'index des immeubles fait voir une inscription qui pourrait être une inscription adverse ou qui paraît suspecte⁶⁸, il serait sage de faire référence à cette inscription en indiquant en quoi elle ne concerne pas l'immeuble convoité ou en quoi elle n'a aucune incidence sur la demande judiciaire. Dans le cas contraire, le bénéficiaire de l'inscription adverse ou suspecte devrait être impliqué dans la procédure.

g) *Les voisins contigus*. Dans les allégués de la procédure, il faut réitérer le nom de tous les propriétaires contigus (les mis en cause) à l'immeuble convoité⁶⁹, même de ceux qui ont acquiescé à la demande (art. 806 C.p.c.)⁷⁰, en précisant que tel lot contigu appartient à tel voisin contigu. Pour ce faire, on référera et produira, par exemple, le titre de propriété du voisin contigu et l'index des immeubles du lot contigu. On pourrait également, à notre avis, établir ce lien en produisant une copie du rôle d'évaluation de la municipalité, lorsque le rôle fait le lien entre le nom du propriétaire voisin et le lot contigu⁷¹. En cas d'acquiescement préexistant à la procédure⁷², celui-ci devrait être allégué, puisqu'il préexiste à la rédaction de la demande. Il faudra produire tous les acquiescements, qu'ils soient antérieurs ou postérieurs⁷³ au dépôt de la demande. Précisons qu'à l'égard d'un empiètement chez un voisin contigu, ce dernier devrait, normalement, apparaître comme défendeur et pas seulement comme mis en cause.

h) *Les autres tiers*. En cas d'empiètement chez le voisin, si on demande également la radiation d'une hypothèque, d'une ser-

68. Par exemple, une vente faite par le possesseur. Celui-ci peut avoir vendu une partie de son terrain, sans que cette partie ne fasse l'objet de la demande en prescription.

69. *Desmeules et Pilote*, 2008 QCCS 6778.

70. Tel que mentionné ci-dessus au paragraphe 3.5, la mise en cause d'un voisin contigu qui a acquiescé à la demande n'est pas requise par certains juges. Ceci étant, à notre avis, la procédure devrait, même en cas d'acquiescement, faire référence aux propriétaires contigus, pour que le tribunal puisse savoir qui sont tous les propriétaires contigus.

71. Nous avons régulièrement utilisé cette façon de faire et obtenu jugement, sans que le tribunal nous exige de fournir l'index des immeubles des lots contigus et les titres de propriété des voisins.

72. Plusieurs préconisent de faire assermenter le voisin lors de la signature de son acquiescement.

73. L'acquiescement après le dépôt de la procédure est un bon moyen de corriger une demande qui ferait l'objet d'un avis de dossier incomplet pour défaut de signification à l'un des propriétaires contigus ou qui aurait été signifiée tardivement à l'un des propriétaires contigus, sans avoir à recommencer toutes les significations pour respecter le délai de trente jours (art. 151.4 C.p.c.).

vitute ou d'une déclaration de résidence familiale⁷⁴, il faudra alléguer et produire le document constatant l'hypothèque, la servitude ou la déclaration de résidence familiale. Évidemment, on suppose que le créancier hypothécaire, le propriétaire du fonds dominant ou le conjoint apparaisse comme défendeur ou mis en cause dans la procédure. Si l'immeuble est situé en zone agricole, il faudrait alléguer la chose, d'où la présence de la Commission de protection du territoire agricole comme mis en cause.

i) *La personne inconnue ou introuvable et la personne morale dissoute.* Rappelons que le ministre du Revenu du Québec agit comme administrateur provisoire de certains biens⁷⁵, entre autres, des biens situés au Québec dont le propriétaire ou autre ayant droit est inconnu ou introuvable et des biens d'une personne morale dissoute. Et, dans un tel cas, qu'il est possible d'agir directement contre le ministre en dirigeant la procédure contre l'Agence du revenu du Québec.

Lorsqu'il s'agit d'une personne introuvable, nous préconisons alors de mentionner dans la procédure : a) que telle personne est introuvable, d'où la présence du ministre du Revenu du Québec en sa qualité d'administrateur provisoire, lequel est représenté par l'Agence du revenu du Québec ; b) que le demandeur n'a pas été en mesure de retrouver la personne en question, malgré ses recherches ; et, c) quelles sont les démarches qui ont été faites pour retrouver la personne en question (exemples de démarches : tentative de signification à la dernière adresse connue du propriétaire en titre, même si la procédure est inscrite et dirigée contre l'Agence du revenu du Québec ; recherche auprès des voisins de l'immeuble ; recherche par un service spécialisé ; recherche sur le site internet Canada411 ; préalablement à l'institution de la procédure, publication d'un avis de recherche dans un journal local ; etc.). Tout cela concorde d'ailleurs avec ce que doit établir la personne qui veut acheter un bien administré provisoirement par le ministre du Revenu en vertu de la loi : il doit démontrer que des démarches raisonnables ont été faites pour tenter de retrouver cette personne ou ses héritiers⁷⁶.

74. Voir ci-dessus au paragraphe 3.5 au sujet des autres tiers (propriétaire du fonds dominant, créancier hypothécaire, conjoint) et ci-après au paragraphe 8.4.

75. Voir ci-dessus au paragraphe 3.4 et ci-après aux paragraphes 8.5 et 8.6.

76. Bernard DRAPEAU, « L'acquisition de biens non réclamés ou sans maître, intervention du ministre du revenu en sa qualité d'administrateur provisoire et aspects fiscaux », EYB2011CPN85.

Dans le cas d'une personne morale (québécoise ou étrangère) dissoute, il faut alléguer la dissolution et produire un « état de renseignements d'une personne morale au registre des entreprises », disponible sur le site du Registraire des entreprises. Pour la personne morale fédérale, on produira également le « résultat de la recherche d'une société de régime fédéral », disponible sur le site de Corporations Canada. Ces documents permettront de démontrer la dissolution et la date de celle-ci⁷⁷.

j) *La bonne foi*. Considérant l'article 2805 C.c.Q. et considérant que la mauvaise foi n'est pas un obstacle à la prescription acquisitive⁷⁸, il n'est pas nécessaire d'alléguer la bonne foi du possesseur dans la procédure judiciaire. Ceci étant, en pratique il faut bien reconnaître que les juges se montrent souvent plus sympathiques à l'égard d'un possesseur de bonne foi. Aussi, ne faut-il pas hésiter à faire ressortir la bonne foi du possesseur, lorsque c'est le cas, par exemple en présence d'un empiètement chez le voisin, alors que le possesseur pensait être chez lui.

k) *Lorsque l'immeuble visé borde un cours d'eau appartenant à l'État*. Dans un tel cas, la procédure devrait contenir un allégué disant que « la demande n'a pas pour effet ou pour objet de définir ou de modifier, en aucune façon, la position de la limite du domaine hydrique de l'État ni d'affecter d'une quelconque façon les droits de propriété de l'État sur ce domaine ».

3.7 Index des immeubles

L'article 805 C.p.c. énonce que la demande doit être accompagnée d'un « état des droits inscrits » sur le registre foncier de l'immeuble, état qui est certifié par l'officier de la publicité des droits. En pratique, ce n'est pas un état des droits inscrits qui accompagne la demande mais plutôt une copie certifiée par l'officier de la publicité des droits de l'index des immeubles. Cette pratique nous paraît tout à fait justifiée.

Premièrement, il faut de toute façon produire l'index des immeubles, afin que le juge puisse vérifier qu'il n'y a pas d'inscriptions adverses ou autres éléments qui nécessiteraient une explication n'apparaissant pas dans la demande.

77. Notons que dans le cas d'une personne morale fédérale, la date de dissolution aura une incidence (voir ci-après au paragraphe 8.6).

78. Voir ci-après au paragraphe 10.1.

Deuxièmement, techniquement, on ne peut obtenir un état « des droits inscrits » sur le registre foncier de l'immeuble. En effet, l'article 805 C.p.c. (468 NCPC) n'a pas suivi la modification de l'article 3019 C.c.Q. À l'origine, ce dernier article référait justement à un « état des droits inscrits sur les registres ». Il y avait donc concordance avec l'article 805 C.p.c. Or, l'article 3019 a été modifié ultérieurement⁷⁹. Aujourd'hui on y parle d'un « état des droits réels [...] subsistant[s] à l'égard d'un immeuble »⁸⁰. Un état des droits *inscrits* est plus large qu'un état des droits *réels subsistants*. Par exemple, le premier inclura un bail publié ou une déclaration de résidence familiale, mais pas le deuxième, car le bail et la déclaration de résidence familiale confèrent des droits personnels et non des droits réels. C'est pourquoi l'index des immeubles, qui comprend tous les droits inscrits (droits réels et droits personnels), nous semble plus près d'un « état des droits inscrits » que d'un « état des droits réels subsistants ».

Troisièmement, comme on ne peut obtenir un état certifié « des droits inscrits », on pourrait vouloir se rabattre sur un état « des droits réels subsistants » (art. 3019 C.c.Q.). Ce dernier est préparé à partir des informations apparaissant à l'index des immeubles. Celui-ci comprend donc celui-là ... et même plus. Alors, pourquoi exigerait-on un état certifié des droits réels subsistants à celui qui a choisi de fournir un index des immeubles certifié ?

Quoi qu'il en soit, on peut imaginer que tôt ou tard l'article 805 C.p.c. ou l'article 468 NCPC seront modifiés pour s'harmoniser avec le texte de l'article 3019 C.c.Q. À cette occasion, nous pensons qu'il serait préférable de remplacer l'exigence d'un état des droits (droits inscrits, droits réels subsistants, ou autre) par un index des immeubles certifié par l'officier de la publicité des droits.

79. *Loi modifiant le code civil et d'autres dispositions législatives relativement à la publicité foncière*, L.Q. 2000, c. 42, art. 54.

80. Cette formulation correspond à l'ancien état prévu autrefois à l'article 2177 C.c.B.C., communément appelé à l'époque un certificat de recherche. La jurisprudence a constaté une différence entre l'état mentionné à l'article 3019 C.c.Q. (tel qu'il se lisait en 1994) et l'état mentionné à l'article 2177 C.c.B.C. (*Banque Royale du Canada c. Sigouin*, EYB 1994-73530 (C.S.), par. 11). Notons qu'il demeure possible d'obtenir un état des droits inscrits, mais seulement en regard du registre des droits personnels et réels mobiliers.

3.8 Les conclusions de la demande

a) *Les conclusions nécessaires.* La jurisprudence et la doctrine sont partagées sur le caractère du jugement rendu⁸¹ : pour les uns, le jugement est déclaratif et rétroactif ; pour les autres, il est attributif et non rétroactif. Les premiers devraient mettre comme conclusion : « DÉCLARER le demandeur propriétaire de l'immeuble ci-après décrit pour l'avoir acquis par prescription acquisitive »⁸² ou « DÉCLARER le demandeur propriétaire de l'immeuble ci-après décrit »⁸³ ou encore « DÉCLARER que le demandeur a acquis le droit de propriété de l'immeuble ci-après décrit par prescription »⁸⁴. Les seconds devraient mettre comme conclusion : « ATTRIBUER judiciairement au demandeur la propriété de l'immeuble ci-après décrit » ou, plus simplement, « ATTRIBUER au demandeur la propriété de l'immeuble ci-après décrit ».

Si l'immeuble visé est contigu à un cours d'eau appartenant à l'État, alors il faudrait qu'apparaisse la conclusion suivante : « DÉCLARER que le jugement n'a pas pour effet ou pour objet de définir ou de modifier, en aucune façon, la position de la limite du domaine hydrique de l'État ni d'affecter d'une quelconque façon les droits de propriété de l'État sur ce domaine »⁸⁵. À défaut de retrouver cette conclusion, il est fort probable qu'un avocat du bureau du Procureur général vous demandera d'ajouter cette conclusion en échange de sa non-participation au dossier.

b) *La désignation de l'immeuble convoité*⁸⁶. La désignation correspondra soit à un lot cadastral complet soit à une partie d'un lot cadastral. À cet égard, différentes situations sont envisageables.

81. Voir ci-après au paragraphe 5.2.

82. Il s'agit là d'une conclusion que l'on retrouve fréquemment.

83. Cette conclusion nous paraît moins précise, bien qu'elle soit satisfaisante. C'est qu'on peut être déclaré propriétaire pour d'autres raisons que la prescription acquisitive.

84. Cette conclusion a le mérite d'être en harmonie avec le titre de la demande qui, pour rappel (voir ci-dessus au paragraphe 3.3), est « requête introductive d'instance en acquisition du droit de propriété d'un immeuble par prescription ».

85. Pour un exemple de cette mention dans un jugement, voir le jugement publié sous le numéro 20 706 838, dans la circonscription foncière de Brôme.

86. Ne pas oublier de mentionner la circonscription foncière dans laquelle est situé l'immeuble visé (art. 2981.1 C.c.Q.).

La première est celle d'un empiètement chez le voisin. Il faudra alors obtenir une désignation cadastrale de l'empiètement préparée par un arpenteur-géomètre. C'est cette désignation qui apparaîtra dans les conclusions de la demande. Notons que si l'empiètement porte sur une partie d'un lot rénové, il faudra procéder à une renumérotation cadastrale avant de pouvoir publier le jugement⁸⁷.

La deuxième situation est celle où le problème résulte d'un vice dans les titres du possesseur et non d'un empiètement chez le voisin. Ici on suppose que le vice porte sur la totalité du lot cadastral. La désignation correspondra donc à la totalité du lot.

La troisième situation est également celle où il y a vice dans les titres du possesseur. Toutefois, ici, on suppose un vice qui porte seulement sur une partie du lot cadastral⁸⁸. On pourra se limiter à cette partie de lot. Une désignation cadastrale préparée par un arpenteur-géomètre sera nécessaire. C'est cette désignation qui apparaîtra dans les conclusions de la demande⁸⁹. On pourra également demander que le jugement porte sur la totalité du lot. Dans un tel cas, il faudra établir la chaîne des titres pour la totalité du lot et pas seulement pour la partie viciée. Certes, on pourrait se questionner sur la possibilité d'obtenir un jugement en prescription acquisitive sur tout le lot, alors que le problème soulevé ne touche qu'à une partie de l'immeuble. Même si la prescription permet de pallier à la partie viciée du lot, rien n'empêche un aspect probatoire pour la partie non viciée. Il est vrai que l'article 2910 C.c.Q. est muet sur la fonction probatoire du jugement en prescription, alors que l'ancien article 2183 C.c.B.C. mettait en lumière cette fonction. Cela est dû au fait que lors de l'entrée en vigueur du Code civil du Québec, en 1994, c'est la publicité des droits qui avait une fonction probatoire. Or, suite aux modifications subséquentes du Code civil⁹⁰, la publicité foncière n'a plus cette fonction probatoire. Malheureusement, lors de ces modifications l'article 2910 C.c.Q. n'a pas été retouché pour réitérer la

87. Nous verrons plus loin, au paragraphe 4.2, la façon de procéder pour la publication d'un tel jugement.

88. Par exemple, le lot actuel provient de deux anciens lots, mais le vice ne concerne que l'un de ces deux anciens lots.

89. Nous verrons plus loin, au paragraphe 4, la façon de procéder pour la publication d'un jugement selon la désignation retenue.

90. Voir : *Loi modifiant le code civil et d'autres dispositions législatives relativement à la publicité foncière*, L.Q. 2000, c. 42.

fonction probatoire de la prescription acquisitive⁹¹. Sauf qu'en fin de compte il faut bien reconnaître que la prescription acquisitive a retrouvé sa fonction d'antan⁹². Ainsi, en raison de la fonction probatoire de la prescription, il ne devrait pas y avoir réticence à déclarer le possesseur propriétaire de la totalité du lot, même si le problème ne touche qu'une partie de ce lot.

Notons, enfin, que si la désignation n'est pas conforme à ce qui doit être ou si une nouvelle désignation est nécessaire⁹³, alors le tribunal pourra rendre jugement en conservant juridiction et en exigeant du demandeur qu'il fournisse une nouvelle désignation appropriée⁹⁴.

c) *Des conclusions utiles*. Tel que mentionné ci-dessus⁹⁵, selon les circonstances, en cas d'empiétement chez le voisin, on devrait songer à demander la radiation de l'hypothèque⁹⁶ ou de la servitude consentie par le voisin ou encore la radiation d'une déclaration de résidence familiale. On pourrait même demander la radiation du titre du défendeur qui aurait été publié après le début de la possession⁹⁷. N'oublions pas la possibilité de demander la radiation d'une servitude qui serait éteinte par non-usage pendant dix ans (art. 1191 C.c.Q.). Dans tous ces cas, le titulaire ou le bénéficiaire devra évidemment être impliqué comme défendeur ou mis en cause. Soulignons que, dans tous ces cas, si la prescription porte seulement sur une partie de l'immeuble du voisin, alors il faudrait demander une radiation partielle, c.-à-d. une radiation limitée à la lisière convoitée seulement.

d) *Des conclusions inutiles*. Nous retrouvons souvent la conclusion suivante : « ORDONNER à l'officier de la publicité des droits mis en cause d'inscrire le jugement à être rendu, sur présentation d'une réquisition d'inscription conforme aux prescriptions de la loi et paiement des droits prescrits, afin de valoir au

91. François BROCHU, « Nouvelle posologie pour la prescription acquisitive immobilière », (2003) 105 *R. du N.* 735, 746.

92. François BROCHU, « Nouvelle posologie pour la prescription acquisitive immobilière », (2003) 105 *R. du N.* 735, 745 et s.

93. Par exemple, parce que le tribunal est prêt à accorder la demande mais sur une partie seulement de l'immeuble décrit aux conclusions de la demande.

94. Voir, par exemple : *Lynes c. Robitaille*, 2012 QCCA 945.

95. Voir ci-dessus au paragraphe 3.5. Voir également ci-après au paragraphe 8.4.

96. Voir, par exemple, *De Repentigny c. Fortin (Succession de)*, 2012 QCCS 905, où le tribunal a ordonné la radiation d'une hypothèque consentie par le voisin pendant la période de possession du demandeur.

97. Voir : *Veilleux c. Tobin*, EYB 2014-235297 (C.S.).

profit du demandeur comme bon et valable titre de propriété définitif sur cet immeuble ». D'une part, il n'est pas nécessaire de mettre en cause cet officier ni de mettre une conclusion visant à lui ordonner de publier le jugement à être rendu, puisque cela fait déjà partie de ses devoirs⁹⁸. D'autre part, la mention à l'effet que le jugement rendu vaut titre au profit du demandeur⁹⁹ n'est pas nécessaire¹⁰⁰, avec respect pour l'opinion contraire. Dans ce dernier cas, cela nous apparaît comme un réflexe basé sur l'ancien article 806 C.p.c. qui prévoyait que le « jugement qui fait droit à la requête [en prescription acquisitive] vaut titre définitif à compter de son enregistrement ».

Nous retrouvons aussi régulièrement : « DISPENSER le demandeur de toute autre signification de la requête ». Il s'agit là d'un réflexe basé sur l'ancien article 805 C.p.c. qui prévoyait autrefois que la procédure devait être signifiée « de la manière prescrite par le juge, à moins que celui-ci ne dispense de toute signification ». Cette conclusion est superflue. Nous retrouvons aussi : « DISPENSER la signification du jugement à être rendu ». Cela est inutile (voir l'article 473 C.p.c.) (art. 335 NCPC).

4. LA PUBLICATION DU JUGEMENT¹⁰¹

4.1 En territoire n'ayant pas fait l'objet d'une rénovation cadastrale

La publication du jugement portant sur la totalité d'un lot, ou sur une partie d'un lot, se fait simplement par la présentation du jugement, accompagné d'un certificat de non-appel (art. 3002 C.c.Q.). La publication peut également se faire au moyen d'un sommaire auquel sont joints le jugement et le certificat de non-

98. François BROCHU, « Prescription acquisitive en 2007 », (2008) 110 *R. du N.* 225, 228.

99. Voir, par exemple, *Dupuy c. Gauthier*, 2013 QCCA 774, par. 7.

100. François BROCHU, « Prescription acquisitive en 2007 », (2008) 110 *R. du N.* 225, 229.

101. Voir la fiche juridique intitulée « Jugement sur titre » disponible sur le site du Registre foncier du Québec en ligne. Notons que depuis le 18 septembre 2014, date d'entrée en vigueur du 3^e alinéa de l'article 2982 C.c.Q. (*Loi modifiant le Code civil en matière d'état civil, de successions et de publicité des droits*, L.Q. 2013, c. 27, art. 29), les documents mentionnés ci-après doivent, en plus, être accompagnés du bordereau d'inscription prévu à cet alinéa. Notons également qu'un jugement en prescription acquisitive ne peut être publié en ligne. Il faut donc le publier sur support papier dans la circonscription foncière visée.

appel¹⁰². Nous ne voyons pas l'utilité du sommaire ici, puisque le jugement peut être publié sans nécessité d'un sommaire.

4.2 En territoire ayant fait l'objet d'une rénovation cadastrale

La publication du jugement portant sur la totalité d'un lot rénové se fait simplement par la présentation du jugement, accompagné d'un certificat de non-appel (art. 3002 C.c.Q.). La publication peut également se faire au moyen d'un sommaire auquel sont joints le jugement et le certificat de non-appel¹⁰³. Ici aussi, nous ne voyons pas l'utilité du sommaire, puisque le jugement peut être publié sans nécessité d'un sommaire.

Dans le cas d'une partie d'un lot rénové, on utilisera le sommaire (art. 2982 C.c.Q.) ou l'avis cadastral (art. 3033 C.c.Q.), selon les circonstances.

Le sommaire attesté par un notaire sera utilisé, dans le cas où l'immeuble décrit au jugement est une partie d'un lot rénové dont¹⁰⁴ le demandeur est déjà propriétaire en titre¹⁰⁵. Dans un tel cas, le sommaire énoncera, entre autres, le « Dispositif du jugement » qui, bien sûr, portera sur une partie d'un lot rénové. Toutefois, il suffira d'ajouter au sommaire une section intitulée « Désignation du bien visé pour fins de publication ». Dans cette section, on mettra à titre de désignation la totalité du lot rénové et non la partie de lot décrite au jugement. Cette façon de faire est tolérée par l'officier de la publicité foncière, car il n'a pas pour mission de vérifier la concordance entre la désignation apparaissant au jugement et celle apparaissant dans le sommaire attesté par un notaire¹⁰⁶. Certes, la désignation du sommaire ne correspond pas exactement à celle du jugement. Toutefois, le but voulu est

102. Art. 2982 et 2985 C.c.Q.

103. Art. 2982 et 2985 C.c.Q.

104. Pour éviter une ambiguïté, nous précisons que le mot « dont » se rapporte au lot rénové entier et non à la partie du lot rénové.

105. Il s'agit du cas où le jugement en prescription vise à corriger un vice dans les titres du demandeur et que la demande porte sur une partie du lot appartenant au demandeur.

106. Un avocat peut attester un sommaire. Toutefois, ici le sommaire devra être attesté par un notaire, puisque lui seul peut ajouter au sommaire une désignation qui n'apparaît pas textuellement comme telle dans le document qui fait l'objet du sommaire (voir l'article 3005, al. 1 C.c.Q.).

atteint, puisque le jugement est publié. Nous voyons mal qui pourrait se plaindre de la situation¹⁰⁷.

L'avis cadastral (accompagné du jugement et du certificat de non-appel) sera utilisé lorsque le jugement concerne un empiétement sur une partie du lot appartenant au voisin¹⁰⁸. Ici, il faudra obtenir un nouveau numéro de lot cadastral, avant de pouvoir publier le jugement¹⁰⁹. Ce nouveau numéro correspondra à la lisière qui fait l'objet du jugement. Dans un tel cas, le consentement et la signature du voisin pour l'obtention d'un nouveau numéro de lot cadastral ne sont pas nécessaires, même si le résidu de l'immeuble restant la propriété du voisin portera, lui aussi, dorénavant un nouveau numéro cadastral (art. 3043 C.c.Q.)¹¹⁰. Une fois obtenu le nouveau numéro de lot, il faudra publier le jugement au moyen d'un avis cadastral mentionnant le nouveau numéro de lot. Il est bien possible que cette première opération cadastrale doive être suivie d'une deuxième pour réunir dans un seul numéro, le nouveau lot et le lot d'à côté appartenant déjà au possesseur. En effet, la municipalité concernée doit, au préalable, approuver la première opération cadastrale. À cette occasion, elle pourrait exiger, comme condition à cette approbation, un engagement à regrouper ultérieurement, dans un seul numéro de lot, le nouveau lot avec le lot d'à côté appartenant déjà au possesseur. C'est pourquoi, une autre façon de faire serait peut-être d'obtenir un nouveau numéro de lot regroupant immédiatement à la fois la lisière qui a fait l'objet du jugement et l'immeuble contigu appartenant déjà au possesseur (art. 3054(2) C.c.Q.)¹¹¹. Dans un tel cas, l'avis cadastral indiquera que le jugement porte sur telle partie de lot qui est maintenant connue comme étant le lot un tel et que la publication est requise sur ce dernier lot.

107. Imaginons que le demandeur est propriétaire du lot 1000. Nous sommes d'avis qu'il serait abusif d'exiger : dans un premier temps, qu'il fasse recadastrer son lot (le lot 1000) en deux, l'un (disons le lot 1001) correspondant à la partie décrite au jugement et l'autre (disons le lot 1002) correspondant au résidu de son lot ; dans un deuxième temps, qu'il publie le jugement sur le nouveau lot 1001 ; puis, dans un troisième temps, qu'il fasse une nouvelle opération cadastrale pour réunir les lots 1001 et 1002 dans un seul numéro (disons le lot 1003).

108. Le sommaire attesté par un notaire pourrait également être utilisé.

109. Art. 3054(1) C.c.Q.

110. Voir toutefois aux paragraphes 3.5 et 8.4 au sujet de l'article 3044 C.c.Q., en présence d'une hypothèque ou d'une déclaration de résidence familiale publiée chez le voisin.

111. Le deuxième alinéa de l'article 3054 C.c.Q. semble ouvrir la porte à une telle opération cadastrale.

4.3 Les droits de mutation

La *Loi concernant les droits sur les mutations immobilières* (RLRQ, c. D-15.1) prévoit l'imposition d'une somme d'argent payable à la municipalité, lors d'un transfert du droit de propriété¹¹². Pour assurer la mise en application de la loi, celle-ci oblige à ce que la réquisition d'inscription au registre foncier contienne certaines mentions (art. 9). À défaut de contenir les mentions requises, l'officier de la publicité des droits doit refuser d'inscrire le transfert (art. 9.2). À cet égard, l'acquéreur en prescription acquisitive n'est pas tenu de fournir les mentions exigées. En tout cas c'est la pratique actuelle. Nous sommes portés à croire que l'officier de la publicité des droits et que les municipalités considèrent qu'un jugement en prescription n'est pas translatif mais déclaratif¹¹³. C'est pourquoi il est possible de publier directement le jugement¹¹⁴, sans le faire au moyen d'un sommaire qui contiendrait les mentions exigées par cette loi¹¹⁵. Et, même si un sommaire est utilisé¹¹⁶, il ne sera pas nécessaire de mettre ces mentions.

DEUXIÈME PARTIE : INFORMATIONS ADDITIONNELLES

5. LES CARACTÉRISTIQUES DU JUGEMENT EN PRESCRIPTION ACQUISITIVE

5.1 L'autorité de la chose jugée

Pour certains, le jugement en prescription acquisitive confère, après le délai d'appel, un titre parfait sur lequel peuvent s'appuyer les acquéreurs subséquents et ce, même si le jugement a

112. Précisons qu'un acte déclaratif n'est pas visé par cette loi.

113. Voilà un motif pour inciter le possesseur à demander un jugement déclaratif plutôt qu'un jugement attributif. C'est que l'attribution par le tribunal est translatif, ce qui n'est pas le cas avec un jugement déclaratif. Si la controverse (voir ci-après au paragraphe 5.2) devait se conclure en faveur des tenants du caractère attributif, la pratique actuelle de l'officier de la publicité des droits et des municipalités pourrait bien changer.

114. Lot complet (en territoire rénové ou non rénové) et partie de lot (en territoire non rénové).

115. Voir l'article 3005, al. 2 C.c.Q. qui permet d'ajouter au sommaire les déclarations prévues dans cette loi, lorsque ces déclarations n'apparaissent pas dans le document qui fait l'objet du sommaire.

116. Lorsque le jugement porte sur une partie d'un lot rénové.

été rendu par défaut. Ils invoquent l'arrêt *Roberge c. Bolduc*¹¹⁷, lequel traite du principe de l'autorité de la chose jugée qui empêche de questionner la validité d'un jugement, même si le jugement n'aurait pas dû être rendu ou qu'il est entaché d'erreurs. Ainsi, pour eux, nul besoin d'examiner la chaîne des titres au-delà du jugement. Ils ajoutent que l'article 1707 C.c.Q. protège également le sous-acquéreur à titre onéreux de bonne foi.

En matière contentieuse, le jugement, même rendu par défaut, acquiert l'autorité de la chose jugée. Toutefois, ce n'est pas le cas en matière non contentieuse ou en matière similaire (telle une demande en prescription acquisitive) où le jugement rendu par défaut n'acquiert pas l'autorité de la chose jugée¹¹⁸. Ainsi, il

117. EYB 1991-67727 (C.S.C.). Cet arrêt est mieux connu sous le nom de « l'affaire *Dorion* ».

118. Voir *Lessard c. Vachon*, 2013 QCCA 207, qui rappelle que la demande en prescription acquisitive relève de la juridiction gracieuse. Soulignons qu'actuellement la demande en prescription acquisitive (art. 805 C.p.c.) est formée selon les règles de la procédure ordinaire. Toutefois le NCPC indique que cette demande sera traitée suivant la procédure non contentieuse (art. 303(9) NCPC). En ce qui concerne l'autorité de la chose jugée à l'égard d'un jugement en prescription acquisitive, le NCPC change la donne. Un tel jugement aura dorénavant l'autorité de la chose jugée (art. 322, al. 2 NCPC) (on doit comprendre que même un jugement rendu par défaut aura l'autorité de la chose jugée). Toutefois, cela ne vaudra que pour les jugements rendus après l'entrée en vigueur du NCPC. Certes, le NCPC est d'application immédiate dès son entrée en vigueur (*Loi instituant le nouveau Code de procédure civile*, L.Q. 2014, c. 1, art. 833). Toutefois, à notre avis, ce serait donner un effet rétroactif (donc au-delà de la simple application immédiate de la loi nouvelle) que d'appliquer l'article 322, alinéa 2 NCPC aux jugements rendus antérieurement à cette entrée en vigueur*. C'est pourquoi pendant des années encore on sera confronté à des anciens jugements rendus par défaut, n'ayant donc pas l'autorité de la chose jugée. Pour les nouveaux jugements, même s'ils acquièrent l'autorité de la chose jugée, celle-ci n'existe qu'entre les mêmes parties.

* Nous arrivons à cette conclusion, en procédant par analogie avec la L.A.R.C.C., en particulier avec les articles 3 (disposition générale prévoyant l'application immédiate du nouveau Code civil) et 141 (disposition particulière au sujet des présomptions légales), et en nous inspirant des propos de Pierre-André CÔTÉ et Daniel JUTRAS, *Le droit transitoire – Sources annotées*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, feuilles mobiles, (février 2014), aux paragraphes 2.270 et s. Voici notre raisonnement. L'autorité de la chose jugée touche plus au fond, à la substance du droit, qu'à la procédure. En fait, elle fait partie des présomptions légales en matière de preuve (art. 2848 et 2849 C.c.Q.). Suivant l'article 141 L.A.R.C.C., une présomption légale introduite par le nouveau Code civil ne peut être invoquée par rapport à des faits qui se sont entièrement produits avant la loi nouvelle. Certes, le NCPC ne contient pas une disposition semblable à l'article 141 L.A.R.C.C. Toutefois, considérant que l'autorité de la chose jugée relève, en fin de compte, du Code civil, même si l'article 322, alinéa 2 apparaît dans un code de procédure, il y aurait peut-être lieu d'appliquer l'article 141 de la L.A.R.C.C. à titre supplétif. Quoi qu'il en soit, l'absence d'une disposition semblable à l'article 141 dans le NCPC n'est pas décisif. En effet, l'article 141 n'est pas un cas de survie de la loi ancienne mais une simple application du principe

est difficile de prétendre au titre parfait, lorsque le jugement en prescription acquisitive a été rendu par défaut. En outre et surtout, il faut se rappeler que l'autorité de la chose jugée n'existe qu'entre les « mêmes parties » (art. 2848 C.c.Q.)¹¹⁹. Aussi faut-il que la personne concernée par un problème de titre ait été partie à la procédure en acquisition du droit de propriété. Comment savoir que c'est bien le cas, en l'absence d'un examen des titres pour la période antérieure au jugement¹²⁰. Dans l'arrêt *Roberge*, il s'agissait d'une procédure rendue par défaut, mais dans une matière contentieuse, et dont la personne intéressée y apparaissait comme défenderesse. Aussi, nous considérons que l'arrêt *Roberge* ne permet pas de soutenir qu'il est inutile d'examiner les titres au-delà du jugement en prescription, si on veut s'assurer que le jugement a été rendu contre la bonne personne.

Ainsi, il appert qu'un jugement en prescription acquisitive est susceptible d'être rétracté¹²¹, à la demande d'une partie au jugement (surtout lorsque rendu par défaut) ou par un tiers concerné par le jugement et qui n'y est pas partie. La rétractation entraînera la restitution de l'immeuble qui est encore en possession du bénéficiaire du jugement (art. 1699 et s. C.c.Q.). Mais qu'en est-il si, entre-temps, ce dernier a transféré l'immeuble à un tiers ? Si le jugement en prescription acquisitive devait être annulé ou faire l'objet d'une rétractation, un tiers acquéreur

de l'effet strictement prospectif de l'article 3 L.A.R.C.C., en regard d'une situation précise. Autrement dit, il s'agit là d'une application normale de l'effet prospectif en regard de cette situation spécifique. Par conséquent, même en l'absence de l'article 141, l'article 3, à lui seul (c.-à-d. en l'absence d'une disposition prévoyant la rétroactivité en matière de présomption légale), ne permettrait pas de faire valoir une présomption légale nouvellement créée en regard d'une situation juridique qui s'est produite entièrement avant l'entrée en vigueur du nouveau Code civil. Ici, le jugement en prescription nous semble correspondre à une situation juridique entièrement produite avant le NCPC. C'est pourquoi, nous estimons que l'article 833 précité (qui est semblable à l'article 3 L.A.R.C.C.) ne permet pas, à lui seul, d'invoquer l'autorité de la chose jugée en regard d'un jugement en prescription acquisitive rendu par défaut avant l'entrée en vigueur du NCPC.

119. Notons que l'expression « mêmes parties » comprend les ayants cause (ayants cause universel, à titre universel ou à titre particulier) des parties. En effet, il s'agit d'identité juridique et non d'identité physique (voir l'arrêt *Roberge*).
120. Précisons, toutefois, que l'examineur de titre n'a pas à examiner les titres des voisins contigus qui ont été mis en cause dans le jugement, pour s'assurer qu'il s'agit bien des bons voisins et de tous les voisins contigus (Sylvie DROUIN, Nos tribunaux en ont récemment décidé ainsi !, EYB2012CBL55).
121. Pour être plus précis, un jugement de juridiction gracieuse peut être attaqué par la rétractation mais aussi par action directe en annulation du jugement (*Cossette c. Germain*, [1982] 1 R.C.S. 803).

ne sera protégé contre une demande en restitution que s'il est de bonne foi (art. 1707 C.c.Q.). S'il est de mauvaise foi, il devra alors se rabattre sur la prescription acquisitive, c.-à-d. invoquer la prescription acquisitive contre celui à qui est due la restitution¹²². Le principe général est à l'effet que, pour être de bonne foi, les informations disponibles au bureau de la publicité des droits ne doivent pas permettre de découvrir un vice dans les titres¹²³.

Le vice dans un document peut apparaître à la seule vue du document lui-même ou peut apparaître lorsque le document est mis en perspective avec une autre information disponible au bureau de la publicité des droits. Comme exemple du premier cas, mentionnons la donation d'un immeuble par acte sous seing privé (art. 1824 C.c.Q.). Et, pour le deuxième cas, donnons l'exemple suivant. Imaginons une vente qui semble, à sa seule lecture, tout à fait régulière. Or, l'examen du titre du vendeur montre que celui-ci avait plutôt acquis à titre de mandataire. Les informations apparaissant au bureau de la publicité font apparaître un vice, rendant les acquéreurs subséquents de mauvaise foi. Il nous semble incorrect de prétendre à la bonne foi, sous prétexte que la vente prise isolément ne permet pas de faire apparaître un vice de titre ou qu'aucun avis n'apparaît au bureau de la publicité des droits faisant état que le mandant a institué une procédure en annulation de la vente. Nous pensons qu'en regard de la bonne foi, il n'y a pas lieu de traiter différemment le jugement en prescription. Une mise en perspective avec les autres informations disponibles au bureau de la publicité des droits s'impose. Si cette mise en perspective montre un cas évident de rétractation possible, alors le jugement doit être considéré comme un titre vicié.

La rétractation peut être demandée par une partie impliquée dans la procédure (art. 482 et 483 C.p.c.) ; elle peut aussi être demandée par un tiers qui n'a pas été impliqué (art. 489 C.p.c.). Dans le premier cas, en principe l'examen des titres ne fera voir aucun motif de rétractation que pourrait soulever le défendeur ou un mis en cause (voir les motifs de rétractation mentionnés aux articles 482 et 483 C.p.c.). C'est pourquoi, si l'examen des titres

122. Voir, par analogie, ci-après au paragraphe 8.7 (à propos des actes susceptibles d'être résolus), sur la possibilité pour l'acquéreur de mauvaise foi d'invoquer la prescription acquisitive.

123. Vincent KARIM, *Les obligations*, vol. 1, 3^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2009, p. 1278-1279.

antérieurs au jugement fait apparaître un vice et que la personne concernée par ce vice a été impliquée comme défenderesse (ou mise en cause), le tiers acquéreur subséquent sera de bonne foi, même si le jugement a été rendu par défaut¹²⁴. C'est que, dans un tel cas, rien au bureau de la publicité des droits ne permet de déceler une cause de rétractation du jugement. Autrement dit, si la personne qui devait être impliquée a été impliquée, l'examen des titres ne permettra pas de faire apparaître un motif justifiant la mise de côté du jugement. Toutefois, dans le deuxième cas, l'examen des titres fera ressortir qu'à sa face même le jugement est susceptible d'être rétracté en l'absence de la personne qui aurait dû être impliquée (voir l'article 489 C.p.c.). Un futur acquéreur serait, à notre avis, en droit d'exiger que soit reprise la preuve de possession face à ce tiers.

Soyons clairs. Il ne s'agit pas ici de questionner le bien-fondé des motifs du jugement et de ses conclusions. Il s'agit de s'assurer que les informations disponibles au bureau de la publicité des droits ne font pas apparaître l'existence possible, non pas simplement hypothétique mais concrète et bien réelle, d'une rétractation. Pour faire simple, disons que le tiers acquéreur peut s'en remettre au jugement en prescription acquisitive du possesseur, pourvu que rien au bureau de la publicité des droits ne permette de savoir : 1) que le jugement fait l'objet d'une demande en annulation ou en rétractation¹²⁵ ; 2) qu'une personne dont les intérêts sont touchés par le jugement n'a pas été appelée dans l'instance conduisant au jugement. À l'égard de ce deuxième point, l'examen des titres antérieurs au jugement permettra de savoir si toutes les personnes concernées ont été appelées¹²⁶. Il suffit de constater

124. Par analogie avec *Construction Citral ltée c. Thersidis*, REJB 1997-02249 (C.A.).

125. *Ibid.*

126. Ajoutons quelques précisions. Si lors d'un examen des titres on découvre un problème de titre antérieur au jugement, alors il faut que la personne qui pourrait soulever le problème ait été impliquée comme défenderesse (ou, comme mise en cause). Et, si lors de cet examen on découvre disons deux problèmes de titres antérieurs au jugement et visant deux personnes distinctes, alors il faut que ces deux personnes apparaissent comme défenderesses à l'action. Autrement, le problème demeurera entier face à la personne qui n'a pas été impliquée dans la procédure, car le jugement obtenu ne lui sera pas opposable. Dans un tel cas, suite à l'examen des titres, le futur acquéreur sera à même de constater un motif de rétractation. Par ailleurs, nous visons un problème survenu durant la période normalement couverte, eu égard aux circonstances, pour un examen des titres. Prenons l'hypothèse où les circonstances justifient un examen des titres remontant jusqu'au premier titre de propriété daté d'avant 1964. Et, par hypothèse, ce premier titre est daté de 1962. L'examineur de titres, qui déciderait d'aller plus loin et de faire remonter ses recherches, par exemple, jusqu'en 1950, année où l'on retrouve un titre vicié, ne serait pas justifié, à notre avis, d'exiger

que ces personnes apparaissent comme défenderesses ou mises en cause dans le jugement¹²⁷. Sinon, un motif de rétractation est visible au bureau de la publicité des droits, rendant ainsi le tiers de mauvaise foi.

Pour conclure, l'article 489 C.p.c. ne prévoit pas de délai pour la demande en rétractation présentée par un tiers. Les tribunaux ont établi que cette demande devait être intentée dans un délai raisonnable depuis la connaissance du jugement ou de la découverte des faits qui constate l'atteinte aux droits. Certes, en présence d'un jugement ayant été rendu plusieurs années auparavant, on pourrait penser qu'il est difficile, voire impossible, d'invoquer l'absence de connaissance. Il demeure que l'on retrouve ici et là des jugements rétractant un jugement rendu plusieurs années auparavant¹²⁸. Mentionnons que le NCPC impose un délai, soit six mois de la *connaissance* du jugement (art. 349, al. 2 NCPC). À cet égard, en fin de compte cela reprend le droit actuel, puisque le délai court à compter de la connaissance du jugement, sauf que le délai raisonnable laissé à l'appréciation du tribunal est remplacé par un délai fixé par le législateur.

5.2 Le jugement rendu est-il déclaratif ou attributif ?

La doctrine et la jurisprudence sont divisées sur les caractéristiques du jugement rendu en matière de prescription acquisitive¹²⁹. Pour les uns, le jugement rendu est déclaratif et rétroactif au début de la possession. Pour les autres, le jugement est attributif (translatif) et non rétroactif¹³⁰.

l'obtention d'un nouveau jugement en prescription acquisitive rendu à l'encontre des personnes concernées par l'acte de 1950.

127. On considère parfois qu'une personne n'a pas été appelée (voir l'article 489 C.p.c.), si elle n'est pas une partie formelle à l'action (défenderesse ou mis en cause), même si elle a reçu signification de la procédure (*Chabot c. Labrecque*, EYB 1988-59635 (C.A.), par. 17 à 19).
128. Voir, exemple, *Pépin-Longpré c. Styan-Noble*, REJB 2004-54807 (C.S.), où 22 ans se sont écoulés avant la demande en rétractation. Voir aussi Édith LAMBERT, Commentaires sur l'article 2922 C.c.Q., EYB2013DCQ1522, par. 2922 560.
129. Sur cette question, voir, entre autres : *De Repentigny c. Fortin (Succession de)*, 2012 QCCS 905 ; Édith LAMBERT, Commentaires sur l'article 2918 C.c.Q., EYB2013DCQ1518, par. 2918 605.
130. Une troisième position est à l'effet que le jugement est attributif mais néanmoins rétroactif. Ceci étant, en pratique, le possesseur aura généralement intérêt à pencher du côté déclaratif et rétroactif. Par exemple, en cas d'empiètement chez le voisin, en soutenant la rétroactivité le possesseur pourrait demander la radiation d'une hypothèque consentie par le voisin, pendant la possession, sur la parcelle acquise par prescription (*De Repentigny c. Fortin (Succession de)*, 2012

Sans s'être prononcée formellement sur la question, la Cour d'appel semble avoir un penchant pour le côté déclaratif. Il est largement admis que, sous le C.c.B.C., le jugement rendu était déclaratif et non attributif. Ainsi, on déclarait le possesseur propriétaire de l'immeuble au lieu de lui attribuer la propriété de l'immeuble. En regard du nouveau Code, la tendance actuelle de la Cour d'appel est encore de déclarer le possesseur propriétaire plutôt que de lui attribuer la propriété de l'immeuble¹³¹. En outre, autrefois on qualifiait la procédure comme en étant une de « reconnaissance judiciaire ». À cet égard, la Cour d'appel n'hésite pas à parler de « reconnaissance » ou de « reconnaissance judiciaire », au sujet des procédures visant une prescription acquise sous l'emprise du nouveau Code civil¹³². Ceci étant, il faut toutefois préciser que, à notre connaissance, cette cour n'a pas encore eu à se prononcer spécifiquement sur le caractère du jugement rendu. Aussi, jusqu'à confirmation officielle ou infirmation par ce tribunal, il faut voir là simplement des indices.

Par ailleurs, bien que la formulation de l'article 2918 C.c.Q. ait changé entre 1994 et aujourd'hui, ce changement n'affecte pas certains commentaires du ministre de la Justice. Or, en rapport avec cet article, relativement à une prescription acquise sous l'emprise du nouveau Code, il écrivait : [...] une possession à titre de propriétaire, pendant dix ans, justifie l'acquisition du droit de propriété, mais celle-ci devra, alors, faire l'objet d'une reconnaissance judiciaire [...] pour qu'une possession à titre de propriétaire, pendant dix ans, puisse justifier une demande en reconnaissance judiciaire du droit de propriété [...] (nos soulignés)¹³³. On peut aussi référer à l'article 3002 C.c.Q. qui s'applique autant pour les jugements en prescription accomplie avant 1994 que pour les jugements en prescription accomplie depuis 1994. Or, cet article ne parle que du jugement qui prononce la « reconnaissance du droit de propriété dans un immeuble » (notre souligné). Ainsi, il

QCCS 905) (voir ci-après au paragraphe 8.4). Pour une autre raison, voir ci-dessus au paragraphe 4.3.

131. Voir, par exemple : *Dupuy c. Gauthier*, 2013 QCCA 774 ; *Sylviculture et exploitation JMJ inc. c. Mayer Hill*, 2012 QCCA 1377. Ajoutons que dans *Dion c. Ouellet-Latulippe*, 2008 QCCA 1812, le tribunal a indiqué que le jugement en prescription acquisitive est déclaratoire (il s'agissait d'une prescription acquise en 1996, donc soumise au nouveau Code civil).

132. Voir, par exemple : *Gignac c. Marcotte*, 2010 QCCA 821, par. 30 ; *Beaulieu c. Sinotte*, EYB 2011-196160 (C.A.), par. 20 ; *Lynes c. Robitaille*, 2012 QCCA 945, par. 6.

133. Ministère de la Justice, *Commentaires du ministre de la Justice – Le Code civil du Québec*, t. 2, Québec, Les Publications du Québec, 1993.

appert que le ministre et le Code font eux aussi appel à la notion de reconnaissance du droit de propriété. En fin de compte, peut-être qu'il y n'a pas de différence fondamentale par rapport à l'ancien régime, hormis la nécessité d'obtenir un jugement.

Quoi qu'il en soit, il faut rappeler que la forme la plus courante d'activités judiciaires est composée de jugements constatant l'existence d'un droit préexistant plutôt que constitutif d'un droit. Et, quand on examine ce qui différencie l'un et l'autre de ces jugements¹³⁴, on doit admettre que le jugement en prescription acquisitive a davantage les caractéristiques d'un jugement déclaratif que celles du jugement attributif.

Quant à la rétroactivité, elle découlerait à la fois des effets généralement reconnus aux jugements déclaratifs et à la fois des effets spécialement reconnus aux jugements en prescription acquisitive. À l'égard de ces derniers, disons que les modifications subséquentes¹³⁵ apportées au Code civil tel qu'adopté en 1991 (L.Q. 1991, c. 64) ont, semble-t-il, rétabli le rôle d'antan de la prescription acquisitive¹³⁶. Or, autrefois, on considérait que la prescription, une fois accomplie, rétroagissait au début de la possession¹³⁷.

En outre, la prescription acquisitive est utilisée pour pallier à l'absence de titre lors d'un empiètement, en procurant un titre au possesseur. Mais elle sert également, et même plus souvent à notre connaissance, à accorder une certitude au *titre existant* en corrigeant l'erreur qui l'entache¹³⁸ ou en neutralisant en quelque sorte le vice qui l'affecte. Si, à la rigueur, lors d'un empiètement on pourrait s'accommoder d'un jugement attributif, à notre avis, il en va autrement lorsque le jugement en prescription acquisitive

134. Pour la distinction entre le jugement déclaratif et le jugement attributif, voir : Viel c. *Entreprises immobilières du Terroir ltée*, REJB 2002-31662 (C.A.), par. 48.

135. Voir : *Loi modifiant le code civil et d'autres dispositions législatives relativement à la publicité foncière*, L.Q. 2000, c. 42.

136. Pour le changement de rôle de la prescription acquisitive depuis la version initiale du Code civil en 1994 jusqu'aux modifications survenues en 2000-2001, voir François BROCHU, « Nouvelle posologie pour la prescription acquisitive immobilière », (2003) 105 *R. du N.* 735.

137. Voir : *Landry c. Boudreau*, [1976] C.S. 954 ; Pierre-Claude LAFOND, *Droit des biens*, Montréal, Édition Thémis, 1991, p. 678 ; *Contra* : François FRENETTE, « Prescription acquisitive et rétroactivité », (1985-1986) 86 *R. du N.* 367-378.

138. Pierre-Claude LAFOND, *Précis de droit des biens*, 2^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2007, n° 2487, p. 1074. Voir ci-après au paragraphe 8.7.

vient pallier à un vice dans un titre existant. Dans ce dernier cas, tant qu'une annulation n'est pas prononcée, l'acquéreur est propriétaire en vertu d'un titre (art. 1422 C.c.Q.), de même que le sous-acquéreur qui détient les droits de cet acquéreur. Si l'un ou l'autre choisit de corriger le problème au moyen d'un jugement en prescription acquisitive, le jugement ne va pas réellement transférer un droit de propriété vers le possesseur. En effet, ce dernier est déjà propriétaire, même si un titre de la chaîne des titres souffre d'un vice. Dans ce contexte, il nous apparaît plus approprié que le tribunal déclare le demandeur propriétaire de l'immeuble plutôt que de lui attribuer (donc lui transférer) la propriété d'un immeuble qui lui appartient déjà¹³⁹. On constate qu'il serait difficile d'attribuer la propriété, dans le cadre de certaines demandes en prescription acquisitive. Par contre, il semble possible de toujours déclarer le demandeur propriétaire par prescription acquisitive. Si on veut une certaine uniformité, la déclaration judiciaire devrait s'imposer face à l'attribution judiciaire.

Ceci étant, en tenant pour acquis que le jugement est déclaratif, il est sage que le législateur requiert l'obtention d'un jugement (art. 2918 C.c.Q.), au lieu de faire jouer automatiquement la prescription comme autrefois¹⁴⁰. Tout d'abord, une preuve de possession utile doit être soumise au tribunal. Ensuite, les intéressés ont l'occasion de faire valoir au juge leur désaccord, le cas échéant. Ces deux aspects sont de nature à rassurer davantage qu'une prescription qui aurait joué automatiquement, sans contrôle judiciaire. Enfin, cela permet au promettant-acquéreur d'exiger du possesseur-vendeur l'obtention du jugement, si ce n'est pas déjà

139. La même conclusion s'impose en présence d'une erreur dans le titre, par exemple une désignation imprécise ou erronée de l'immeuble, que la prescription acquisitive permet de corriger. Le possesseur est déjà propriétaire de l'immeuble, sauf que son titre ou un titre antérieur donne une désignation imprécise ou erronée de cet immeuble. Le jugement sert surtout à donner au possesseur un titre pour fins de publication au registre foncier et d'opposabilité face aux tiers, plutôt qu'à lui transférer un droit de propriété qu'il n'avait pas avant le jugement. En presumant que les parties se soient entendues sur l'objet (l'immeuble), la vente a transféré à l'acquéreur le droit de propriété de l'immeuble. Le fait que la désignation de l'immeuble soit imprécise ou erronée n'a pas empêché le transfert de propriété. Certes, la vente pourrait ne pas être publiable ou opposable aux tiers, en raison des règles sur la publicité foncière. Ou encore, ne pas satisfaire le notaire de l'acheteur actuel qui exigera un jugement en prescription acquisitive avant de faire la vente. Il demeure que le jugement rendu devrait préféablement déclarer le possesseur propriétaire de l'immeuble (immeuble désigné correctement cette fois là) plutôt que lui en attribuer la propriété.

140. Une prescription entièrement acquise avant 1994 a joué automatiquement, une fois le délai accompli, sans nécessité d'obtenir un jugement (*Dessureault c. Brien*, REJB 2003-43060 (C.A.)).

fait. En effet, si, comme autrefois, la prescription jouait automatiquement, sans nécessité d'un jugement, alors le possesseur-vendeur pourrait refuser d'obtenir un jugement. C'est que la prescription ayant joué automatiquement, le promettant-acquéreur ne saurait invoquer une situation irrégulière qu'il appartiendrait au possesseur-vendeur de régulariser. Bref, en fin de compte la sécurité des titres s'en trouve améliorée, d'une part, et les tiers qui transigent avec celui qui a acquis par prescription sont mieux protégés qu'autrefois, d'autre part¹⁴¹.

6. LA JONCTION ET LA CONTINUATION DE LA POSSESSION DE L'AUTEUR

L'ayant cause à titre particulier peut joindre à sa possession celle de son auteur, si cela est nécessaire pour cumuler dix années (art. 2912 al. 1 C.c.Q.), pourvu que l'auteur ait eu une possession utile à la prescription. Autrement, il devra avoir possédé lui-même pendant dix ans. En fait, voici les différentes alternatives ouvertes à l'ayant cause à titre particulier¹⁴² : il joindra sa possession à celle de son auteur ou refusera de le faire, selon que son intérêt le lui commande ; il n'opposera que sa propre possession, s'il a une possession utile depuis dix ans et que son auteur était un détenteur précaire ou avait une possession viciée ; il joindra les deux possessions, si son auteur exerçait une possession utile à la prescription et que cela est nécessaire pour cumuler dix ans de possession utile ; enfin, il n'invoquera que la possession décennale de son auteur, si sa propre possession est viciée ou si le propriétaire en titre a mis fin à la possession de l'auteur (ex-possesseur)

141. Denis VINCELETTE, *En possession du Code civil du Québec*, n° 515, Montréal, Wilson & Lafleur, 2004, p. 209.

142. *McLaughlin c. Wiebe*, 2007 QCCS 4181, par. 90 (appel rejeté sur requête, C.A. Montréal, n° 500-09-018064-071, 10 mars 2008) ; *Dicaire c. Legault-Giroux*, 2010 QCCS 2233 ; *Madou c. Cayer*, 2011 QCCS 4274 (appel rejeté : *Cayer c. Madou*, 2013 QCCA 1006) ; *Breton c. Lamonde*, EYB 1988-62913 (C.A.) au sujet de l'ancien article 2200 C.c.B.C. (aujourd'hui l'article 2912 C.c.Q.). *Contra* : *Therrien c. Québec (Ministre du Revenu)*, 2013 QCCS 2607, où le tribunal a indiqué que les principes élaborés dans l'arrêt *Breton* n'étaient plus applicables, vu qu'aujourd'hui la prescription acquisitive n'opère plus de plein droit et qu'il faut dorénavant s'adresser au tribunal (par. 16 et 17 du jugement). Nous ne voyons pas en quoi l'obligation maintenant faite de s'adresser au tribunal change l'interprétation à donner à l'article 2912 C.c.Q. par rapport à l'ancien article 2200 C.c.B.C.

avant que ce dernier ne transfère ses droits à l'ayant cause à titre particulier¹⁴³.

Quant à l'ayant cause universel, à première vue, on serait porté à croire, si l'auteur avait une possession viciée, qu'alors il aurait lui-même automatiquement une possession viciée. En effet, l'article 2912, al. 2 C.c.Q. mentionne que l'ayant cause universel *continue* la possession de son auteur. Toutefois, en raison du deuxième alinéa de l'article 926 C.c.Q.¹⁴⁴, la position majoritaire est que l'ayant cause universel a sa propre possession. Ainsi, il pourra acquérir par prescription, sans souffrir des vices de son auteur. Évidemment, on comprend qu'il devra posséder lui-même pendant dix ans, car il ne pourra cumuler le temps de possession viciée de son auteur.

Par ailleurs, il faut distinguer la précarité (c.-à-d. la détention pour le compte d'autrui ou avec reconnaissance d'un domaine supérieur)¹⁴⁵ de la possession viciée (c.-à-d. une possession non paisible, ou non publique, etc.)¹⁴⁶. Nous venons de le voir, ni l'ayant cause à titre particulier ni l'ayant cause universel ne souffrent des vices de possession de leur auteur. Qu'en est-il lorsque l'auteur était un détenteur précaire ? Le Code est silencieux sur la question. Or, l'ancien article 2204 C.c.B.C. empêchait justement l'ayant cause universel du détenteur précaire de prescrire. Toutefois, cette disposition n'a pas été reprise dans le Code civil. Vu cela, pour notre part, nous serions tentés d'appliquer, par analogie, le deuxième alinéa de l'article 926 C.c.Q. Ainsi, l'ayant cause universel ou à titre particulier ne souffriraient pas de la précarité de leur auteur. Ceci étant, plusieurs refusent à l'ayant cause universel le droit de prescrire, s'il était au courant que son auteur était un détenteur précaire¹⁴⁷.

143. Voir ci-après au paragraphe 8.3, pour le cas où le voisin a mis fin à l'empiétement sur son terrain avant l'institution de l'action.

144. Cet art. indique que les ayants cause, à quelque titre que ce soit, ne souffrent pas des vices dans la possession de leur auteur.

145. Art. 923 C.c.Q.

146. Art. 922 C.c.Q.

147. Voir : Pierre-Claude LAFOND, *Précis du droit des biens*, 2^e éd., n° 636, Montréal, Éditions Thémis, 2007, p. 244 ; Denys-Claude LAMONTAGNE, *Biens et propriété*, 7^e éd., n° 694, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2013, p. 477-478 ; Denis VINCELETTE, *En possession du Code civil du Québec*, n°s 152 et s., Montréal, Wilson & Lafleur, 2004, p. 61.

7. INTERRUPTION, RENONCIATION ET SUSPENSION DE LA PRESCRIPTION¹⁴⁸

7.1 L'interruption de la prescription en cours d'accomplissement

La prescription non encore accomplie est susceptible d'interruption naturelle¹⁴⁹ ou civile (art. 2889 C.c.Q.), faisant repartir un nouveau délai de dix ans (art. 2903 C.c.Q.). Il y aurait donc lieu de vérifier, au préalable, s'il y a eu interruption.

L'interruption civile résulte, entre autres, d'une demande en justice (art. 2892 C.c.Q.)¹⁵⁰. Elle résulte également de la reconnaissance du droit d'autrui par le possesseur ou d'une renonciation au bénéfice du temps écoulé (art. 2898 C.c.Q.). À titre d'exemples de reconnaissance du droit d'autrui : la signature d'un plan cadastral par le possesseur et le voisin, où la parcelle litigieuse est incluse dans le lot du voisin¹⁵¹ ; selon les circonstances, l'offre du possesseur faite au voisin d'acquérir la parcelle litigieuse, lorsqu'elle est faite sans aucune réserve en rapport avec cette offre¹⁵² ; signature sans réserve d'un procès-verbal de bornage dans lequel les parties acceptent la ligne tracée comme limite commune, permanente et irrévocable¹⁵³ ; une lettre du procureur du possesseur envoyée antérieurement au voisin lui disant que le possesseur n'est pas propriétaire de la lisière litigieuse mais que c'est quelqu'un d'autre¹⁵⁴. En principe, après l'interruption il y a un nouveau départ pour le délai (art. 2903 C.c.Q.). Toutefois, si l'interruption résulte de la reconnaissance du droit d'autrui, il devra y

148. Le présent texte ne fait pas une analyse exhaustive du sujet. Au besoin, il faudra donc s'en remettre aux ouvrages mentionnés au début sous la note 2 ou consulter les ouvrages traitant spécifiquement de ces questions.

149. Pour un exemple d'interruption naturelle, voir ci-après au paragraphe 8.3.

150. Une simple mise en demeure ne respecte pas l'article 2892 C.c.Q. et n'interrompt donc pas la prescription (*Jasmin c. Lessard*, 2012 QCCA 193).

151. *Lemieux c. Lemieux*, 2011 QCCS 6212, par. 33 à 35.

152. Même si l'offre est faite sans réserve, à notre avis si l'offrant peut démontrer que l'offre a été faite simplement pour acheter la paix face à un voisin prêt à partir en guerre ou encore simplement pour garder un bon voisinage, on ne devrait pas y voir une reconnaissance du droit d'autrui. Souvent l'offre intervient avant que le possesseur ne consulte un juriste. Le possesseur non-initié ne pensera pas à faire une réserve formelle avec son offre, même si c'est ce qu'il a en tête.

153. *Morin c. Ferme Rolantino inc.*, 2012 QCCA 854. Si l'un des propriétaires entend ne pas renoncer à la prescription, mieux vaudrait le faire préciser dans le procès-verbal avant de le signer.

154. *Morin c. Ferme Rolantino inc.*, 2012 QCCA 854.

avoir une preuve d'interversion de titre subséquente à la reconnaissance du droit d'autrui (art. 923 C.c.Q.)¹⁵⁵.

Par ailleurs, que penser des actes de transfert de propriété survenus durant la possession et dans lesquels l'empiétement est déclaré ? En effet, le vendeur voudra sans doute se protéger en déclarant l'empiétement (chez le voisin) à l'acquéreur dans l'acte de transfert. Idéalement, le rédacteur de l'acte aura pensé à préciser que cette déclaration ne constitue aucunement une renonciation au bénéfice du temps écoulé ou une reconnaissance du droit d'autrui. Qu'en est-il toutefois si une telle précision n'apparaît pas dans l'acte ? Même si toutes deux interrompent la prescription, la reconnaissance du droit d'autrui se distingue de la renonciation au bénéfice du temps écoulé, en ce que la première porte sur le droit de propriété, alors que la deuxième porte plutôt sur le délai de prescription¹⁵⁶. Considérant cette distinction, il nous semble que, si la mention de l'empiétement pouvait interrompre la prescription, c'est sous l'angle de la reconnaissance du droit d'autrui qu'il faudrait analyser la question¹⁵⁷.

Il faut distinguer entre la connaissance du droit d'autrui et la reconnaissance du droit d'autrui. Seule la reconnaissance du droit d'autrui interrompt la prescription. En effet, la connaissance de l'empiétement rend l'acquéreur de mauvaise foi (art. 932 C.c.Q.)¹⁵⁸. Toutefois, cela n'est pas en soi une cause d'interruption du temps de prescription accumulé jusque là par le vendeur-possesseur. En effet, comme nous le verrons ultérieurement, la mauvaise foi n'est pas un obstacle à la possession. Ceci étant, on peut se demander quelle attitude doit adopter le possesseur au courant de l'empiétement pour ne pas se faire dire qu'il a reconnu

155. Si l'interruption résulte de la renonciation au bénéfice du temps écoulé, l'article 2903 C.c.Q. jouera pleinement.

156. Pierre-Claude LAFOND, *Précis du droit des biens*, 2^e éd., n° 2615, Montréal, Éditions Thémis, 2007, p. 1127.

157. La renonciation à la prescription en cours requiert une volonté claire, non équivoque et manifeste. Or, s'il n'y a que la déclaration de l'empiétement dans l'acte, nous ne voyons pas là une volonté claire et non équivoque d'une renonciation à la prescription accumulée. Reste donc, de toute façon, la reconnaissance du droit d'autrui à analyser.

158. Précisons que nos propos s'appliquent autant à la situation envisagée (c.-à-d. une mention de l'empiétement dans l'acte d'acquisition) qu'à une situation qui surviendrait postérieurement à l'acquisition (c.-à-d. une mention de l'empiétement, par exemple, dans un acte d'hypothèque subséquent) mais avant dix ans de possession. En effet, dans le cas où la possession perdure dix ans, on se saurait invoquer une interruption de prescription une fois celle-ci acquise (voir ci-après la jurisprudence citée à la note 201).

le droit d'autrui (ici, le voisin propriétaire en titre). Selon nous, pour qu'il y ait reconnaissance du droit d'autrui, il faut cumuler deux choses : 1) l'extériorisation de la connaissance du droit d'autrui ; 2) une reconnaissance (expresse ou implicite) par le possesseur *i)* qu'il ne se veut pas titulaire du droit réel exercé, ou *ii)* qu'il doit tôt ou tard rendre le bien au voisin, ou bien *iii)* qu'il ne cherche pas à devenir propriétaire par l'écoulement du temps, ou encore *iv)* qu'il occupe l'immeuble avec la permission du voisin¹⁵⁹.

La connaissance de l'empiétement est, au départ, dans la tête du possesseur. S'il déclare, verbalement ou par écrit, savoir qu'il y a empiétement chez le voisin, nous tombons dans la reconnaissance d'un fait ; il admet comme vrai¹⁶⁰ que le propriétaire en titre est le voisin et non lui. À notre avis, cette simple reconnaissance d'un *fait* n'équivaut pas, à elle seule, à une reconnaissance d'un *droit* d'autrui au sens de l'article 2898 C.c.Q.¹⁶¹. Autrement, le possesseur n'aurait d'autre choix que de nier la réalité. Ainsi, confronté à une question au sujet de l'empiétement, le possesseur devrait prétendre qu'il est le propriétaire, même s'il sait fort bien que la prescription n'est pas encore acquise. Cela nous paraît contraire à ce qui doit être fait. C'est la raison pour laquelle nous sommes d'avis que le simple fait d'extérioriser la connaissance de l'empiétement ne devrait pas constituer une reconnaissance du droit d'autrui, en l'absence d'une reconnaissance du possesseur *i)* qu'il ne se veut pas titulaire du droit réel exercé, etc.

Les propos de la Cour d'appel au sujet des conséquences de la mauvaise foi sur les qualités de la possession devraient s'appliquer *mutatis mutandis*. Dans *Jasmin c. Lessard*¹⁶², la cour a déclaré que « le fait de croire que la parcelle occupée appartient à un tiers n'entache pas la qualité de la possession, en l'absence de reconnaissance d'un droit obligeant à la rendre ». Ainsi, par analogie et concordance, la connaissance (même extériorisée) d'un empiétement chez le voisin ne constituerait pas une reconnais-

159. Dans tous ces cas de reconnaissance, il est plus exact de parler de « détenteur » que de « possesseur ».

160. Multi dictionnaire de la langue française, « reconnaître » : admettre comme vrai.

161. Mentionnons que notre avis n'est pas partagé par tous. En effet, nous retrouvons des jugements où le tribunal a considéré qu'il y a eu reconnaissance du droit d'autrui dès que le possesseur a admis savoir qu'il empiétait chez le voisin. Ceci étant, cette jurisprudence semble devoir être écartée, vu les propos plus récents de la Cour d'appel, comme nous le verrons dans un instant.

162. 2012 QCCA 193, par. 5.

sance du droit d'autrui¹⁶³ au sens de l'article 2898 C.c.Q., à moins qu'en plus le possesseur reconnaisse (expressément ou implicitement) : *i*) qu'il ne se veut pas titulaire du droit réel exercé, etc. C'est que, dans tous ces cas, nous retrouvons une véritable reconnaissance du droit d'autrui, c.-à-d. non seulement une admission quant à l'empiètement mais en plus une reconnaissance à l'effet que le soi-disant possesseur n'agit pas pour lui-même mais comme intermédiaire par lequel le voisin exerce le droit de propriété (art. 921 C.c.Q.). Une telle approche éviterait que la simple extériorisation de la connaissance de l'empiètement devienne automatiquement une reconnaissance du droit d'autrui. Autrement, le possesseur de mauvaise foi, qui voudrait prescrire, ne devra jamais admettre publiquement sa connaissance de l'empiètement.

Quoi qu'il en soit, soulignons la décision de la Cour d'appel *Dupuy c. Gauthier*¹⁶⁴. Dans la chaîne des titres, nous retrouvons un acte de vente contenant la déclaration suivante : « Le vendeur déclare que la remise sise et située sur le côté ouest de l'emplacement présentement vendu empiète partiellement sur le lot 90-5, Paroisse de Lachenaie ». Dans cet acte, il n'est pas précisé que cette déclaration ne constitue aucunement une renonciation au bénéfice du temps écoulé ou une reconnaissance du droit d'autrui¹⁶⁵. La cour n'y a pas vu une reconnaissance du droit d'autrui. Même plus, un autre acte de chaîne des titres contenait la mention suivante : « L'acquéreur reconnaît qu'il existe sur ledit emplacement, une remise qui empiète sur la rue à l'ouest dudit emplacement (Lot 90-5) ; l'acquéreur s'engage à démolir à ses frais, ladite remise »¹⁶⁶. Là aussi, le tribunal n'y a pas vu une reconnaissance du droit d'autrui¹⁶⁷.

163. Voir aussi *Sylviculture et exploitation JMJ inc. c. Mayer Hill*, 2012 QCCA 1377, par. 28 : la connaissance des véritables limites de la propriété n'implique aucune reconnaissance du titre de propriété.

164. 2013 QCCA 774.

165. Voir au paragraphe 21 du jugement.

166. *Ibid.*

167. Cette décision a fait l'objet d'un commentaire par le notaire Daniel Morin, « Commentaire sur la décision *Dupuy c. Gauthier* – La bonne foi en matière de prescription acquisitive immobilière avec l'article 2920 C.c.Q. en arrière-plan : un tableau particulier », EYB2013REP1399. Pour cet auteur, la seule mention de l'empiètement ne constituait pas une reconnaissance du droit d'autrui. Toutefois, l'engagement à démolir la remise constituait une telle reconnaissance. Nous serions tentés d'être d'accord avec lui. En effet, nous retrouvons là non seulement une extériorisation de la connaissance mais en plus une reconnaissance implicite à l'effet que l'acquéreur est disposé à remettre le voisin en possession de la lisière litigieuse. Bref, à quoi bon s'engager à démolir la remise érigée sur la

7.2 La renonciation à la prescription acquise

La prescription acquise est susceptible de renonciation (art. 2883 à 2888 C.c.Q.). Il y aurait donc lieu de vérifier, au préalable, s'il y a eu renonciation.

Précisons, au départ, qu'une fois la prescription acquise, il ne saurait être question de l'interruption de prescription prévue aux articles 2889 et s. C.c.Q.¹⁶⁸. C'est pourquoi celui qui conteste ne pourra invoquer une soi-disant interruption survenue postérieurement au délai de dix ans. Il devra plutôt établir une renonciation à la prescription acquise.

L'article 2883 C.c.Q. autorise la renonciation à la prescription acquise. À cet égard, précisons qu'une fois le délai de dix ans écoulé, l'aveu du possesseur, à l'effet qu'avant l'accomplissement de la prescription le voisin était le propriétaire en titre de la lisière litigieuse, n'est pas suffisant et qu'il faut démontrer une véritable renonciation à la prescription acquise¹⁶⁹. Par exemple, dans le cadre de la demande en prescription, il faudra bien alléguer que le défendeur était propriétaire en titre de la parcelle litigieuse, pour justifier sa présence comme défendeur. Si cette allégation devait constituer une renonciation à la prescription acquise, le possesseur serait alors dans un cul-de-sac. Pour établir la renonciation, il faut démontrer une volonté claire, non équivoque et manifeste de renoncer à la prescription acquise¹⁷⁰. Mentionnons qu'une fois la prescription acquise, le possesseur qui obtempère à une mise en demeure de cesser d'occuper venant du propriétaire en titre ne

parcelle litigieuse, s'il n'y a pas une reconnaissance implicite à rendre éventuellement cette parcelle au voisin.

168. *Gosselin c. Turner*, 2012 QCCS 388. À l'égard d'une prescription acquise avant 1994, voir : *Booth c. MacArthur*, REJB 2004-61006 (C.A.). L'appelant prétendait que, par ses gestes, il avait interrompu la prescription. La Cour a reconnu qu'effectivement ces gestes auraient été suffisants pour interrompre le cours de la prescription. Mais voilà, ajoute-t-elle, la prescription était déjà accomplie au moment où les gestes en question ont été posés. Il est vrai que cette cause concerne une prescription acquise avant 1994. Ceci étant, il faut différencier entre la prescription acquise et l'obligation maintenant faite de s'adresser au tribunal pour faire reconnaître les effets de cette prescription. Cette obligation n'a pas, à notre avis, pour conséquence que la prescription acquise peut dorénavant être interrompue.

169. Nous avons indiqué qu'à notre avis un tel aveu durant la prescription en cours (par. 7.1) n'est pas interruptif de prescription, à moins qu'il ne soit accompagné, en plus, d'une reconnaissance à rendre le bien au voisin, etc. Si un tel aveu non accompagné n'interrompt pas la prescription en cours, il ne devrait pas, non plus, constituer une renonciation à la prescription acquise.

170. *Phénix c. Gravel*, 2010 QCCA 1564.

sera pas automatiquement forclos de présenter une demande en prescription acquisitive¹⁷¹.

L'offre d'achat par le possesseur au propriétaire en titre dans le but d'acheter la paix et éviter un procès ne constitue pas une reconnaissance implicite qu'il n'est pas propriétaire¹⁷². Ceci étant, en l'absence de réserve faite avec une offre d'achat, peut-on considérer qu'il y a reconnaissance du droit d'autrui voire une renonciation à la prescription acquise ? On l'a déjà admis¹⁷³. Toutefois, on peut se questionner sur cette dernière position.

Tout d'abord, en matière d'interruption de la prescription en cours, le code distingue entre la reconnaissance du droit d'autrui et la renonciation au bénéfice du temps écoulé (art. 2898 C.c.Q.)¹⁷⁴. Or, si la reconnaissance du droit d'autrui est mentionnée au chapitre de l'interruption de la prescription, elle n'apparaît pas à celui portant sur la renonciation à la prescription. Ainsi, on peut soumettre qu'il faudrait établir une renonciation à la prescription acquise et non pas une reconnaissance du droit d'autrui, une fois la prescription accomplie¹⁷⁵. Dans l'hypothèse

171. *Ostiguy c. Allie*, 2013 QCCS 5808, par. 16 et 17.

172. *Michaud c. Lafrance*, 2011 QCCS 2644.

173. *Otis c. D'Astous*, 2012 QCCS 3989, par. 37. Bien que le jugement n'indique pas que l'offre d'achat a été faite sans réserve, nous présumons que c'était le cas. Par contre, voir : *Bergevin c. Laberge*, 2014 QCCS 2671, par. 57, où le tribunal ne voit pas une reconnaissance du droit d'autrui, puisque l'offre d'achat a été faite après la période de dix ans.

174. Même si toutes deux interrompent la prescription, la reconnaissance du droit d'autrui se distingue de la renonciation au bénéfice du temps écoulé en ce qu'elle porte sur le droit du propriétaire plutôt que sur le délai de prescription (voir : Pierre-Claude LAFOND, *Précis du droit des biens*, 2^e éd., n° 2615, Montréal, Éditions Thémis, 2007, p. 1127).

175. Malgré ce que nous soumettons, il faut dire que la jurisprudence considère qu'il est possible de mettre fin à une prescription acquise au moyen d'une reconnaissance du droit d'autrui. Ce qui nous paraît moins concluant à cet égard, c'est que parfois le tribunal s'appuie sur une décision antérieure dans laquelle il s'agissait d'une reconnaissance du droit d'autrui ayant comme conséquence d'interrompre la prescription en cours (ce qui est expressément prévu à l'article 2898 C.c.Q.), alors qu'il s'agit ici de savoir si une reconnaissance du droit d'autrui peut mettre fin à une prescription accomplie (ce qui n'est pas textuellement prévu au Code). Ou encore, lorsque le tribunal traite, simultanément et sans vraiment distinguer, à la fois de reconnaissance du droit d'autrui et de renonciation en matière de prescription en cours (art. 2898 C.c.Q.), et à la fois de renonciation en matière de prescription acquise (art. 2885 C.c.Q.). Ceci dit, si on devait conclure que la reconnaissance du droit d'autrui ne met pas fin à la prescription acquise, comme nous le pensons, on pourrait avancer qu'une telle reconnaissance rend à tout le moins la possession précaire. Même à supposer cela, l'ex-possesseur ne sera pas empêché d'obtenir un jugement en prescription acquisitive. En effet, le demandeur n'a pas à être un possesseur au moment où il intente son action (voir, par ex., le cas où le voisin a mis fin à l'empiétement avant l'introduction de l'action,

envisagée (c.-à-d. une offre d'achat faite par le possesseur au voisin, sans aucune réserve), on serait logiquement dans le domaine de la reconnaissance du droit d'autrui et non dans celui d'une renonciation au délai acquis. Par conséquent, même si l'offre d'achat au voisin était considérée comme une reconnaissance du droit d'autrui¹⁷⁶, elle ne constituerait pas pour autant une renonciation à la prescription acquise¹⁷⁷.

Ensuite, même si le 1^{er} alinéa de l'article 2885 C.c.Q. indique que la renonciation à la prescription acquise peut être expresse ou tacite¹⁷⁸, le 2^e alinéa du même article ajoute, toutefois, qu'en matière immobilière la renonciation doit être publiée (art. 2885, al. 2 C.c.Q.). Par conséquent, elle doit forcément être par écrit et expresse¹⁷⁹. Ceci étant, plusieurs sont d'avis que le deuxième alinéa de l'article 2885 C.c.Q. n'entre en jeu que si un jugement en prescription a déjà été publié¹⁸⁰. Or, n'est-ce pas par désistement qu'on obtient une renonciation aux droits résultant du jugement (art. 476 C.p.c.) ? De plus, à quoi bon obtenir un jugement et le publier, si c'est pour y renoncer par la suite. Il suffirait donc de s'abstenir d'obtenir et de publier un jugement en prescription acquisitive. C'est dire que le deuxième alinéa serait inutile. Aussi, nous ne sommes pas certains d'une application limitée aux seules fois où un jugement en prescription a été publié.

ci-après au paragraphe 8.3). Il suffit qu'il puisse établir que lui et ses auteurs ont possédé pendant dix ans avant la reconnaissance du droit d'autrui. Prenons l'exemple de la perte du *corpus* pendant plus d'un an. Cela met fin à la possession, mais pour l'avenir seulement. C'est pourquoi, s'il y a eu possession pendant dix ans avant cette perte du *corpus*, l'ex-possesseur pourra néanmoins obtenir son jugement en prescription. Cela devrait être la même chose lorsqu'il y a perte de l'*animus*, mettant fin à la possession pour l'avenir. Bref, la perte du *corpus* pendant plus d'un an ou de l'*animus* empêche l'ex-possesseur de se prévaloir des actions possessoires mais pas d'une action en prescription acquisitive, s'il a possédé utilement pendant dix ans avant la perte de l'une ou l'autre de ces facettes de la possession.

176. Voir ci-dessus sur la reconnaissance du droit d'autrui, au paragraphe 7.1.

177. Souignons P.-C. LAFOND (*op. cit.*, note 2) qui traite distinctement la reconnaissance du droit d'autrui, d'une part, et la renonciation à la prescription soit en cours soit celle acquise, d'autre part. Au sujet de la reconnaissance du droit d'autrui, il n'envisage que l'interruption de la prescription en cours. Ainsi, cet auteur semble exclure la reconnaissance du droit d'autrui en matière de prescription acquise.

178. Comme la reconnaissance du droit d'autrui n'apparaît pas textuellement au chapitre « de la renonciation à la prescription », si elle pouvait mettre fin à la prescription acquise, logiquement il faudrait qu'elle soit incluse dans l'article 2885 C.c.Q.

179. Voir : Daniel DUMAIS, « La prescription », EYB2012CDD103.

180. Par exemple, François BROCHU, « Nouvelle posologie pour la prescription acquisitive immobilière », (2003) 105 *R. du N.* 735, 759-760.

Nous voyons un réel intérêt à la formalité imposée au deuxième alinéa de l'article 2885 C.c.Q., sans qu'il soit nécessaire de la relier à la publication préalable d'un jugement en prescription. Imaginons un promettant-acquéreur du voisin lequel promettant constate un empiètement exercé sur la propriété qu'il se propose d'acheter et que le promettant-vendeur indique que l'empiètement perdure depuis plus de dix ans. Y a-t-il lieu de s'inquiéter si l'empiéteur dit n'avoir aucune intention de présenter une demande en prescription, voire mieux qu'il signe une renonciation écrite sans, toutefois, que celle-ci ne soit publiée ? L'alinéa en question exigeant clairement la publication de la renonciation (et sans exigence préalable de publication d'un jugement en prescription acquisitive, ajoutons-nous), les règles sur la publicité devraient s'appliquer, à titre supplétif à tout le moins. Ainsi, un tiers acquérant les droits de l'empiéteur pourrait faire valoir que cette renonciation non-publée ne lui est pas opposable (art. 2941 al. 1 C.c.Q.) et, ainsi, se prévaloir de la prescription acquise par son vendeur (art. 2887 C.c.Q.). En somme, la renonciation implicite serait opposable au possesseur qui est à l'origine d'une telle renonciation mais ne serait pas opposable à celui qui acquiert les droits d'un tel possesseur, en l'absence d'une renonciation publiée au registre foncier. Cela permet de concilier la possibilité d'une renonciation implicite, ce qui, d'une part, est reconnu par plusieurs, avec les articles 2885, al. 2 et 2941 C.c.Q. qui, d'autre part, imposent la publication de la renonciation à la prescription acquise pour fins d'opposabilité contre celui qui acquerrait les droits de celui qui a renoncé à la prescription acquise.

Quoi qu'il en soit, même si on devait conclure que la reconnaissance du droit d'autrui puisse entraîner une renonciation à la prescription acquise, il faudrait que cette reconnaissance démontre une volonté claire, non équivoque et manifeste de la part du possesseur de renoncer à une telle prescription¹⁸¹. Or, l'offre d'achat sans réserve faite par le possesseur au voisin ne nous paraît pas comme un élément suffisant à lui seul pour conclure à la renonciation, mais simplement un élément parmi d'autres. C'est donc à la lumière de l'ensemble des éléments au dossier qu'il faudrait décider de la renonciation à la prescription acquise.

181. *Phénix c. Gravel*, 2010 QCCA 1564, par. 5.

7.3 La suspension de la prescription

L'ignorance d'un droit par le voisin ne peut être assimilée à une impossibilité d'agir ayant pour effet de suspendre la prescription¹⁸². Autrement dit, le voisin ne réalisant pas que l'empiétement public et non équivoque (art. 922 C.c.Q.) a lieu sur une lisière dont il ignore être le propriétaire en titre ne peut clamer avoir été dans l'impossibilité d'agir.

8. DIFFÉRENTES SITUATIONS EN MATIÈRE DE PRESCRIPTION ACQUISITIVE

La prescription acquisitive peut intervenir dans différentes situations. Voyons quelques-unes de ces situations.

8.1 Empiètement chez le voisin¹⁸³

Ici on imagine un empiètement chez le voisin qui est le propriétaire en titre de la parcelle convoitée, alors que le possesseur n'a aucun titre sur la parcelle qu'il occupe. La prescription acquisitive permet au possesseur d'acquérir cette parcelle. C'est là une fonction de la prescription acquisitive qui est reconnue expressément par le Code civil¹⁸⁴. Comme la parcelle litigieuse est au nom du voisin, le fardeau d'établir la possession décennale appartient à celui qui empiète¹⁸⁵. Le voisin n'a donc pas à démontrer que sa possession est plus grande que celle de celui qui empiète. En somme, ce ne sont pas les qualités de jouissance des lieux par le voisin conformément à son titre qui doivent être examinées par le tribunal, mais bien les qualités de la possession de celui qui prétend avoir acquis par prescription¹⁸⁶.

182. *Crombie Property Holdings II Ltd. (Sobeys Properties Ltd.) c. Trudel*, 2009 QCCS 1186.

183. Ici, on suppose que l'empiètement perdure toujours au moment de l'introduction de l'action. Sinon, voir ci-après au paragraphe 8.3.

184. Voir les articles 916, 2875 et 2910 C.c.Q. qui reconnaissent expressément que la prescription acquisitive est un moyen d'acquérir le droit de propriété. Voir *Bergevin c. Laberge*, 2014 QCCS 2671, par. 63, où le tribunal souligne que l'inscription d'un titre de propriété au registre foncier n'est pas une protection absolue contre les effets de la possession utile d'un tiers.

185. *Lynes c. Robitaille*, 2012 QCCA 945, par. 62.

186. *Ibid.*

Qu'en est-il vis-à-vis de celui qui acquiert un immeuble qui, au moment de l'achat, a déjà fait l'objet d'un empiètement décennal par un tiers possesseur ? Le nouveau voisin ne peut prétendre que la prescription accomplie sous le règne de son prédécesseur ne lui est pas opposable ou que le possesseur se devait d'agir avant la vente en obtenant et en publiant un jugement. Ainsi, le possesseur peut faire valoir la prescription acquise contre le nouveau voisin.

D'une part, au moment où le nouveau voisin a acquis ses droits, la possession exercée était publique, donc visible et connue de lui. Il serait donc mal venu de prétendre que les effets de la prescription accomplie ne lui sont pas opposables¹⁸⁷. On imagine difficilement que le possesseur soit tenu de posséder à nouveau pendant dix ans face à un ayant cause du voisin ayant acquis après le délai de dix ans¹⁸⁸.

D'autre part, il est vrai que le Code civil impose l'obtention (art. 2918 C.c.Q.) et la publication (art. 2938 C.c.Q.) du jugement en prescription acquisitive pour le rendre opposable aux tiers (art. 2941 C.c.Q.). Toutefois, en matière de prescription acquisitive rien ne peut être publié avant d'avoir un jugement. Or, une fois la prescription accomplie, en pratique le possesseur ne s'adressera aux tribunaux que s'il est troublé ou contesté dans sa possession par un tiers ou, si lors d'un financement hypothécaire par le possesseur ou d'une vente, le notaire au dossier demande au possesseur de régulariser la situation. Et, face à une

187. Voir en ce sens : Denis VINCELETTE, *En possession du Code civil du Québec*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2004, p. 212, note 741. Voir aussi : *Gravel c. Phénix*, EYB 2009-161859 (C.S.) (confirmé en appel, *Phénix c. Gravel*, 2010 QCCA 1564). Les faits de cette affaire concernent justement un nouveau voisin au courant de l'empiètement lors de l'achat. *A fortiori*, celui qui acquiert avant l'accomplissement de la prescription mais qui laisse celle-ci s'accomplir ne pourrait se plaindre. Ceci étant, qu'en est-il si le nouveau voisin achète alors que l'ancien voisin a mis fin à l'empiètement, il y a déjà un certain temps, et que les traces de cet empiètement n'existaient plus au moment où le nouveau voisin avait inspecté les lieux ?

188. Denis VINCELETTE, *En possession du Code civil du Québec*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2004, p. 212, note 741. Pendant la prescription en cours, la vente à un nouveau voisin n'entraîne pas, en soi, une interruption de prescription. Il appartient à ce nouveau voisin d'y mettre fin, en prenant le moyen approprié*. S'il ne fait rien, la prescription continue son cours comme si de rien n'était jusqu'à son accomplissement éventuel. Logiquement, si celui qui pouvait interrompre la prescription n'a rien fait et a laissé celle-ci s'accomplir à son encontre, un nouvel acquéreur subséquent ne devrait pas être en meilleure position et pouvoir clamer qu'un nouveau délai de dix ans est dorénavant nécessaire.

* Si la possession perdure depuis plus d'un an, voir ci-après à la note 194.

demande en prescription acquisitive, le nouveau voisin ne saurait soutenir la priorité de publication de son titre. C'est que la priorité de publication ne joue pas ici. En effet, cette priorité n'existe qu'en cas de conflit entre acquéreurs qui tiennent leur titre du même auteur (art. 2946 C.c.Q.). Or, ce n'est pas le cas ici.

Enfin, il faut préciser qu'en présence d'un empiètement chez le voisin, la vente d'un lot appartenant au vendeur comprend accessoirement la vente des droits de possession du vendeur dans l'empiètement qu'il exerce chez le voisin, même si l'acte de vente ne fait pas mention de l'empiètement ou ne décrit pas cadastralement l'empiètement¹⁸⁹.

8.2 Voisin et possesseur ayant tous deux un titre de propriété sur la parcelle convoitée

Qu'en est-il lorsque le voisin et le possesseur ont tous deux un titre provenant d'un auteur commun et que c'est le voisin qui a publié son titre le premier ? Dans un tel cas, certes le voisin peut opposer son titre à celui du possesseur en vertu des règles sur la publicité. C'est que l'article 2946 C.c.Q. est à l'effet que de « deux acquéreurs d'un immeuble qui tiennent leur titre du même auteur, le droit est acquis à celui qui, le premier, publie son droit ». Toutefois, ces règles ne s'opposent pas à ce que le possesseur puisse faire valoir non pas son titre mais sa possession à l'encontre du voisin. En effet, la priorité de publication du titre du voisin s'incline devant la possession¹⁹⁰. Il est vrai que le titre du posses-

189. *Dessureault c. Brien*, REJB 2003-43060 (C.A.). Si le vendeur a connaissance de l'empiètement, certains suggèrent d'inscrire dans l'acte de vente que celle-ci comprend également les droits que le vendeur peut avoir dans l'empiètement et décrire cadastralement l'empiètement en question (voir : Daniel MORIN, « Commentaire sur la décision *Dupuy c. Gauthier* – La bonne foi en matière de prescription acquisitive immobilière avec l'article 2920 C.c.Q. en arrière-plan : un tableau particulier », EYB2013REP1399). Il s'agit là d'une suggestion intéressante mais qui, par ailleurs, n'est pas essentielle, vu le principe énoncé dans l'arrêt *Dessureault*. En fait, en pratique le certificat de localisation se contente souvent de faire état d'un empiètement chez le voisin, sans décrire cadastralement cet empiètement, en l'absence d'un mandat spécifique à cet effet. C'est plutôt à l'occasion de la demande judiciaire en prescription que l'arpenteur sera mandaté pour préparer la description de la lisière litigieuse. C'est pourquoi, concrètement, il suffit, bien que non essentiel répétons-le, d'inscrire que le vendeur cède à l'acquéreur ses droits dans tout empiètement exercé et qui est mentionné dans le certificat de localisation ou montré sur le plan qui l'accompagne.

190. *Vauthier c. Lapierre*, 2006 QCCS 7962 (dans cette cause, le tribunal a reconnu le principe, bien que, dans ce cas là, il ait rejeté la demande faute de preuve d'une possession suffisante) ; *Matte c. Alcan Aluminium ltée*, 2005 QCCA 1262 (cela ressort implicitement, vu la reconnaissance de la priorité de publication en

seur n'est pas opposable à celui du voisin, vu la priorité de publication du voisin. Mais ce n'est pas un titre que le possesseur oppose au voisin ; il en fait abstraction pour invoquer uniquement la prescription acquisitive qui ne requiert le support d'aucun titre¹⁹¹. Précisons que cela vaut également dans le cas où le possesseur et le voisin sont des sous-acquéreurs de ceux qui ont acquis directement de l'auteur commun¹⁹². Là aussi la possession doit prévaloir contre la priorité de publication de l'ancien voisin ayant acquis directement de l'auteur commun. Enfin notons que, les deux antagonistes ayant le même auteur, ni l'un ni l'autre ne sauraient joindre à sa possession celle de son auteur, pour cumuler dix ans (art. 2912, al. 1 C.c.Q.), ce dernier ayant possédé à l'avantage égal deux parties¹⁹³.

8.3 Le voisin qui a mis fin à l'empiétement sur son terrain avant l'institution de l'action

Ici, deux situations sont traitées. La première est celle où le voisin a agi avant l'accomplissement de la prescription décennale ; la deuxième est celle où il a agi après.

Imaginons une clôture érigée non pas sur la ligne de division mais à l'intérieur du terrain du voisin, causant ainsi un empiétement chez lui. N'acceptant plus la situation, le voisin (en général un nouveau voisin) déplace unilatéralement la clôture sur la ligne de division. Si la prescription n'est pas encore acquise au moment du déplacement de la clôture et que le possesseur est privé pendant plus d'un an de la jouissance du bien, la prescription sera interrompue (art. 2890 et 2923 C.c.Q.). Ainsi, à défaut d'agir judi-

faveur de l'Intimé au paragraphe 38 du jugement, pour après reconnaître l'acquisition par prescription en faveur de l'Appelant aux paragraphes 77 et 78).

191. Pierre MARTINEAU, *La prescription*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1977, p. 236. Dans la procédure le possesseur va certainement faire référence à son titre d'acquisition. Mais cela est fait pour démontrer l'entrée en possession et en établir le début, lesquels normalement coïncident avec l'acquisition, et non pour clamer être propriétaire en vertu de ce titre contre le titre du voisin.

192. Bien que l'article 2946 C.c.Q. réfère au « même auteur », la jurisprudence applique également cette disposition dans le cas où deux personnes tiennent leur titre non pas d'un « même auteur » mais d'un « auteur commun », c.-à-d. un auteur commun antérieur aux auteurs immédiats (un même cédant que l'on retrouve quelque part autant dans la chaîne des titres du voisin que dans celle du possesseur) (voir : *Matte c. Alcan Aluminium ltée*, 2005 QCCA 1262) ; *Vauthier c. Lapierre*, 2006 QCCS 7962, note 3 à la fin du jugement).

193. Denis VINCELETTE, *En possession du Code civil du Québec*, n° 43, Montréal, Éditions Wilson & Lafleur, 2004, p. 22-23.

ciairement dans l'année du déplacement de la clôture, le possesseur perdra le temps accumulé jusqu'à cette échéance¹⁹⁴.

Maintenant, reprenons l'exemple du voisin qui a mis fin unilatéralement¹⁹⁵ à l'empiétement mais, cette fois, après l'expiration du délai de dix ans. Certes, le possesseur pourrait tenter une action possessoire pour être remis en possession (art. 929 C.c.Q.). Mais cela ne lui procurera pas un titre de propriété en regard de l'empiétement. Aussi faut-il envisager d'y aller immédiatement avec une demande en prescription acquisitive¹⁹⁶. Ici trois questions doivent être considérées. Le demandeur qui n'a plus la possession *actuelle* de l'immeuble convoité peut-il s'adresser au tribunal pour faire valoir la prescription acquisitive ? Si oui, doit-il obligatoirement agir dans l'année de la dépossession (art. 2923, al. 2 C.c.Q.) ? En corollaire, le défaut d'agir dans l'année de la dépossession entraîne-t-il l'interruption de la prescription acquise ? Nous répondons, oui, non et non.

Tout d'abord, l'article 2918 C.c.Q. ne réfère pas à celui qui « possède un immeuble depuis dix ans » mais bien à celui qui « a possédé un immeuble pendant dix ans ». Cette formulation permet de soutenir que le demandeur n'a pas à avoir la possession *actuelle* de l'immeuble convoité. En outre, l'interprétation jurisprudentielle de l'article 2912 C.c.Q., est à l'effet que l'ayant cause

194. Nous voyons les choses comme suit. Dans l'année du déplacement, le possesseur peut invoquer l'article 929 C.c.Q. pour mettre fin à la dépossession et ainsi conserver les bénéfices liés à la possession (art. 2890 et 2923 C.c.Q.) ; il s'agit là d'une action possessoire. Certes, le voisin voudra répondre par l'article 953 C.c.Q. ; il s'agit là d'une action pétitoire. Toutefois, à notre avis, l'action possessoire l'emporte sur l'action pétitoire (voir : Pierre PRATTE, « L'action possessoire est-elle moins protégée sous le *Code civil du Québec* ? », (1995) 55 *R. du B.* 403 ; Denis VINCELETTE, *En possession du Code civil du Québec*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2004, n^{os} 377 et s. ; *contra* : Denys-Claude LAMONTAGNE, *Biens et propriété*, 7^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2013, p. 465, note 41). Nous estimons que le voisin ne doit pas se faire justice lui-même. Il doit laisser en place la clôture et tenter son action pétitoire, pour interrompre la prescription (art. 2892 C.c.Q.). Si nous avons raison en disant que l'action possessoire l'emporte sur le pétitoire, alors le jugement ordonnera la remise en possession au possesseur et rejettera l'action pétitoire du voisin. Par conséquent, tout le temps écoulé jusqu'au jugement final n'aura pas interrompu la prescription acquisitive (art. 2894 C.c.Q., ici rejetant l'action pétitoire du voisin qui s'est fait justice lui-même).

195. Nous disons « unilatéralement » avec l'idée d'un déplacement sans accord préalable, car le déplacement fait de concert avec le possesseur pourrait équivaloir à une renonciation implicite à la prescription acquise.

196. Selon les circonstances, la demande en prescription acquisitive pourrait être accompagnée d'une demande en injonction interlocutoire, pour recouvrer immédiatement la possession en attendant le procès.

peut s'appuyer uniquement sur la possession décennale de son auteur, sans avoir à établir qu'il a lui-même possédé pendant un certain temps¹⁹⁷. On voit donc que le demandeur n'a pas à avoir la possession actuelle de l'immeuble, puisqu'il peut s'appuyer sur la seule possession de son auteur.

Ensuite, si la clôture a été déplacée il y a plus d'un an, certes l'action possessoire pour recouvrer la possession (art. 929 C.c.Q.) n'est plus permise (art. 2923, al. 2 C.c.Q.). Toutefois, la demande en prescription acquisitive n'est pas une action possessoire, car elle ne vise pas à conserver ou à obtenir la possession. Par conséquent, la limite du délai d'un an prévu au deuxième alinéa de l'article 2923 C.c.Q. ne devrait pas s'appliquer¹⁹⁸. En outre, à l'égard d'une prescription acquise après l'entrée en vigueur du nouveau Code, la Cour d'appel a indiqué que le jugement en prescription acquisitive est déclaratoire : il reconnaît le droit de propriété¹⁹⁹. Elle a ajouté, en réponse à l'appelant qui invoquait la prescription extinctive du recours, qu'en raison de la nature perpétuelle de ce droit, le recours en prescription acquisitive est donc imprescriptible. Vu ce jugement, il nous semble que la prescription extinctive prévue au deuxième alinéa de l'article 2923 C.c.Q. ne s'applique donc pas²⁰⁰, bien que le tribunal n'ait pas abordé cet article.

Enfin, le défaut d'agir dans l'année de dépossession n'entraîne pas une interruption de la prescription. C'est qu'une fois la prescription acquise, on ne peut plus parler d'interruption de prescription²⁰¹. En effet, l'interruption de prescription s'applique

197. Voir ci-dessus au paragraphe 6, en particulier la jurisprudence citée à la note 142.

198. La possession produit différents effets (art. 928 et s. C.c.Q.) qui varient selon le temps que dure la possession. La possession annale donne ouverture aux actions possessoires (art. 929 C.c.Q.) qui, selon les règles de la prescription, doivent toutefois être intentées dans l'année du trouble ou de la dépossession (art. 2923 al. 2 C.c.Q.). La possession décennale donne ouverture à l'action en prescription acquisitive (art. 930 et 2917 C.c.Q.). Toutefois, ici, aucune règle sur la prescription ne limite le délai pour intenter une telle action.

199. *Dion c. Ouellet-Latulippe*, 2008 QCCA 1812. Dans cette cause, la prescription a été accomplie en 1996 et la demande en prescription a été faite en 2005.

200. Pour rappel, l'article 2923 C.c.Q. est localisé dans les règles relatives à la prescription extinctive. Logiquement, le recours imprescriptible ne devrait pas être sujet à la prescription extinctive.

201. *Gosselin c. Turner*, 2012 QCCS 388, par. 72. À l'égard d'une prescription acquise avant 1994, voir : *Booth c. MacArthur*, REJB 2004-61006 (C.A.). L'appelant prétendait que, par ses gestes, il avait interrompu la prescription. La Cour a reconnu qu'effectivement ces gestes auraient été suffisants pour interrompre le cours de la prescription. Mais voilà, ajoute-t-elle, la prescription était déjà

en matière de prescription en cours d'accomplissement et non pas en regard d'une prescription acquise.

Bref, sauf renonciation à la prescription acquise, l'ex-possesseur pourra faire valoir la prescription accomplie avant l'intervention du voisin. En effet, la prescription acquise ne se perd pas, parce que le voisin a mis fin à l'empiétement²⁰² même s'il est un nouveau voisin²⁰³. De plus, il n'est pas obligatoire d'agir dans l'année de la dépossession et il est donc possible d'obtenir un jugement plusieurs années après le déplacement de la clôture²⁰⁴. Malgré cela, en pratique il est préférable d'agir dans l'année, afin de bénéficier des présomptions attachées à la possession (par exemple, la présomption de continuité prévue à l'article 925 C.c.Q.). De plus, l'inaction de l'ex-possesseur, qui ne se plaindrait pas et ferait comme si de rien n'était, pourrait à la longue être interprétée comme une renonciation implicite à la prescription acquise. Quoi qu'il en soit, si le déplacement de la clôture devait se continuer plus de dix ans, le voisin pourrait réacquérir la parcelle litigieuse, en invoquant la prescription acquisitive en sa faveur²⁰⁵.

Rappelons, pour terminer sur le sujet, que la seule possession de son auteur est suffisante pour acquérir par prescription²⁰⁶. Donc si le voisin a mis fin à l'empiétement après l'accomplissement de la prescription, celui qui acquiert les droits de l'ex-possesseur pourra s'adresser au tribunal pour obtenir un jugement en prescription acquisitive, même si cet acquéreur n'a pas et n'a jamais eu la possession de l'immeuble. En regard de l'acquisition des droits de l'ex-possesseur, on pourrait soutenir que le nouvel acquéreur devra toutefois avoir acquis expressément les

accomplie au moment où les gestes en question ont été posés. Il est vrai que cette cause concerne une prescription acquise avant 1994. Ceci étant, il faut différencier entre la prescription acquise et l'obligation maintenant faite de s'adresser au tribunal pour faire reconnaître les effets de cette prescription. Cette obligation n'a pas, à notre avis, pour conséquence que la prescription acquise peut dorénavant être interrompue.

202. *Cabana c. Valiquette*, 2013 QCCS 4710, par. 109, où le tribunal souligne que, malgré l'enlèvement de la clôture, la prescription acquisitive avait déjà fait son œuvre (requête en rejet d'appel rejetée, C.A., 17-03-2014, 500-09-023992-134).

203. Voir ci-dessus au paragraphe 8.1 au sujet du nouveau voisin qui acquiert ses droits une fois la prescription accomplie.

204. Voir : *Gravel c. Phenix*, EYB 2009-161859 (C.S.) (confirmé en appel, *Phenix c. Gravel*, 2010 QCCA 1564), où l'action a été intentée plus d'un an après le déplacement unilatéral de la clôture par un nouveau voisin.

205. Pourvu que la possession du voisin soit paisible, continue, publique et non équivoque (art. 922 C.c.Q.). Selon les circonstances, le déplacement unilatéral pourrait affecter le caractère paisible de la possession du voisin.

206. Voir ci-dessus au paragraphe 6, en particulier à la note 142.

droits de l'ex-possesseur. En effet, lorsque le vendeur d'un immeuble est également possesseur actuel d'un empiètement, la vente de l'immeuble comprend accessoirement les droits de possession du vendeur dans l'empiètement, même si l'acte n'en fait pas mention²⁰⁷. Cependant, si le vendeur a été dépossédé de l'empiètement avant la vente, on pourrait soutenir qu'il ne s'agirait plus alors d'un accessoire à l'immeuble vendu²⁰⁸. Il faudrait donc que la vente porte expressément sur les droits du vendeur dans l'empiètement et que celui-ci y soit décrit dans l'acte.

8.4 Empiètement chez le voisin dont l'immeuble est sujet à une servitude de passage, à une hypothèque ou à une déclaration de résidence familiale

Selon les circonstances, il est possible d'acquérir par prescription un immeuble grevé en partie d'une servitude de passage et même d'acquérir une lisière grevée en totalité par une telle servitude²⁰⁹. Si la servitude a été consentie par le possesseur, c'est que celui-ci agit comme propriétaire. Cela confirme l'*animus*. Si la servitude a été consentie par le voisin (propriétaire en titre) et que le possesseur a mentionné la servitude dans certains actes (acte d'acquisition, hypothèque, etc.), cela n'est pas fatal. Cela ne vaudrait qu'à titre de preuve contraire pour contrer la présomption simple de l'article 921 C.c.Q.²¹⁰. En fait, le possible impact de la mention d'une servitude dans un acte sur l'interruption

207. *Dessureault c. Brien*, REJB 2003-43060 (C.A.).

208. C'est que la dépossession viendrait rompre le caractère accessoire de l'empiètement exercé. L'ex-possession (et les effets qui s'y rattachent) devraient donc faire l'objet d'une cession expresse. Cela serait d'ailleurs en concordance avec l'arrêt *Dessureault c. Brien*, REJB 2003-43060 (C.A.), où le tribunal a déclaré que la vente d'un immeuble comprend également, à titre accessoire, la possession dans l'empiètement exercé par le vendeur au-delà de son titre, même si l'acte de vente n'en fait pas mention, pourvu que la vente en question soit suivie de la délivrance de l'empiètement. Or, ici ce n'est pas le cas. En effet, le vendeur n'ayant plus la possession de l'empiètement, il ne peut, par conséquent, en faire la délivrance (art. 1717 C.c.Q.). Ceci étant, l'ex-possession constituant tout de même un droit transférable, il demeure possible de transmettre l'ex-possession (et les effets qui s'y rattachent) à titre principal.

209. *Provencher c. Bousquet*, 2013 QCCS 2218 ; *THM Immobilier inc. c. Gestion immeubles Samson inc.*, 2010 QCCA 421. Voir, toutefois, *Leblanc c. Allaire*, 2011 QCCA 1940, où la cour indique que si plusieurs personnes agissent comme titulaires de droits réels sur un même bien, l'identification des droits dont ces personnes prétendent bénéficier devient confuse, d'où la possibilité d'une équivoque dans la possession (par. 18). La cour ajoute cependant qu'il s'agit là d'un indice, parmi d'autres, et n'est pas suffisant en lui-même pour conclure au caractère équivoque de la possession.

210. *THM Immobilier inc. c. Gestion immeubles Samson inc.*, 2010 QCCA 421, par. 23.

ou non d'une prescription en cours est largement tributaire du contexte²¹¹. Quant à l'impact sur une prescription accomplie, une telle mention ne nous semble pas démontrer une volonté claire, non équivoque et manifeste de renoncer à la prescription acquise²¹².

En cas d'empiétement chez le voisin, le détenteur d'un droit de passage sur la parcelle en question a un intérêt suffisant pour contester la demande²¹³. Il peut même demander la rétractation du jugement et que soit reprise la preuve de possession, s'il n'a pas été mis en cause, et ce, même si le jugement obtenu indique que l'immeuble acquis par prescription est sujet aux servitudes qui l'affectent²¹⁴. On peut penser que le créancier hypothécaire du voisin ou le conjoint de ce dernier, en cas de déclaration de résidence familiale, ont la même possibilité de demander rétraction du jugement, s'ils n'ont pas été mis en cause. Certes, nous n'avons pas vu souvent la mise en cause du propriétaire du fonds dominant, du créancier hypothécaire ou du conjoint. Toutefois, peut-être y aurait-il lieu de le faire, pour limiter les causes de rétractation, en cas d'empiétement chez le voisin²¹⁵. D'autant plus que la mise en cause pourrait permettre, en plus de la demande en prescription acquisitive, une demande complémentaire en radiation de la servitude, de l'hypothèque du voisin ou de la déclaration de résidence familiale.

Une servitude, une hypothèque ou une déclaration de résidence familiale publiée sur l'immeuble du voisin pendant la possession pourrait devenir inopposable au possesseur. En effet, selon certains, le jugement en prescription acquisitive a un effet rétroactif au jour où a commencé la possession²¹⁶. De sorte qu'en fin de compte la publication de la servitude, de l'hypothèque ou de la déclaration de résidence familiale aura été faite sans droit et pourra donc faire l'objet d'une demande en radiation, à titre com-

211. *THM Immobilier inc. c. Gestion immeubles Samson inc.*, 2010 QCCA 421, par. 32. Voir ci-dessus au sujet de l'interruption de la prescription (par. 7.1). Ainsi, l'extériorisation de la connaissance de la servitude, en raison de sa mention dans l'acte, n'équivaut pas automatiquement à une reconnaissance du droit d'autrui.

212. Voir ci-dessus au paragraphe 7.2.

213. *Chabot c. Labrecque*, EYB 1988-59635 (C.A.), par. 7 et 19.

214. *Despot c. Gaudreault*, EYB 2011-201408 (C.S.), confirmé en appel, *Despot c. Gaudreault*, 2013 QCCA 1630.

215. On verra dans quelques instants d'autres raisons pratiques qui militent en faveur de la mise en cause du créancier hypothécaire du voisin et de son conjoint, si une déclaration de résidence familiale a été publiée.

216. Voir ci-dessus au paragraphe 5.2.

plémentaire, dans le cadre de la procédure en prescription acquisitive²¹⁷. La servitude éteinte par non-usage (art. 1191 C.c.Q.) pourrait également faire l'objet d'une demande en radiation à titre complémentaire. Ainsi, si le possesseur entend porter atteinte à l'hypothèque, à la servitude ou à la déclaration de résidence familiale, une mise en cause sera nécessaire.

Par ailleurs, on peut se demander si l'article 3044 C.c.Q. est applicable dans le cas d'une acquisition par prescription d'une lisière appartenant au voisin. En territoire rénové, cette acquisition sur une partie de lot ne pourra être publiée, avant que la partie acquise ne soit identifiée par un numéro cadastral distinct. Bien que le consentement du voisin ne soit pas nécessaire (art. 3043 C.c.Q.), on pourrait soutenir que l'article 3044 C.c.Q. impose néanmoins l'obtention du consentement de son créancier hypothécaire (en cas d'hypothèque) ou de son conjoint (si une déclaration de résidence familiale a été publiée). Par prudence, il y aurait lieu de les mettre en cause et de demander la radiation de l'hypothèque et de la déclaration de résidence familiale sur la lisière acquise par prescription, pour éviter d'avoir à obtenir leur consentement.

8.5 Défendeur inconnu ou introuvable et bien sans maître

Il est important d'impliquer toute personne contre laquelle le possesseur désire opposer la prescription acquisitive²¹⁸. Autrement, la personne intéressée n'aura pas l'opportunité de faire valoir son désaccord, le cas échéant, et pourra donc ultérieurement demander la rétractation du jugement. Or, il n'est pas toujours facile de retracer la personne contre laquelle on veut opposer la prescription, lorsque plusieurs années se sont écoulées depuis sa dernière manifestation. À cet égard, mentionnons que le ministre du Revenu du Québec agit comme administrateur provisoire

217. Voir, par exemple, *De Repentigny c. Fortin (Succession de)*, 2012 QCCS 905, où le tribunal a ordonné la radiation d'une hypothèque consentie par le voisin pendant la période de possession du demandeur. Voir : Denys-Claude LAMONTAGNE, *Biens et propriété*, 7^e éd., n° 709, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2013, p. 487-488. Pour la servitude ou l'hypothèque consenties avant le début de la possession, voir : Pierre PRATTE, Chronique – Le jugement en prescription acquisitive immobilière : déclaratif ou attributif?, EYB2012REP1254.

218. Techniquement une telle personne devrait être impliquée à titre de défenderesse et non comme mise en cause. Ceci étant, la mise en cause n'est pas fatale (art. 2 C.p.c.) (art. 25 NCPC).

de certains biens²¹⁹, entre autres, des biens situés au Québec dont le propriétaire ou autre ayant droit est inconnu ou introuvable²²⁰ et des biens abandonnés par leur propriétaire (c.-à-d. des biens sans maître) que l'État s'approprie²²¹. Dans tous ces cas, sous réserve de ce que nous mentionnons ci-après, il sera donc possible de procéder contre le ministre, en dirigeant la procédure contre « l'Agence de revenu du Québec »²²².

Un immeuble sans maître est dévolu à l'État (art. 936 C.c.Q.). Il demeure toutefois sujet à la prescription acquisitive, tant que l'État n'a pas pris possession de l'immeuble ou tant qu'un avis déclarant l'État propriétaire n'a pas été publié (art. 936 C.c.Q.). C'est le ministre du Revenu qui doit donner l'avis déclarant l'État propriétaire mais c'est également le même ministre qui doit publier un avis dénonçant sa qualité d'administrateur provisoire d'un bien sans maître (art. 2(5) et 17 L.B.N.R.). En cas d'avis du ministre²²³, il faudra donc vérifier si l'avis est donné à titre

219. Art. 2 L.B.N.R.

220. Art. 2(10) L.B.N.R.

221. Art. 2(5) L.B.N.R. et art. 936 C.c.Q. Parfois on peut se demander si l'immeuble possédé est un bien qui appartient encore à une personne mais qui est inconnue ou introuvable ou s'il doit être considéré comme un bien abandonné, c.-à-d. un bien sans maître, donc appartenant à l'État (art. 936 C.c.Q.). Après quelques décennies d'absence de manifestation du propriétaire inscrit au registre foncier, on considère souvent que l'immeuble est sans maître. Précisons que c'est à la lumière des faits au moment de la possession que l'immeuble doit être qualifié (*Ville de Québec c. Le Curateur public*, REJB 2001-23705 (C.A.), par. 27 ; il est à noter que le tribunal a mentionné que l'interprétation de l'article 401 C.c.B.C., correspondant à l'actuel 936 C.c.Q., peut s'inspirer du droit français, puisqu'il a lui-même inspiré cet article 401 C.c.B.C.). Concrètement, en l'absence d'un avis publié au registre foncier à l'effet que l'immeuble appartient à l'État, il n'importe pas vraiment de déterminer si, pendant la possession, le bien appartenait toujours à une personne (une personne inconnue ou introuvable) ou s'il devait être considéré comme un bien sans maître appartenant à l'État. En effet, en l'absence d'un avis publié, la distinction est sans conséquence, puisque le ministre du Revenu a l'administration provisoire tant des biens sans maître appartenant à l'État que de ceux dont le propriétaire est inconnu ou introuvable. Nous voyons mal le ministre se plaindre d'avoir été impliqué en qualité d'administrateur provisoire des biens d'une personne inconnue ou introuvable plutôt qu'en qualité d'administrateur provisoire d'un bien sans maître, ou vice-versa.

222. Voir l'article 47 L.B.N.R. Voir ci-dessus, au paragraphe 3.4, sur la façon que nous préconisons pour identifier cette agence.

223. Signalons qu'avant le 1^{er} avril 2006, c'était le Curateur public qui agissait comme administrateur provisoire et c'est également lui qui devait donner ces avis aux termes de la *Loi sur le curateur public* (RLRQ, c. C-81) et de l'article 936 C.c.Q. tel qu'ils se lisaient à l'époque. Cela a changé, suite à la *Loi sur l'abolition de certains organismes publics et le transfert de responsabilités administratives* (L.Q. 2005, c. 44), aux termes de laquelle le ministre du Revenu a succédé au Curateur public comme administrateur provisoire. Cette dernière loi a été suivie, quelques années plus tard, par l'adoption de la L.B.N.R. (L.Q. 2011, c. 10) (RLRQ, c. B-5.1), aux termes de laquelle les responsabilités du ministre du

d'administrateur provisoire, ce qui laisse le bien sans maître sujet à la prescription, ou s'il a été donné en vertu de l'article 936 C.c.Q., ce qui empêche de s'accomplir toute prescription non acquise au moment de l'avis.

8.6 Personne morale dissoute

Que faire si la personne à qui on veut signifier la procédure est une personne morale dissoute ? La L.B.N.R. prévoit que le ministre du Revenu du Québec agit comme administrateur provisoire des biens d'une personne morale dissoute²²⁴. Dans un tel cas, il sera donc possible de procéder contre le ministre, en dirigeant la procédure contre « l'Agence de revenu du Québec »²²⁵. Précisons qu'en regard des biens d'une personne morale dissoute, la loi ne précise pas qu'elle doit avoir été constituée au Québec. Ainsi, sont également visés les biens d'une personne morale non constituée au Québec et qui a été dissoute²²⁶. Cela étant, le ministre du Revenu n'a pas compétence, lorsque la personne morale a été constituée selon la L.C.S.A. et qu'elle a été dissoute après le 14 décembre 1975. En effet, les biens appartenant à une personne morale fédérale dissoute à compter du 15 décembre 1975 sont dévolus à Sa Majesté du chef du Canada suivant l'article 228 L.C.S.A. (autrefois l'article 227, entré en vigueur le 15 décembre 1975). Si la personne morale fédérale a été dissoute avant cette date, il demeure cependant possible de diriger la procédure contre l'Agence du revenu du Québec. Pour les dissolutions survenues depuis cette date, la situation est plus complexe.

a) *Délai de prescription complété avant la dissolution de la personne morale fédérale.* Dans un tel cas, il n'y aurait pas de dévolution d'un immeuble en faveur du fédéral. En effet, sous réserve de l'obtention d'un jugement, le possesseur aurait néanmoins déjà acquis l'immeuble²²⁷. Reste qu'il faut bien signifier la

Revenu, prévues dans la *Loi sur le curateur public*, ont été regroupées dans cette loi distincte.

224. Art. 2(3) L.B.N.R.

225. Voir l'article 47 L.B.N.R.

226. Bernard DRAPEAU, « L'acquisition de biens non réclamés ou sans maître, intervention du ministre du revenu en sa qualité d'administrateur provisoire et aspects fiscaux », EYB2011CPN85.

227. En effet, selon certains c'est l'accomplissement du délai qui permettrait d'acquiescer par prescription, le jugement ne faisant que confirmer l'acquisition déjà accomplie (Denys-Claude LAMONTAGNE, *Biens et propriété*, 7^e éd., n° 717.1, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2013, p. 490 et s.). Pour fins de discussion, nous présumerons que c'est le cas.

procédure à quelqu'un, ce quelqu'un étant la personne qui pourrait avoir un intérêt à contester la demande en prescription acquisitive. Ici, l'État fédéral a cet intérêt. En effet, si le demandeur n'arrive pas à établir les éléments nécessaires à l'obtention du jugement (c.-à-d. une possession utile d'au moins dix ans avant la dissolution de la personne morale fédérale), alors l'immeuble aura été dévolu à Sa Majesté du chef du Canada²²⁸.

Par ailleurs, si la dissolution date de plus de cinq ans, il faudra tenir compte de la *Loi sur les biens en déshérence* (L.R.C. 1985, ch. E-13), laquelle touche aux biens que l'État fédéral a droit du fait, entre autres, qu'une personne morale a été dissoute. L'article 5 de cette loi interdit de prendre action contre Sa Majesté, après cinq ans de la dissolution de la personne morale, pour recouvrer un immeuble dont le procureur général du Canada a fait prendre possession au nom de Sa Majesté. Tout d'abord, il ne nous semble pas que la demande en prescription vise à recouvrer un immeuble de la personne morale dissoute, vu la prescription déjà accomplie au moment de la dissolution. Ensuite, cet article s'applique en présence d'un bien dont le procureur général a fait « prendre possession ». À cet égard, l'article 2 de cette loi indique que le procureur général peut, à l'égard d'un bien visé par cette loi, en faire prendre possession au nom de Sa Majesté ou, si la possession en est empêchée, produire une plainte en Cour fédérale en vue de son recouvrement. À notre avis, faire « prendre possession » suppose une prise de contrôle physique de l'immeuble. Autrement dit, une présence du gouvernement qu'un tiers est en mesure de constater sur les lieux. À défaut, nous soumettons qu'il devrait être possible de diriger la procédure contre Sa Majesté, puisqu'il ne s'agit pas de recouvrer un bien dont l'État fédéral a fait prendre possession²²⁹. Dans le cas où nous aurions tort, il faudra sans doute songer à reconstituer la personne morale (art. 209 L.C.S.A.), avant de prendre action contre la personne morale reconstituée.

228. Si les allégués de la demande ou les pièces permettent de savoir que la personne morale dissoute est une personne morale fédérale dissoute depuis le 15 décembre 1975 (ce qui normalement devrait être le cas, si la procédure est complète) et que la procédure est dirigée contre l'Agence du Revenu du Québec, il est fort probable qu'un membre du personnel de cette agence vous avise que votre demande n'est pas dirigée contre la bonne personne. À défaut de tenir compte de cette mise en garde, il se pourrait qu'un jugement soit rendu, le juge oubliant par mégarde l'article 228 L.C.S.A. Dans un tel cas, on se retrouverait dans la situation où un jugement aura été rendu en l'absence de la personne intéressée.

229. Si le possesseur a le *corpus* de la lisière litigieuse, logiquement l'État fédéral n'en a pas la possession physique.

b) *Délai de prescription non complété avant la dissolution de la personne morale fédérale.* Dans un tel cas, on peut s'attendre à ce que l'État fédéral soutienne, avec raison²³⁰, qu'on ne peut lui opposer une prescription qui aurait été acquisitive après la dissolution à l'égard d'un bien qui lui aurait été dévolu suite à cette dissolution²³¹. Ainsi, en cas de dévolution à l'État fédéral avant l'accomplissement de la prescription, il ne sera pas possible d'acquérir par prescription (art. 916, al. 1 C.c.Q.), sauf ce que nous mentionnons plus loin. Certes le gouvernement peut publier un avis faisant état de la dévolution en sa faveur²³². Toutefois, comme la L.C.S.A. ne requiert pas un tel avis, on peut penser que la dévolution a lieu automatiquement²³³. Ceci étant, la dissolution de la personne morale fédérale peut faire suite à différentes situations : dissolution volontaire (art. 210 L.C.S.A.) ; dissolution par le directeur (art. 212 L.C.S.A.) ; etc. La dissolution volontaire nécessite quelques propos.

Au départ, disons que, dans le cadre d'une dissolution volontaire, la dévolution en faveur de l'État fédéral n'intervient que si l'immeuble n'a pas été réparti (art. 210 L.C.S.A.) par oubli ou pour une autre raison. Il semblerait que cette répartition n'exige pas un transfert publié au registre foncier, puisqu'il ne s'agirait pas d'un acte d'aliénation²³⁴. Ainsi, une résolution du conseil d'administration répartissant tous les biens (sans plus de précision) de la personne morale à l'actionnaire ou à une autre personne, comprenant donc implicitement un immeuble oublié ou dont la compagnie ignore encore être propriétaire, constituerait une répartition de

230. Un immeuble dévolu à Sa Majesté aux termes de l'article 228 L.C.S.A. constitue un immeuble fédéral assujéti à la *Loi sur les immeubles fédéraux et les biens réels fédéraux* (L.C. 1991, c. 50). Or, l'article 14 de cette loi prévoit que nul n'acquiert par prescription un immeuble fédéral.

231. Voir : *Ramessar c. Lamprou*, 2010 QCCS 2041, où le tribunal réfère à une lettre du Ministère des travaux publics et services gouvernementaux du Canada envoyée à un possesseur pour l'informer que l'État fédéral n'est pas soumis à la prescription acquisitive.

232. Pour un exemple, voir l'acte publié à Montréal sous le numéro 12 556 376.

233. *Dumont c. Officier de la publicité des droits de la circonscription foncière de Charlevoix*, REJB 2000-20366 (C.S.), par. 12. Pour différentes solutions pour régulariser la situation, voir : Anne ST-PIERRE, « *Loi canadienne sur les sociétés par actions – Problèmes pratiques liés à la dévolution des biens d'une société dissoute en faveur de Sa Majesté la Reine du chef du Canada* », (2010) 2 C.P. du N. 219, 228 et s. Précisons que la dévolution automatique ne requiert pas et n'équivaut pas à une entrée en possession au sens des articles 2 et 5 de la *Loi sur les biens en déshérence*, L.R.C. (1985), ch. E-13.

234. *Rémillard c. Québec (Procureur général) (Ministre de la Culture et des Communications)*, 2012 QCCS 6343. Notons que le Procureur général du Canada n'a pas été mis en cause dans cette affaire. Ce jugement ne lie donc pas l'État fédéral.

cet immeuble, empêchant ainsi la dévolution à l'État fédéral²³⁵. Dans les faits, il peut être difficile de retracer une telle résolution, à défaut de coopération des anciens administrateurs. Nous serions tentés de suggérer l'approche suivante. L'article 210 L.C.S.A. exige, comme préalable à la dissolution volontaire, une répartition des biens de la personne morale fédérale. On peut donc présumer l'existence d'une telle résolution. D'ailleurs, le certificat de dissolution ne sera émis que si la demande en dissolution fait état de cette répartition. Ajoutons que la personne en autorité à Industrie Canada a dû être satisfaite qu'une répartition des biens a été faite avant de délivrer le certificat de dissolution²³⁶. Ainsi, il appartiendrait à l'État fédéral de prouver qu'une telle répartition n'a pas eu lieu. Bref, l'émission d'un certificat de dissolution volontaire ferait présumer (présomption simple) de la répartition de tous les biens de la personne morale fédérale. Évidemment, en l'absence du texte de la résolution de répartition on ne peut savoir à qui cette répartition a été faite. Il serait alors possible de signifier au ministre du Revenu du Québec en sa qualité d'administrateur provisoire d'un bien situé au Québec dont le propriétaire ou autre ayant droit est inconnu (ici, l'actionnaire ou une autre personne à qui les biens ont été répartis avant la dissolution). Terminons en disant qu'il serait bon de mettre en cause le procureur général du Canada, tant que la jurisprudence n'aura pas statué sur la question.

8.7 Vice dans la chaîne des titres²³⁷

Une autre situation où la prescription acquisitive est utilisée est celle où il y a un vice dans la chaîne des titres du possesseur. Ici, ce dernier a un titre de propriété sur l'immeuble possédé. Mais

235. *Rémillard c. Québec (Procureur général) (Ministre de la Culture et des Communications)*, 2012 QCCS 6343. Notons que le Procureur général du Canada n'a pas été mis en cause dans cette affaire. Ce jugement ne lie donc pas l'État fédéral.

236. *Rémillard c. Québec (Procureur général) (Ministre de la Culture et des Communications)*, 2012 QCCS 6343, par. 107. Dans le même sens, en regard d'une dissolution suivant la *Loi sur les sociétés par actions* (RLRQ, c. S-31.1), voir : *Wesdome Gold Mines Ltd. c. Québec (Agence du revenu)*, 2014 QCCQ 8444, par. 33 et 39, où le tribunal considère que, du seul fait que le registraire des entreprises a émis un certificat de dissolution, on peut en inférer que les dispositions de la loi pour y parvenir ont été respectées.

237. Dans le passé, on a déjà distingué entre, l'acte sujet à une nullité (relative ou absolue) en raison d'une informalité lors de sa conclusion, d'un manque de pouvoir, de l'absence d'un consentement requis, etc., d'une part, et l'acte résoluble en raison d'une clause ou d'une condition résolutoire dans l'acte, d'autre part. Dans le premier cas, on parlait d'un titre vicié, alors que dans le deuxième on parlait d'un titre précaire. Cette distinction découlait, entre autres, de l'inter-

ce titre ou un titre antérieur souffre d'un vice²³⁸. Même si le Code civil est moins explicite à ce sujet²³⁹, il est reconnu que la prescription acquisitive est un moyen de corriger un vice dans les titres²⁴⁰. En fait, probablement que la procédure judiciaire en matière de prescription acquisitive est plus souvent utilisée pour corriger un vice dans les titres du possesseur plutôt que pour lui permettre d'acquérir un titre en regard d'un empiètement exercé chez le voisin.

En regard des différents vices dans les titres, nous nous limitons à examiner deux de ces vices.

a) *Les problèmes de désignation cadastrale*. Parmi les vices dans la chaîne des titres du possesseur, nous retrouvons, entre autres, les problèmes qui touchent à la désignation cadastrale, soit dans le titre du possesseur soit dans un titre antérieur²⁴¹. À cet égard, en territoire rénové, certains favorisent l'utilisation de la présomption d'exactitude prévue à l'article 19.2 de la *Loi favorisant la réforme du cadastre québécois*²⁴², plutôt que le

prétation du texte de l'article 412 C.c.B.C. Cet article prévoyait que le « possesseur est de bonne foi lorsqu'il possède en vertu d'un titre dont il ignore les vices (titre vicié), ou l'avènement de la cause résolutoire qui y met fin (titre précaire) » (il s'agit de nos ajoutés entre parenthèses). Cette distinction n'apparaît plus à l'article 932 C.c.Q. qui, selon les commentaires du ministre de la Justice, reprend en substance l'article 412 C.c.B.C. (voir : Ministère de la Justice, *Commentaires du ministre de la Justice – Le Code civil du Québec*, t. 1, Québec, Les Publications du Québec, 1993). Ainsi, suivant le nouvel article la notion de « vice de titre » couvre tant le titre annulable que le titre résoluble. Ajoutons que le nouveau Code utilise maintenant l'expression « titre précaire » non pas dans le sens d'un titre résoluble mais plus largement pour qualifier le titre dans lequel l'acquéreur a reconnu détenir pour autrui (voir les articles 923 et 2914 C.c.Q.) (titre avec condition résolutoire mais aussi un bail, etc.). Pour les fins de la prescription acquisitive, la notion de « vice de titre » couvre tant le titre annulable que le titre résoluble.

238. On suppose que le titre est antérieur à la possession décennale. Autrement, celle-ci ne saurait être utilisée pour couvrir le titre vicié.

239. L'ancien article 2245 C.c.B.C. prévoyait expressément que la prescription de trente ans permettait de couvrir les vices du titre. Cette précision n'a pas été reproduite dans le nouveau Code civil.

240. *Dion c. Ouellet*, 2008 QCCA 1812, par. 7.

241. Si le problème touche à la désignation cadastrale dans le titre du voisin, ce titre comprenant par erreur une partie du lot du propriétaire-possesseur, il serait possible, pour ce dernier, de demander une rectification du titre du voisin en vertu de l'article 804 C.p.c. (voir : *Simard c. Pépin*, 2012 QCCS 278).

242. RLRQ, c. R-3.1. Cet article établit une présomption simple de concordance entre la description du lot contenue dans le titre d'acquisition du propriétaire* avec celle du lot montré sur le plan de rénovation cadastrale, d'une part. Et, en cas de discordance, l'article ajoute que la description contenue dans le titre d'acquisition n'a pas à être corrigée par l'obtention d'un jugement ou autrement, d'autre part. L'article 3027 C.c.Q. établit également une présomption simple de concor-

recours au jugement en prescription, lorsque le problème de désignation est antérieur à la rénovation cadastrale et qu'il entre dans le cadre de cet article²⁴³. Les problèmes de discordance qui pourraient être couverts par l'article 19.2 sont, notamment :

i) le numéro de lot dans le titre est différent de celui occupé réellement (ex. : le titre mentionne une partie du lot 1 de l'ancien cadastre, alors que le lot rénové nous apprend qu'il s'agit, en réalité, d'une partie du lot 2 de l'ancien cadastre)²⁴⁴ ; ii) les mesures aux titres antérieurs à la rénovation diffèrent de celles du lot rénové (ex. : le titre mentionne 50X100, alors que le lot rénové est de 55X100, cela étant dû à un surplus de terrain) ; iii) utilisation d'un numéro de lot cadastral dans l'acte d'achat avant le dépôt officiel au bureau de la publicité des droits du lot cadastral en question²⁴⁵ ; iv) avant la rénovation, survient un bornage à l'amiable, dont la ligne établie comprend une lisière dont le titre n'est pas à celui à qui est attribuée la lisière. Le bornage étant simplement déclaratif, il aurait dû être suivi d'une cession par le voisin ou par un jugement en prescription²⁴⁶, ce qui n'a pas été fait. Le lot rénové comprenant la lisière en question, l'article 19.2 réglerait le problème.²⁴⁷

Pour ce faire, ils suggèrent l'obtention d'un certificat de localisation contenant un rapport de concordance, c.-à-d. une explication sur la discordance, de manière à ce que le lecteur du certificat puisse se convaincre qu'il y a peu de risque à voir un renversement

dance entre le plan cadastral et les titres. La différence entre ces deux articles est que l'article 19.2 s'applique aux lots représentés sur un plan de rénovation cadastrale par rapport aux titres antérieurs à la rénovation et à l'ancien cadastre, alors que l'article 3027 s'applique aux lots résultant d'une opération cadastrale en territoire rénové, c.-à-d. entre le plan rénové et les titres postérieurs à ce plan par rapport à un nouveau lot postérieur à la rénovation. Autrement dit, le premier assure la transition entre les titres antérieurs à la rénovation et l'ancien cadastre, d'une part, et le nouveau cadastre (le Cadastre du Québec), d'autre part ; alors que le second article vise à donner une force probante aux titres et aux opérations cadastrales (subdivision, remplacement, etc.) subséquentes à la rénovation et qui touchent au Cadastre du Québec. Pour de plus amples informations au sujet de ce qui différencie ces deux articles, voir : François BROCHU, « Du nouveau au sujet de l'article 19.2 de la *Loi favorisant la réforme du cadastre québécois* » (2010) 112 *R. du N.* 475.

*Même si textuellement l'article 19.2 réfère au titre d'acquisition du propriétaire (le propriétaire actuel faut-il comprendre), la présomption s'applique également à l'égard d'un titre antérieur.

243. François BROCHU, « Prescription acquisitive et publicité des droits », (2011) 113 *R. du N.* 259, 269 et s. Voir aussi : *Désilets (Re)*, 2010 QCCS 5384.

244. François BROCHU, « Prescription acquisitive et publicité des droits », (2011) 113 *R. du N.* 259, 270-271.

245. François BROCHU, « Prescription acquisitive, publicité des droits et bornage » (2010) 112 *R. du N.* 213, 218-219.

246. *Richard-Thibault c. Charest*, 2006 QCCS 1387, par. 28.

247. François BROCHU, « Prescription acquisitive, publicité des droits et bornage » (2010) 112 *R. du N.* 213, 217-218.

de la présomption prévue à cet article. Ils ajoutent qu'il faudrait obtenir une confirmation écrite des voisins à l'effet qu'ils ne contestent pas l'exactitude du plan de rénovation ou qu'ils n'ont aucune prétention à faire valoir à l'égard du lot rénové. Enfin, il faudrait exposer brièvement dans la vente faite par le possesseur²⁴⁸ :

i) les raisons pour lesquelles la présomption de l'article 19.2 règle le problème de discordance ; ii) l'absence de contestation par les voisins²⁴⁹ et d'inscription adverse ; iii) reproduire la clause de concordance contenue dans le certificat de localisation.

On peut comprendre que plusieurs préfèrent s'adresser au tribunal, lorsqu'*a priori* cela semble plus simple. Ajoutons que la méthode préconisée²⁵⁰ ne semble pas encore faire partie des habitudes notariales. L'acquéreur qui accepte aujourd'hui de s'en remettre à l'article 19.2 pourrait bien se voir réclamer un jugement en prescription au moment de la revente, si le notaire du nouvel acquéreur est moins convaincu que son prédécesseur de la suffisance de l'article 19.2.

b) *Les actes susceptibles d'être résolus en raison d'une clause ou d'une condition résolutoire.* Parmi les vices de titres, il y a aussi les actes transférant la propriété mais qui sont susceptibles d'être anéantis éventuellement : annulation pour informalité lors de la formation du contrat, résolution en vertu d'une clause résolutoire sanctionnant le défaut d'exécution d'une obligation et résolution suite à l'accomplissement d'une condition résolutoire. On a l'habitude de voir des jugements en prescription acquisitive pour pallier à un acte atteint d'une nullité relative ou absolue²⁵¹. On voit moins souvent une demande en prescription acquisitive en présence d'un acte comportant, en faveur du cédant, une clause résolutoire ou une condition résolutoire²⁵² où il s'agit de faire valoir la pres-

248. François BROCHU, « Prescription acquisitive et publicité des droits », (2011) 113 *R. du N.* 259, 271.

249. Dans *Désilets (Re)*, 2010 QCCS 5384, le tribunal réfère à une intervention des voisins dans l'acte notarié.

250. Obtention d'un certificat de localisation comportant un rapport de concordance, etc.

251. Par exemple, en raison de l'absence de l'autorisation ou du consentement requis.

252. Pour la distinction entre les deux, voir : Pierre PRATTE, « Condition résolutoire et clause résolutoire : deux choses à distinguer », (2011) 70 *R. du B.* 323. Sommairement, disons que la condition résolutoire est reliée à un événement futur et incertain dont l'arrivée ou la non-arrivée, selon le cas, entraîne l'extinction du contrat dont la survie était justement liée au fait que l'événement en question arrive ou n'arrive pas, selon le cas. De son côté, la clause résolutoire permet la

cription acquisitive contre le cédant à cet acte. Nous nous attarderons à ce dernier point²⁵³. Dans un premier temps, en regardant l'acquéreur initial, c.-à-d. le cocontractant à l'acte comportant une clause ou une condition résolutoire. Dans un deuxième temps, en examinant la situation du sous-acquéreur, c.-à-d. celui qui a acquis de l'acquéreur initial.

i) L'acquéreur initial. L'acquéreur, que l'acte de transfert comporte une clause résolutoire ou une condition résolutoire, acquiert un droit de propriété complet, en ce sens que c'est lui, et lui seul, sans l'aide du cédant initial, qui exerce le droit d'user, de jouir et de disposer du bien acquis (art. 947 C.c.Q.)²⁵⁴. Cela étant,

résolution du contrat à titre de sanction à l'encontre de l'inexécution d'une obligation prévue au contrat.

253. Malgré la différence conceptuelle entre une clause résolutoire et une condition résolutoire (voir à la note précédente), en pratique il n'est pas toujours aisé de déterminer si nous sommes en présence d'une clause résolutoire ou d'une condition résolutoire. Pourtant la classification aura une grande importance. En effet, dans une vente faite depuis 1994 la clause résolutoire devient inopérante après cinq ans à compter de la vente (art. 1742 C.c.Q.). Pour les ventes antérieures à 1994, toutes les clauses résolutoires sont devenues inopérantes le 1^{er} janvier 1999 (*Québec (Procureur général) c. Mascouche (Ville de)*, 2012 QCCA 1099). Ainsi, considérant qu'en matière de vente la clause résolutoire aura nécessairement pris fin avant qu'une personne veuille aujourd'hui invoquer la prescription décennale, il devient donc inutile de faire valoir cette dernière. À l'égard d'une vente, nos propos n'ont donc d'utilité qu'à l'égard d'un acte comportant une condition résolutoire, puisque celle-ci n'est pas limitée dans le temps. Quant aux donations, il faut distinguer entre celles faites avant 1994 et celles faites depuis. Le premier alinéa de l'ancien article 816 C.c.B.C. soumettait la clause résolutoire pour cause d'inexécution des obligations contractées par le donataire comme charge ou autrement à un délai d'expiration de dix ans, par renvoi à l'article 1537 C.c.B.C. (*Archambault c. Archambault*, REJB 1998-09230 (C.S.)). Si la clause tombait sous le coup du deuxième alinéa de l'article 816 C.c.Q., c.-à-d. lorsque la résolution était reliée à autre chose que l'inexécution d'une charge*, alors il n'y avait aucun délai d'expiration de la clause (*Corporation de la Paroisse de St-Télesphore c. Société d'habitation du Québec*, EYB 1983-141595). Quant aux donations faites sous le nouveau Code civil, aucun délai n'est maintenant prévu pour l'exercice d'une clause résolutoire. Ainsi, le présent texte vise une ancienne clause résolutoire tombant sous le coup du deuxième alinéa de l'article 816 C.c.B.C. et toute clause résolutoire dans une donation faite depuis 1994. Et dans tous les cas, nos propos visent une donation (ancienne ou nouvelle) qui contient une condition résolutoire, car non sujette à une limite de temps.

*Par exemple, une disposition prévoyant que l'immeuble donné doit servir à telle ou telle fin, à défaut de quoi la donation sera résolue ou que l'immeuble retournera au donataire.

254. Même si l'acquéreur acquiert un droit de propriété complet, le cédant conserve néanmoins des droits qu'il peut céder. Dans le cas d'une condition résolutoire, il pourra céder ses droits de propriétaire sous condition suspensive (art. 1505 C.c.Q.). Quant à la clause résolutoire, elle se rattache à l'obligation dont elle vise à sanctionner l'inexécution. Le droit de résolution appartient au créancier de l'obligation et, en cas de cession de celle-ci, le droit de résolution se transfère en même temps que l'obligation en tant qu'accessoire, sauf s'il apparaît du contrat initial que les parties entendaient donner un caractère strictement personnel

même si l'acquéreur initial est considéré comme possesseur face aux tiers, il est détenteur précaire face au cédant, puisqu'il détient à charge de rendre à ce dernier²⁵⁵. Ainsi, la prescription acquisitive peut s'accomplir en faveur de l'acquéreur initial contre un tiers mais elle ne peut s'accomplir contre le cédant initial. On ne peut prescrire contre son titre, sauf interversion de titre²⁵⁶. Précisons que la situation est différente, lorsque l'acte est atteint de nullité (relative ou absolue), par exemple en raison de l'absence d'un consentement requis. L'acte atteint de nullité ne fait pas de l'acquéreur un détenteur précaire face au cédant, car il ne contient aucune clause expresse obligeant à lui rendre éventuellement l'immeuble²⁵⁷.

ii) Le sous-acquéreur. La résolution suite à l'accomplissement d'une condition résolutoire (art. 1507 C.c.Q.) et la résolution pour défaut d'exécution d'une obligation (art. 1606 C.c.Q.) entraînent la disparition rétroactive de l'acte résolu. Cette disparition s'accompagne d'une restitution des prestations reçues. À cet égard, l'article 1707 C.c.Q. module la restitution en cas d'aliénation à un tiers²⁵⁸. Logiquement, si le sous-acquéreur peut opposer la prescription acquisitive contre une demande de restitution en nature, il devrait être capable d'invoquer cette même prescription acquisitive en demande, avant même que l'anéantissement ne survienne. Examinons donc la chose sous le prisme de la restitution.

au droit de résolution. L'une ou l'autre de ces cessions entraînera l'arrivée d'un nouveau joueur. Toutefois, ce dernier sera assimilé au cédant initial.

255. Art. 1507 et 1606 C.c.Q. Par analogie avec le grevé de substitution qui est à la fois possesseur vis-à-vis des tiers mais détenteur précaire face à l'appelé, puisqu'il détient à charge de rendre (Pierre MARTINEAU, *La prescription*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1977, n° 33, p. 33-34).

256. Art. 2208 C.c.B.C. et 2914 C.c.Q.

257. Certes, sauf en matière de vente (art. 1742 C.c.Q.), la résolution pour inexécution d'une obligation peut survenir en l'absence de toute clause résolutoire expresse (art. 1604 C.c.Q.). Toutefois, dans un tel cas, l'acte ne comporte pas une obligation de rendre à la charge de l'acquéreur, même si éventuellement il peut être contraint de restituer l'immeuble. Par contre, dans un acte comportant une clause résolutoire expresse, cet acte s'accompagnerait toujours expressément ou, à défaut, implicitement d'une obligation de rendre au cédant. Ainsi, en acceptant la présence d'une clause résolutoire, ou d'une condition résolutoire, l'acquéreur a, par la même occasion, reconnu l'obligation de rendre en faveur de son cédant, le rendant ainsi détenteur précaire face à ce dernier.

258. Dans le cas d'une vente faite par un mandataire non-autorisé, l'acquéreur n'est pas un tiers face au mandant qui demanderait la nullité de la vente (voir, par analogie, *Coppin c. Ouellette*, 2012 QCCA 1739, où le créancier hypothécaire prétendait être un tiers face au mandant qui n'avait pas autorisé l'hypothèque). Toutefois, le cas échéant, il peut opposer la prescription acquisitive, s'agissant d'une vente du bien d'autrui (art. 1713 et 1714 C.c.Q.).

L'article 1707 C.c.Q. prévoit spécifiquement que le sous-acquéreur à titre gratuit, qu'il soit de bonne ou de mauvaise foi, le Code ne distinguant pas, peut invoquer la prescription acquisitive. Le Code ne limite pas les causes de restitution contre lesquelles ce sous-acquéreur peut opposer la prescription acquisitive. Par conséquent, que l'on soit en présence d'une clause résolutoire ou d'une condition résolutoire, le tiers acquéreur à titre gratuit qui a eu une possession utile pendant dix ans peut invoquer la prescription acquisitive contre le cédant initial. Par ailleurs, en présence d'une clause résolutoire ou d'une condition résolutoire, l'acquéreur initial ne peut prescrire contre son cocontractant (le cédant initial)²⁵⁹. Il faudra que la prescription résulte entièrement de la possession du sous-acquéreur lui-même, excluant donc le temps de possession de l'acquéreur initial.

Par ailleurs, suivant le premier alinéa de l'article 1707 C.c.Q., le sous-acquéreur à titre onéreux de bonne foi²⁶⁰ peut opposer son titre à celui à qui est due la restitution. Ainsi, pour ce sous-acquéreur il n'est pas nécessaire de faire valoir la prescription. Par conséquent, même si la prescription n'est pas encore accomplie, il ne pourra être contraint de restituer l'immeuble.

Quant au sous-acquéreur à titre onéreux de mauvaise foi, nous croyons qu'il pourra faire valoir la prescription accomplie, le cas échéant²⁶¹. Certes, contrairement au sous-acquéreur à titre gratuit²⁶², le Code ne fait pas état que le sous-acquéreur à titre onéreux de mauvaise foi peut opposer la prescription acquisitive. Toutefois, à notre avis, on ne doit pas voir là un empêchement à

259. Voir ci-dessus.

260. Pour savoir qui se qualifie de sous-acquéreur de « bonne foi », voir : Vincent KARIM, *Les obligations*, vol. 1, 3^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2009, p. 1278-1279.

261. Voir : Jean-Louis BAUDOUIN et Pierre-Gabriel JOBIN (par Pierre-Gabriel Jobin et Nathalie Vézina), *Les obligations*, 7^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2013, p. 1156-1159. Les auteurs indiquent qu'une interprétation *a contrario* de l'article 1707 C.c.Q. signifie que le tiers de mauvaise foi devra toujours restituer le bien. Ils s'empressent toutefois d'ajouter que les règles prévues à cet article ne sauraient être examinées et appliquées en vase clos. À cet égard, ils indiquent qu'il ne faut pas oublier les règles générales prévues ailleurs dans le Code. Par exemple, disent-ils, le sous-acquéreur, même de mauvaise foi, peut invoquer sa prescription acquisitive de dix ans contre la revendication du cédant initial. Voir aussi : Jean PINEAU, Danielle BURMAN et Serge GAUDET (par Jean Pineau et Serge Gaudet), *Théorie des obligations*, 4^e éd., n° 207, Montréal, Éditions Thémis, 2001, p. 369-370. Ces auteurs ouvrent le recours à la prescription acquisitive par quiconque, sans exclure l'acquéreur à titre onéreux de mauvaise foi.

262. De bonne ou de mauvaise foi, le Code ne précisant pas.

faire valoir la prescription acquisitive pour ce sous-acquéreur. C'est que la prescription s'accomplit en faveur de ce sous-acquéreur et à l'encontre du cédant initial, puisque nous ne trouvons aucune disposition expresse à l'effet contraire (art. 2877 C.c.Q.)²⁶³. En effet, si une interprétation *a contrario* de l'article 1707 C.c.Q. ou si la mention de la prescription en faveur du sous-acquéreur à titre gratuit impliquaient une exclusion pour le sous-acquéreur à titre onéreux de mauvaise foi, il s'agirait tout au plus d'une exclusion implicite. En outre, le possesseur sans titre, qui n'est pas visé par l'article 1707 C.c.Q., peut certainement prescrire acquisitivement contre le cédant initial. Or, si le possesseur sans titre et si le sous-acquéreur à titre gratuit de mauvaise foi peuvent prescrire contre le cédant initial, on ne voit pas pourquoi le sous-acquéreur à titre onéreux de mauvaise foi ne pourrait le faire, en l'absence d'une exclusion spécifique à cet égard. C'est pourquoi nous croyons qu'après dix ans de possession utile, il pourra faire valoir la prescription acquisitive contre le cédant initial.

Précisons que si le sous-acquéreur, quel qu'il soit, a reconnu le droit de résolution en faveur du cédant initial²⁶⁴, il sera dans la même position que l'acquéreur initial en présence d'une clause ou d'une condition résolutoire. Il ne pourra donc opposer sa possession au cédant initial, sauf interversion de titre. Toutefois, dans le cas où cette reconnaissance n'a pas eu lieu, le sous-acquéreur aura une possession opposable au cédant initial²⁶⁵. Si sa possession

263. Cet article énonce que la prescription s'accomplit à l'encontre de tous, sous réserve des dispositions expresses de la loi.

264. Cette reconnaissance pourrait prendre la forme, par exemple, d'un engagement du sous-acquéreur d'exécuter à l'acquit du cédant toutes les clauses, restrictions et obligations prévues dans le contrat initial. Cette conclusion découle implicitement des décisions *Corporation de la Paroisse de St-Télésphore c. Société d'habitation du Québec*, EYB 1983-141595 (C.S.) et *Perret c. Ste-Sabine (Municipalité de)*, 2010 QCCS 102. Dans ces deux dossiers, les sous-acquéreurs s'étaient engagés à respecter les obligations et charges stipulées dans le contrat initial. Puis, ils avaient revendu à des tiers mais sans imposer à ces derniers le respect des obligations et charges stipulées dans le contrat initial. Aucun des tiers n'avait à lui seul une possession utile suffisamment longue pour prescrire acquisitivement. Comme ces jugements ne discutent pas de la possibilité d'une prescription acquisitive en faveur du tiers acquéreur, il faut en déduire qu'il n'était pas possible pour ce dernier de joindre à sa possession celle du sous-acquéreur qui s'était engagé à respecter le contrat initial.

265. Évidemment, on peut imaginer la situation où, sans qu'il y ait une reconnaissance formelle du droit de résolution en faveur du cédant initial, l'acte transférant la propriété au sous-acquéreur contiendrait néanmoins une clause résolutoire ou une condition résolutoire calquée sur celle apparaissant dans le contrat initial. Dans un tel cas, il y aura restitution en cascade, le sous-acquéreur restituant à l'acquéreur initial, celui-ci, à son tour, restituant au cédant initial.

perdure dix ans, il prescrira acquisitivement contre le cédant initial. Rappelons qu'il ne pourra joindre à sa possession à celle de son auteur (l'acquéreur initial) pour cumuler dix ans, puisque ce dernier est un détenteur précaire face au cédant initial.

Enfin, on peut se demander, en présence d'une clause résolutoire ou d'une condition résolutoire destinée à couvrir une période au-delà de dix ans²⁶⁶, comment le cédant initial pourrait se protéger contre une prescription acquisitive en faveur du sous-acquéreur. Peut-être présenter une action en interruption de prescription à titre d'acte conservatoire (art. 1504 C.c.Q.²⁶⁷ et 2892 C.c.Q.)²⁶⁸.

8.8 Prescription acquisitive en territoire agricole

Peut-on acquérir par prescription une partie de lot (« lot » tel que défini dans la L.P.T.A.A., ci-après : « lot agricole »), vu l'article 28 de cette loi ? Cet article interdit, sauf dans les cas et conditions déterminés par règlement, l'aliénation d'une partie d'un lot agricole, sans l'autorisation de la Commission de protection du territoire agricole. La L.P.T.A.A. définit, pour ses fins, une aliénation comme étant « tout acte translatif ou déclaratif de propriété [...] ». Ainsi, le jugement en prescription acquisitive, qu'il soit translatif (attributif) ou déclaratif²⁶⁹, apparaît *a priori* comme une aliénation. La jurisprudence est divisée sur la question.

Premier courant – Dans *Liberté TM inc.*²⁷⁰, la Cour supérieure a refusé d'accorder une demande en prescription acquisitive portant sur une partie d'un lot agricole. Dans un premier temps, le tribunal a considéré que l'utilisation non-agricole, alors

266. Rappelons qu'en matière de vente immobilière la clause résolutoire est limitée à cinq ans (art. 1742 C.c.Q.).

267. Bien que l'article 1504 C.c.Q. s'adresse au propriétaire sous condition résolutoire, en raison de la similitude au niveau des conséquences suite à une résolution pour inexécution d'une obligation, on devrait permettre au cédant sous clause résolutoire de prendre appui sur cet article pour recourir à une telle action.

268. Sous l'ancien code, l'action visant uniquement à interrompre la prescription était mentionnée, par exemple, à l'article 2207, alinéa 3 C.c.B.C. La doctrine considérait aussi que l'action en interruption de prescription constituait un acte conservatoire, donc permis au propriétaire sous condition, puisque ce dernier était admis à poser un tel acte *pendente conditione* (art. 1086 C.c.B.C.) (voir : Pierre MARTINEAU, *La prescription*, n° 218, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1977, p. 222). Le Code actuel ne semble pas faire obstacle à une action en interruption de prescription à titre de mesure conservatoire.

269. Voir ci-dessus, au paragraphe 5.2, la controverse au sujet des caractéristiques du jugement en prescription acquisitive.

270. *Liberté TM inc. c. Grenier*, 2011 QCCS 3171.

que la parcelle litigieuse était zonée agricole²⁷¹, empêche d'avoir une possession utile car cette utilisation illégale rend la possession équivoque (par. 18)²⁷². Dans un deuxième temps, le tribunal a indiqué que le jugement en prescription acquisitive entre dans la définition du mot « aliénation » de la L.P.T.A.A. et constitue donc une aliénation au sens de cette loi. Comme l'article 28 de la L.P.T.A.A. interdit l'aliénation d'une partie d'un lot agricole et qu'une telle aliénation est susceptible d'être annulée en vertu de l'article 30 de cette même loi, le tribunal en conclut qu'il ne peut rendre un jugement en prescription acquisitive, car il s'agirait d'un jugement annulable. Avec respect, ce jugement nous paraît discutable.

Premièrement, la possession utile est celle qui est paisible, continue, publique et non équivoque. Nous voyons mal comment une utilisation qui serait illégale rendrait de ce fait la possession équivoque, ou encore porterait atteinte à l'une ou l'autre des autres caractéristiques de la possession utile. La possession est équivoque lorsque le possesseur reconnaît le droit d'autrui ou lorsqu'elle n'est pas exclusive, c.-à-d. lorsque les gestes du possesseur entrent en concurrence avec ceux posés par d'autres²⁷³. Deuxièmement, un jugement en prescription acquisitive est de nature non-contentieuse, lorsque rendu sans contestation ni preuve contraire²⁷⁴. Par conséquent, il est toujours susceptible d'être rétracté, donc annulé. En extrapolant le deuxième argument du tribunal, il deviendrait difficile d'obtenir un jugement en prescription acquisitive, lorsque non contesté, car il s'agirait toujours d'un jugement annulable. Ceci étant, il faut préciser que la Commission de protection du territoire agricole n'a pas été impliquée dans cette cause. Comme nous le verrons ci-après, la mise en cause de la Commission de protection du territoire agricole, sans que celle-ci ne conteste, permettrait d'écarter ce deuxième motif de rejet de la décision *Liberté TM inc.*

Deuxième courant – Dans *Dupuis*²⁷⁵, le tribunal a indiqué qu'il ne faut pas confondre l'utilisation faite par le possesseur et la

271. Sans droit acquis à une utilisation autre qu'agricole, faut-il comprendre du jugement.

272. Dans le même sens, voir *Paradis c. Agribois*, EYB 2013-220600 (C.S.) par. 22. *A contrario*, nous en déduisons qu'une utilisation non-agricole ne constituerait pas une possession équivoque.

273. Voir les auteurs cités au début aux notes 2 et 4.

274. *Lessard c. Vachon*, 2013 QCCA 207, par. 3.

275. *Dupuis c. Sainte-Perpétue (Municipalité de)*, 2012 QCCS 2678, par. 87.

possession qui amène la prescription. Autrement dit, la légalité ou l'illégalité de l'utilisation n'est pas un paramètre à considérer dans le cadre d'une demande en prescription acquisitive en territoire agricole. Tel que mentionné ci-dessus, cela nous paraît plus approprié en regard du caractère « non équivoque » de la possession. Dans *Mitchell*²⁷⁶, le tribunal a déclaré que la Commission de protection du territoire agricole n'a aucune compétence pour déterminer qui est propriétaire d'un lot (par. 39). Et, dans *Melbourne (Municipalité du Canton de)*²⁷⁷, le tribunal a indiqué que la création d'un lot lors de la rénovation cadastrale n'était pas un lotissement ou un transfert de lot, d'une part, et que la Commission n'avait aucune compétence pour déterminer qui est propriétaire du lot ainsi créé (par. 89). Quoi qu'il en soit, mieux vaudrait mettre en cause la Commission de protection du territoire agricole. Si cette dernière fait défaut de s'objecter à la demande, on pourra supposer qu'elle est d'accord avec le principe qu'elle n'a pas compétence pour déterminer qui est le propriétaire²⁷⁸. Notons que la pratique actuelle semble être de mettre en cause la Commission de protection du territoire agricole.

Mentionnons, en terminant, que l'analyse varie selon qu'il s'agit de corriger un vice dans les titres ou qu'il s'agit d'un empiètement chez le voisin. Seule cette dernière situation pourrait, à notre avis, faire l'objet d'une opposition par la Commission de protection du territoire agricole. En effet, dans le premier cas, l'aliénation a déjà eu lieu. À moins que cette aliénation ne soit contestée, le jugement ne fera que corriger une déficience dans les titres. En somme, dans un tel cas, le jugement n'a pas pour effet de créer un morcellement qui n'existerait pas déjà.

8.9 Prescription acquisitive en regard d'un chemin

Ici, deux situations sont traitées. La première, l'acquisition du chemin lui-même par une municipalité (chemin public) ou par un tiers (chemin privé). La deuxième, l'acquisition d'une partie d'un chemin en raison d'un empiètement dans le chemin.

a) *Acquisition du chemin lui-même*. Une municipalité peut acquérir un chemin fréquenté par le public de différentes façons,

276. *Mitchell c. Paquette*, 2012 QCCS 737.

277. *Melbourne (Municipalité du canton de) c. Fournier*, 2009 QCCS 55426, par. 89.

278. En ce sens, voir *Mitchell c. Paquette*, 2012 QCCS 737, par. 40.

dont la prescription acquisitive²⁷⁹. Et, si la municipalité refuse de se faire déclarer propriétaire par prescription ou nie en être propriétaire, un tiers qui est propriétaire d'un terrain qui borne un tel chemin ou un propriétaire qui utilise un tel chemin a un intérêt légal à faire déclarer que la municipalité a acquis le chemin par prescription, si c'est le cas²⁸⁰.

Quant à l'existence d'un chemin privé utilisé par des tiers, cela n'est pas en soi un signe d'équivocité ou de précarité de la possession. Que ce soit par tolérance du possesseur ou en vertu d'une servitude de passage en faveur des tiers, il peut y avoir possession utile. Ainsi, si aucun des utilisateurs, à part le demandeur, ne revendique la propriété et que la preuve montre plutôt une tolérance par celui qui se dit possesseur, il n'y a pas d'équivocité²⁸¹. Il en est de même si le bénéficiaire de la servitude de passage se comporte simplement comme bénéficiaire de la servitude²⁸².

Un chemin privé séparant deux propriétés peut être un chemin mitoyen, s'il est utilisé par les deux propriétaires contigus au chemin. Il est possible, pour l'un de ces copossesseurs de se faire déclarer propriétaire indivis du chemin pour l'avoir acquis par prescription, même si l'autre copossesseur ne demande pas, quant à lui, de se faire déclarer propriétaire indivis²⁸³. Il s'agit, ici, de prescrire soit à l'encontre de l'autre copossesseur qui serait également propriétaire en titre de la totalité ou d'une partie du chemin mitoyen soit à l'encontre d'un tiers qui serait propriétaire en titre du chemin mitoyen. Il s'agit, toutefois, de prescrire uniquement la moitié indivise. En effet, en regard de l'autre moitié indivise, la possession n'est pas exclusive face à l'autre copossesseur et est

279. *Melbourne (Municipalité du canton de) c. Fournier*, 2009 QCCS 5426. Dans cette décision, le tribunal a également indiqué que l'assiette du chemin ne se limite pas à la partie carrossable ou pavée. À ce dernier égard, voir aussi *Laval (Ville de) c. Bastien*, EYB 2012-207160 (C.S.), par. 31. Pour des exemples et des références jurisprudentielles de possession et de non-possession par une municipalité, voir Denis VINCELETTE, *En possession du Code civil du Québec*, n° 128, Montréal, Wilson & Lafleur, 2004, p. 50-51.

280. *Thibault c. Kraut*, 2012 QCCS 1472 (confirmé en appel, 2014 QCCA 435). Voir aussi *Chouinard c. Polysilva Management (1988) inc.*, 2007 QCCA 675, où la cour, en appel d'un jugement ayant rejeté une telle demande faute de preuve d'une possession utile à la prescription en faveur de la municipalité, n'a pas rejeté l'idée. Pour d'autres exemples de possession et de non-possession d'un chemin par une municipalité, voir : Denis VINCELETTE, *En possession du Code civil du Québec*, n° 128, Montréal, Wilson & Lafleur, 2004, p. 50-51.

281. *Donnelly c. Turcotte Demers*, 2010 QCCA 1948, par. 68 ; *St-Yves c. Thomas Bellemare inc.*, 2006 QCCS 5524.

282. *Provencher c. Bousquet*, 2013 QCCS 2218.

283. *Parent c. Sintra inc.*, 2012 QCCS 1444.

donc équivoque, sauf évidemment acte contradictoire visant à empêcher l'autre copropriétaire de faire usage de l'immeuble indivis²⁸⁴. Par contre, chaque indivisaire possède, quant à sa quote-part, les droits et les obligations d'un propriétaire-possesseur exclusif.

b) *Acquisition de l'empiètement exercé sur un chemin*. Voyons maintenant l'empiètement dans un chemin. Bien que l'on ne puisse prescrire acquisitivement contre un chemin public (art. 916, al. 2 C.c.Q.)²⁸⁵, on peut néanmoins acquérir contre un lot cadastré comme « rue » ou « ruelle » qui n'est pas ouvert physiquement au public, s'il appartient à un individu ou à une personne morale de droit privé²⁸⁶. On peut également prescrire contre un tel lot s'il appartient à une municipalité, mais à condition que cette dernière n'ait pas manifesté officiellement sa volonté d'affecter l'immeuble à l'utilité publique²⁸⁷. À cet égard, même en l'absence d'une ouverture physique de la rue, on peut retrouver la manifestation d'une telle volonté dans l'adoption d'un règlement d'ouverture de rue avant le 1^{er} janvier 2006²⁸⁸ ou d'une résolution à cet effet depuis le 1^{er} janvier 2006²⁸⁹ ou encore dans l'inscription au registre des rues publiques de la Ville de Montréal²⁹⁰, etc. Par ailleurs, l'acquisition par une municipalité d'une « rue projetée » sans manifestation d'une intention d'ouvrir la rue en question ne la fait pas entrer dans le domaine public de la municipalité²⁹¹. Enfin, précisons qu'une fois la rue entrée dans le domaine public, il faut retrouver un règlement de fermeture avant le 1^{er} janvier 2006²⁹² ou, depuis cette date, une résolution ou autre manifestation de l'intention de désaffecter ou de changer l'affectation publi-

284. *Cauchon c. Gagnon*, 2007 QCCA 843, par. 10 ; *Lessard c. Meldrum*, J.E. 2003-870 (C.S.).

285. Voir la jurisprudence sous la note 279 à l'effet que l'assiette du chemin ne se limite pas à la partie carrossable ou pavée.

286. Pour des exemples : *Bellefleur c. Groulx*, EYB 2005-98040 ; *Ebrahim c. Québec (Ministère du Revenu)*, 2006 QCCS 5187.

287. *Giacomodonato c. Mont-Royal (Ville de)*, 2006 QCCS 5400, par. 30 (*a contrario*).

288. Art. 422 *Loi sur les cités et villes*, RLRQ, c. C-19 (abrogé le 1^{er} janvier 2006).

289. Il s'agit de la date d'entrée en vigueur de la *Loi sur les compétences municipales* (RLRQ, c. C-47.1).

290. *Larose c. Montréal (Ville)*, REJB 2004-61615 (C.S.).

291. *Repos St-François d'Assise c. Ville de Montréal*, [1988] R.J.Q. 1706 (C.S.).

292. Notons que tout chemin public aboli ou fermé avant le 20 juin 1996 par une municipalité, alors régie par le Code municipal, revenait de droit (c.-à-d. par l'effet de la loi sans nécessité d'un contrat de vente) au terrain dont il avait été détaché. Et, si le terrain du chemin aboli n'avait pas été détaché d'un terrain voisin, il revenait alors de droit aux terrains entre lesquels il était situé, pour moitié à chacun (voir : l'article 739 Code municipal avant sa modification par L.Q. 1996, c. 27, art. 84).

que, décrétant que la rue n'est plus affectée à l'usage public, si un possesseur veut commencer à prescrire. C'est que l'affectation d'un bien à l'utilité publique ne peut être changée sans un acte de la municipalité à cet effet²⁹³.

8.10 Prête-nom

Ici, on imagine l'existence d'un prête-nom qui, en apparence, a une possession utile à la prescription. Nous disons en apparence car, en réalité, celui qui a une possession utile à la prescription est plutôt le véritable propriétaire lequel exerce sa possession par l'intermédiaire du prête-nom (art. 921 C.c.Q.). En somme, le prête-nom, détenant pour le compte d'autrui, ne peut prescrire pour lui-même (art. 923 C.c.Q.). Toutefois, le véritable propriétaire peut se prévaloir des faits et gestes du prête-nom, si ceux-ci sont paisibles, continus, publics et non équivoques (art. 922 C.c.Q.).

S'il s'agit d'obtenir un jugement en prescription acquisitive et que le prête-nom et le véritable propriétaire consentent au dévoilement de la simulation, alors il suffit que : a) la demande judiciaire soit faite par le prête-nom et le véritable propriétaire, avec reconnaissance par les deux de l'existence d'une simulation ; b) le jugement fasse état de l'existence d'un prête-nom ; et, c) le tribunal déclare que le véritable propriétaire a acquis l'immeuble par prescription acquisitive²⁹⁴.

Si le prête-nom et le véritable propriétaire veulent conserver la simulation confidentielle, voilà un problème, surtout pour le procureur au courant de la situation. C'est que, pour conserver le secret, il faudrait que le jugement soit rendu en faveur du prête-nom. Cela obligerait donc à obtenir de ce dernier un témoignage douteux. Nous imaginons un certain malaise du procureur, au courant de la situation, à faire déclarer solennellement au prête-nom qu'il a possédé l'immeuble à titre de propriétaire, alors qu'il n'était qu'un détenteur précaire. Certes, le prête-nom n'y verra pas un inconvénient à faire une telle déclaration solennelle, n'étant pas nécessairement conscient de la distinction entre possesseur et détenteur précaire. Pour le procureur, c'est autre chose. Par ailleurs, à supposer qu'un jugement soit obtenu en faveur du

293. *Karkoukly c. Westmount (Ville de)*, 2014 QCCA 1816.

294. Pour un exemple, voir le jugement publié sous le numéro 20 920 715 dans la circumscription foncière de Montréal.

prête-nom, ce dernier et le véritable propriétaire devront garder le silence subséquemment au jugement. En effet, si la simulation était dévoilée ultérieurement, on comprendra que le jugement serait susceptible d'être rétracté. En effet, la cause de rétractation serait évidente. C'est que forcément il y aurait eu preuve d'un semblant de possession par le prête-nom, alors qu'il n'était que détenteur précaire. De plus, le prête-nom aurait plaidé pour autrui.

9. BORNAGE

Est-il nécessaire de faire un bornage avant d'intenter la demande en prescription acquisitive ? La nécessité d'un bornage dépend des circonstances et n'est pas une condition *sine qua non* à l'introduction d'une demande en prescription acquisitive. Pour faire simple, disons que si le possesseur et le voisin reconnaissent que la parcelle litigieuse est, dans les faits, comprise dans le titre du voisin et non dans celui du possesseur, le bornage ne s'impose pas²⁹⁵. Imaginons que le possesseur A est propriétaire en titre du lot 1000 et que le voisin B est propriétaire en titre du lot 2000, et que la parcelle litigieuse occupée par A se trouve, dans les faits, sur le lot 2000. Si A, réclamant un jugement en prescription sur le lot ou une partie du lot 2000, reconnaît que physiquement la parcelle litigieuse est sur le lot 2000, ce qui est également reconnu par B, alors un bornage n'est pas nécessaire. En effet, la localisation de la limite entre les lots 1000 et 2000 n'est pas contestée. De même, si A, propriétaire en titre d'une partie du lot 1000, et B, également propriétaire en titre d'une autre partie du lot 1000, se disputent une parcelle du lot 1000, mais que les deux parties reconnaissent que physiquement cette parcelle est incluse dans la description apparaissant dans le titre de B, il n'y a pas lieu à bornage. Ainsi, il y a lieu au bornage seulement si les parties ne s'entendent pas, soit sur le numéro de lot cadastral sur lequel est située la parcelle convoitée soit sur lequel des titres de A ou B comprend la lisière litigieuse.

En fait, en l'absence d'un bornage mettant la lisière litigieuse dans le terrain décrit dans le titre du possesseur, ce dernier ne pourra prétendre à un titre sur cette lisière, si, *a priori*, elle fait

295. Rappelons que la reconnaissance de ce fait par le possesseur n'équivaut pas à une reconnaissance du droit d'autrui, si cette reconnaissance n'est pas accompagnée, par exemple, d'une reconnaissance par le possesseur à l'effet qu'il agit avec la permission du voisin (voir ci-dessus aux paragraphes 7.1 et 7.2).

partie du lot acquis par le voisin²⁹⁶. Le possesseur devra donc s'en remettre à sa possession décennale pour justifier son droit dans la lisière en question. D'un point de vue pratique, il faudra se demander s'il y a un intérêt à contester le plan cadastral ou la description apparaissant dans les titres du possesseur et du voisin, quitte à reconnaître que la parcelle litigieuse fait partie du lot cadastral ou de la partie du lot cadastral dont le titre est au nom du voisin, si la prescription acquisitive a permis l'acquisition de cette lisière.

Par ailleurs, même si l'arpenteur, qui établit un bornage en s'appuyant sur la possession décennale, met la parcelle litigieuse dans l'immeuble du possesseur alors que c'est le voisin qui en est le propriétaire en titre, le possesseur devra compléter le bornage par un jugement en prescription acquisitive ou par un acte de transfert du droit de propriété par le voisin²⁹⁷. Notons que dans le cadre d'une requête en bornage (art. 787 et s. C.p.c.), il est possible de contester la limite établie par l'arpenteur-géomètre en invoquant la prescription acquisitive. En effet, ce dernier doit prendre en compte notamment la prescription acquisitive. Si l'un des deux propriétaires est insatisfait à cet égard, il pourra demander au tribunal de statuer au sujet de la prescription acquisitive²⁹⁸.

10. LA BONNE FOI

10.1 La bonne foi et la prescription acquisitive

Le Code civil utilise l'expression « bonne foi » à plusieurs reprises sans toujours la définir, sauf de temps en temps. En regard de la possession, l'article 932 C.c.Q. définit la bonne foi : « le possesseur est de bonne foi, si au début de sa possession, il est justifié de se croire titulaire du droit réel qu'il exerce ». L'article ajoute que la « bonne foi cesse du jour où l'absence de titre ou les vices de sa possession ou de son titre lui sont dénoncés par une procédure civile ». On comprend donc que le possesseur de mau-

296. *Saumure c. Céré*, 2014 QCCS 576, par. 144 et s.

297. *Richard-Thibault c. Charest*, 2006 QCCS 1387. Notons que l'action en bornage et celle en prescription acquisitive peuvent être jugées en même temps (*Cabana c. Valiquette*, 2013 QCCS 4710 (requête en rejet d'appel rejetée, C.A., 17-03-2014, 500-09-023992-134)).

298. Voir *Cabana c. Valiquette*, 2013 QCCS 4710 (requête en rejet d'appel rejetée, C.A., 17-03-2014, 500-09-023992-134), pour un résumé sur la procédure en matière de bornage, y compris le rôle de la prescription acquisitive lors d'un bornage.

vaise foi est celui qui, au début de la possession, est déjà au courant de l'empiétement chez le voisin, de l'identité du véritable propriétaire ou du vice dans ses titres. Quant à celui qui n'a pas une telle connaissance, bien que la bonne foi ne cesse qu'à la suite d'une procédure civile (art. 932 C.c.Q.), on considère parfois qu'il devient de mauvaise foi, dès qu'il apprend (par exemple dans une mise en demeure) l'existence d'un empiétement ou d'un vice dans ses titres²⁹⁹. Cela étonne vu le texte de l'article 932 C.c.Q. qui requiert spécifiquement une procédure civile ; mais cela est sans conséquence comme nous le verrons.

Sous l'ancien code civil, on distinguait le possesseur de bonne foi avec titre qui pouvait prescrire par dix ans³⁰⁰ du possesseur de mauvaise foi qui ne pouvait prescrire que par trente ans³⁰¹. Le nouveau Code ne distingue plus l'un et l'autre de ces possesseurs en regard de l'acquisition par prescription. La bonne foi n'est donc plus un élément pertinent en matière de prescription acquisitive immobilière³⁰². Et, dorénavant un seul délai est applicable à tous, soit dix ans (art. 2917 et 2918 C.c.Q.).

Ceci étant, on sait que les tribunaux n'affectionnent pas la mauvaise foi en général. C'est sans doute pourquoi, en présence d'un possesseur qui est au courant de l'empiétement, donc de mauvaise foi au sens large, certains juges écartent la prescription acquisitive, non pas à cause de la mauvaise foi elle-même, mais plus subtilement en jugeant que la connaissance de l'empiétement rend la possession précaire ou équivoque³⁰³ ou qu'il y a simple tolérance du propriétaire en titre³⁰⁴ ou encore que cela

299. Voir, par exemple, *Bonin c. Tailler*, 2011 QCCS 725, par. 43 : l'envoi d'une lettre dénonçant le titre du véritable propriétaire pourra transformer une possession de bonne foi en mauvaise foi.

300. Art. 2251 C.c.B.C.

301. Art. 2242 C.c.B.C.

302. *Dupuy c. Gauthier*, 2013 QCCA 774. La distinction demeure cependant utile au niveau de la conservation des fruits et revenus (art. 931 C.c.Q.) et du remboursement des impenses (art. 933 C.c.Q.), lorsque le propriétaire en titre récupère la possession avant l'accomplissement de la prescription acquisitive.

303. Voir, par exemple : *Gauthier c. Dupuy*, 2011 QCCS 189, par. 53 (heureusement, infirmé en appel : *Dupuy c. Gauthier*, 2013 QCCA 774).

304. *Gallay c. Garant*, 2010 QCCS 5612. Voir la critique de François BROCHU dans « Prescription acquisitive et publicité des droits », (2011) 113 *R. du N.* 259, 275 et s. À bon droit, à notre avis, F. Brochu indique qu'il « faut démontrer la tolérance d'une occupation contraire aux titres pour renverser la présomption de l'article 921 C.c.Q. » (p. 277). Autrement dit, le propriétaire en titre ne peut se contenter d'établir la mauvaise foi du possesseur pour plaider la simple tolérance. Il devra établir des faits qui tendent à démontrer qu'il a effectivement simplement toléré la situation.

affecte l'*animus*. N'est-ce pas une façon de sanctionner indirectement la mauvaise foi, puisqu'on ne peut le faire directement ? La possession est une question de fait et même un « squatter » peut acquérir par prescription, car il suffit « pour satisfaire cette exigence particulière que le possesseur se comporte en propriétaire »³⁰⁵. Précisons, également, que l'usurpateur – une personne qui s'empare sans violence d'un immeuble avec la volonté d'en devenir propriétaire – est certes de mauvaise foi. Toutefois, cela ne l'empêche pas d'acquérir par prescription un immeuble³⁰⁶. Bref, il ne faut pas confondre la volonté de se comporter en véritable propriétaire avec le fait que le possesseur sait qu'il empiète chez le voisin³⁰⁷. Le fait de croire que la parcelle occupée appartient à un tiers n'entache pas la qualité de la possession, en l'absence de reconnaissance d'un droit obligeant à la rendre³⁰⁸.

Précisons que, même si la connaissance de l'empiètement existe depuis le jour un, cela n'empêche pas la prescription de s'accomplir³⁰⁹. Précisons également que l'article 2920 C.c.Q. ne s'applique pas en matière immobilière³¹⁰.

10.2 Les présomptions des art. 2943 et 2944 C.c.Q. et la prescription acquisitive

L'article 2943 C.c.Q. crée une présomption simple de connaissance : « un droit inscrit sur les registres à l'égard d'un bien est présumé connu de celui qui acquiert ou publie un droit sur le même bien ». Et, l'article 2944 C.c.Q. crée une présomption simple d'existence d'un droit publié au registre foncier. Ces articles sont parfois cités pour contrer une demande en prescription acquisitive. On avance qu'à défaut de repousser ces présomptions le pos-

305. *Booth c. MacArthur*, J.E. 2004-963 (C.A.), par. 8.

306. *Bourgeois c. Société immobilière l'Assomption inc.*, 2013 QCCS 570, par. 57.

307. *Dupuy c. Gauthier*, 2013 QCCA 774, par. 26.

308. *Jasmin c. Lessard*, 2012 QCCA 193, par. 5. Voir aussi, *Bouchard c. Beaudoin*, 2014 QCCS 5146, par. 62.

309. Voir, par exemple, *Bellefleur c. Groulx*, EYB 2005-98040 (C.S.), par. 14. Voir aussi *Jasmin c. Lessard*, 2012 QCCA 193. Il appert de la transcription des témoignages dans le mémoire de l'appelant qu'au moment de l'acquisition le possesseur, étant alors acheteur, croyait que la parcelle litigieuse appartenait à un tiers (en l'occurrence Hydro-Québec). Il était donc de mauvaise foi dès le départ, selon la définition de l'article 932 C.c.Q. Pourtant, la Cour d'appel a déclaré que « le seul fait que les [possesseurs] croyaient que la parcelle occupée appartenait à Hydro-Québec n'entache pas la qualité de leur possession en l'absence de reconnaissance d'un droit les obligeant à la rendre » (par. 5).

310. *Dupuy c. Gauthier*, 2013 QCCA 774.

sesseur sera de mauvaise foi, ce qui empêche la prescription³¹¹. Or, tel que mentionné ci-dessus, la mauvaise foi n'est pas un obstacle à la prescription acquisitive. Nous sommes d'accord pour dire que « la présomption de l'article 2943 C.c.Q. ne fait pas obstacle à la prescription acquisitive immobilière »³¹² et que la présomption simple d'existence prévue à l'article 2944 C.c.Q. n'est pas non plus un obstacle à la prescription acquisitive³¹³.

CONCLUSION

Nous retrouvons en première partie l'essentiel au niveau des formalités de la demande judiciaire relative à la prescription acquisitive d'un immeuble. À cet égard, le NCPC apporte quelques changements procéduraux, dont le principal est de placer la demande en prescription acquisitive dans le livre de la procédure non contentieuse. Ainsi, la demande ne sera plus soumise aux formalités de la procédure ordinaire, comme c'est le cas actuellement, mais à celles de la procédure non contentieuse. Considérant que la majorité de ces demandes ne sont pas contestées, le véhicule non contentieux est un choix judicieux. Ceci étant, il faut dire que le NCPC entraîne peu de changements sur le fond de la demande judiciaire. Par conséquent, la deuxième partie du texte ne sera pas touchée par le NCPC.

Par ailleurs, le présent texte est basé sur l'expérience acquise et les difficultés rencontrées à travers les demandes en prescrip-

311. *Liberté TM inc. c. Grenier*, 2011 QCCS 3171, par. 62 et s. ; *Lacroix c. Lacroix*, 2010 QCCS 4269.

312. *Bussières c. Lamontagne*, 2011 QCCS 1083, par. 38. Voir aussi : *Bourgeois c. Société immobilière l'Assomption inc.*, 2013 QCCS 570, par. 61 ; *Dupuy c. Gauthier*, 2013 QCCA 774, infirmant un jugement qui avait rejeté la demande en prescription acquisitive, entre autres, en référant à l'article 2943 C.c.Q.

313. François BROCHU, « Nouvelle posologie pour la prescription acquisitive immobilière » (2003) 105 *R. du N.* 735, 750 ; François BROCHU, « Prescription acquisitive et publicité des droits », (2011) 113 *R. du N.* 259, 273-274. Voir aussi, *Lessard c. Vachon*, 2013 QCCA 207, par. 4, référant à la note 4, référant à l'article 2944 C.c.Q. Par ailleurs, notons que le possesseur ne peut imposer la présomption de l'article 928 C.c.Q. contre la présomption de l'article 2944 C.c.Q., puisque cette dernière s'impose à tous et donc au possesseur aussi (voir : Denis VINCELETTE, *En possession du Code civil du Québec*, n° 474, Montréal, Wilson & Lafleur, 2004, p. 190). Ce dernier auteur ajoute, toutefois, que la possession décennale entraîne une présomption absolue du droit de propriété, sous réserve de l'obtention d'un jugement, et que ce jugement permet d'écarter la présomption prévue à l'article 2944 C.c.Q.

tion acquisitive que nous avons préparées au cours des dernières années. D'autres praticiens ont sûrement des renseignements complémentaires qu'ils voudraient partager. C'est pourquoi nous les invitons à nous faire part d'autres astuces ou des difficultés qu'ils ont rencontrées. Nous pourrions ainsi intégrer ces éléments lors d'une prochaine mise à jour ou d'un prochain complément et les faire partager avec nos consœurs et confrères.

Le droit de connaître ses origines : chronique d'une réforme annoncée

Marie-France BUREAU et Edith GUILHERMONT

Résumé

Le droit de connaître ses origines biologiques occupe aujourd'hui une place importante dans le discours juridique québécois. On constate d'ailleurs un mouvement international tendant vers la levée du modèle d'anonymat qui favorise l'accès à l'information sur les donneurs en faveur des enfants issus de la PA avec dons de gamètes. Cet enjeu fait l'objet de nombreuses recherches et réflexions dans les différentes disciplines telles que la médecine, l'éthique, la sociologie, la psychanalyse ou encore l'anthropologie. Voilà déjà quelques années qu'un fort courant doctrinal suggère une réforme du droit québécois afin de reconnaître ce droit et de permettre plus spécialement aux enfants conçus à l'aide d'un don de sperme d'accéder aux renseignements concernant le donneur, c'est-à-dire son identité ainsi qu'un ensemble de données médicales et sociologiques.

Dans le présent texte, il s'agit tout d'abord de décrire le mouvement en faveur de la reconnaissance de ce droit et d'insister plus spécialement sur la manière dont la problématique a émergé puis s'est développée au Québec, afin de mieux cerner les enjeux liés au droit de connaître ses origines. Il s'agit également, dans une perspective de réforme législative, de mettre en évidence les écueils qui guettent le législateur qui chercherait à traduire juridiquement un droit de connaître ses origines. En effet, l'affirmation de l'existence d'un tel droit nécessite de s'interroger sur sa véritable signification, ses assises possibles dans notre droit mais aussi sur la portée que pourrait ou devrait avoir le droit de connaître ses origines. À la réflexion, on peut se demander si l'intérêt de l'enfant, si souvent invoqué dans ce débat, serait réel-

lement servi par la mise en place d'un registre obligatoire contenant les informations sur les donneurs. Il convient par ailleurs de s'interroger sur la légitimité des interventions de l'État dans ce domaine. La levée de l'anonymat n'équivalant pas à la levée du secret qui entoure la conception des enfants, une réflexion et une attention particulière s'imposent pour identifier les limites d'une levée de l'anonymat des donneurs.

Le droit de connaître ses origines : chronique d'une réforme annoncée

Marie-France BUREAU et Edith GUILHERMONT*

I.	Le mouvement en faveur de la reconnaissance d'un droit de connaître ses origines	603
	A- La tendance à l'étranger	603
	B- La situation au Canada et au Québec	606
II-	Les écueils relatifs à la consécration d'un droit de connaître ses origines	610
	A- Signification d'un éventuel droit de connaître ses origines	611
	B- La question du fondement du droit de connaître ses origines	614
III-	Écueils relatifs à la portée d'un droit de connaître ses origines	618
	A- L'étendue du droit de connaître ses origines	622
	B- La mise en œuvre effective du droit de connaître ses origines	626

* Marie-France Bureau est professeure agrégée à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke. Édith Guilhermont est enseignante-chercheure à l'Université de Sherbrooke. La présente recherche a été réalisée grâce à une subvention de la Fondation du Barreau du Québec.

Les questions juridiques et éthiques entourant les techniques de reproduction humaine et le bien-être des enfants nés à la suite d'une procréation assistée (Ci-après « PA ») sont à l'avant-plan des préoccupations des législateurs occidentaux lorsqu'il est question de réforme du droit de la famille et d'organisation du système de santé. Ces enjeux font d'ailleurs partie des grands axes de réflexion sur la famille au Québec, tel qu'il ressort des récents travaux du Commissaire à la santé et au bien-être¹, mandaté par le gouvernement pour repenser le programme de procréation assistée du Québec et du mandat confié par le Ministre de la justice au Comité consultatif sur le droit de la famille² chargé de repenser en profondeur l'orientation des législations en matière de parenté et de filiation. Ces questions ont également fait l'objet de prises de position par la Commission de l'éthique en science et en technologie³, ou encore le Conseil du statut de la femme⁴.

L'une des questions les plus actuelles, et qui fait l'objet de discussions tant dans la doctrine que devant les tribunaux québécois et canadiens, est celle de l'accès aux origines biologiques des enfants nés de la procréation assistée avec dons de gamètes. La transformation des représentations de la parenté et du statut de l'enfant dans la famille se traduit notamment par une remise en question de la culture du secret qui a entouré les techniques de reproduction humaine depuis le XIX^e siècle. Cela est vrai au Québec comme dans le reste des pays industrialisés.

Malgré les nombreux débats sur cette question qui ont débuté il y a une vingtaine d'années, l'anonymat des dons de gamètes est la règle au Canada⁵. Au Québec, un consensus se

1. Commissaire à la santé et au bien-être, *Avis détaillé sur les activités de procréation assistée au Québec*, juin 2014.
2. Comité consultatif sur le droit de la famille, *Rapport sur l'opportunité d'une réforme globale du droit de la famille québécois*, septembre 2013, <http://www.justice.gouv.qc.ca/francais/publications/rapports/pdf/rapp_prelim_CCDF.pdf>.
3. Commission de l'éthique en science et en technologie, *Avis – Éthique et procréation assistée : des orientations pour le don de gamètes et d'embryons, la gestation pour autrui et le diagnostic préimplantatoire*, décembre 2009. Voir aussi son mémoire présenté au commissaire à la santé et au bien-être dans le cadre de la Consultation sur les activités de procréation assistée au Québec, juin 2013.
4. Conseil du statut de la femme, *Des pistes d'amélioration pour le programme de procréation médicalement assistée*, mai 2013.
5. *Loi sur la procréation assistée*, L.C. 2004, ch. 2.

dessine aujourd'hui autour de la levée de l'anonymat à l'encontre du modèle traditionnel fondé sur le secret. Dans ce mouvement de levée de l'anonymat, il s'agit de décliner toutes les facettes de l'histoire de la venue au monde des enfants, qui méritent une filiation complète⁶. Celle-ci devrait inclure ses composantes biologique, sociale et généalogique.

Un fort courant doctrinal suggère, pour ce faire, de reconnaître aux enfants un droit fondamental de connaître leurs origines⁷. S'il apparaît primordial d'envisager les options de réforme et de questionner le système en place, nous croyons cependant que le cadrage de la problématique des origines en tant que droit fondamental n'est pas la meilleure option qui s'offre au législateur.

Dans un premier temps, notre propos consistera à illustrer le mouvement qui tend vers la reconnaissance du droit de connaître ses origines et la levée de l'anonymat, en observant la façon dont le débat s'est engagé au Canada et au Québec, particulièrement depuis le milieu des années 2000. Ce sera l'occasion de voir en quoi la mise en place de mesures favorisant une plus grande transparence à l'égard des dons de gamètes est une avenue souhaitable pour le Québec. Dans un second temps, il s'agira de signaler, pour mieux les éviter, les écueils que l'on rencontrerait si l'on cherchait

6. Anne CADORET, « La filiation et l'aide médicale à la procréation », (2006) 51 *Droit et cultures* 179 ; Anne CADORET et Jérôme WILGAUX, « Nécessaires anonymat et secret de soi », (2007) 37 *Ethnologie française* 135 ; Irène THÉRY, « L'anonymat des dons d'engendrement est-il vraiment éthique ? » [Anonymat des dons], (2009) 5 *Esprit* 133, 143 ; Françoise-Romaine OUELLETTE et Alain ROY, *Prendre acte des nouvelles réalités de l'adoption, mémoire sur l'avant-projet de loi portant sur la réforme du droit de l'adoption et de l'autorité parentale déposé à la Commission des institutions de l'Assemblée Nationale*, 2009 ; Irène THÉRY, « Les ambiguïtés du modèle bioéthique français » [Modèle bioéthique français], (2010) 11 *Esprit* 32 ; Marie-Blanche TAHON, « Filiation et universalité : questions à partir du Québec », (2010) 187 *Dialogue* 111 ; Chantal COLLARD, « Pluriparentalité et pluriparenté : regard anthropologique sur le droit de l'adoption et de la procréation assistée au Québec », (2011) 14 *Enfances, Familles, Générations*.
7. Voir par exemple : Carmen LAVALLÉE, « Le secret de l'adoption en France et au Québec », (1996) 27 *R.G.D.* 441 ; Michelle GIROUX, « Le droit fondamental de connaître ses origines biologiques », dans Tara COLLINS, Rachel GRONDIN, Veronica PINERO, Marie PRATTE et Marie-Claude ROBERGE (dir.), *Droits de l'enfant*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2008, p. 355. Alain ROY, *Droit de l'adoption : adoption interne et internationale*, 2^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2010 (Coll. Bleue – Série précis), par. 16 ; Françoise-Romaine OUELLETTE et Alain ROY, « Prendre acte des nouvelles réalités de l'adoption. Coup d'œil sur l'avant-projet de loi intitulé Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives en matière d'adoption et d'autorité parentale », (2010) 44 *R.J.T.* 7, en particulier aux paragraphes 52 et s. ; Carmen LAVALLÉE et Michelle GIROUX, « Le droit de l'enfant québécois à la connaissance de ses origines évalué à l'aune de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant », (2013) 72 *R. du B.* 147.

à consacrer l'existence d'un droit fondamental aux origines. Enfin, la troisième partie contribuera à mettre en lumière les écueils d'une consécration d'un droit de connaître ses origines au regard de la portée de ce droit et de ses impacts sur l'ensemble de la réglementation de la reproduction au Québec. Ce sera alors la légitimité même de l'intervention de l'État dans ce domaine qui sera questionnée.

I. Le mouvement en faveur de la reconnaissance d'un droit de connaître ses origines

A- La tendance à l'étranger

Les questions entourant les dons de gamètes et les enjeux concernant la connaissance d'informations relatives aux donneurs sont de nouvelles questions qui se posent aux théoriciens de la famille en raison du développement rapide des techniques de reproduction humaine récentes que sont, par exemple, la cryogénisation du sperme et des ovocytes et la fécondation in vitro. En dépit de leur apparente actualité, plusieurs des enjeux actuels, dont la remise en question de l'anonymat des dons de gamètes, proviennent d'une réaction à la culture et à l'atmosphère de secret qui domine la pratique depuis ses débuts. En effet, l'insémination d'une femme avec le sperme d'un donneur s'est pratiquée dans le plus grand secret des cabinets des gynécologues américains et européens dès le XIX^e siècle. Les schèmes entourant la pratique de l'époque (secret, parfum de scandale et de transgression, culpabilité)⁸ sont encore bien présents dans la dynamique des dons de gamètes et du système de PA aujourd'hui. Le contrôle de la PA par la profession médicale, l'adéquation entre sexualité, mariage et procréation, de même que la honte longtemps associée à l'infertilité masculine ont soulevé des enjeux de pouvoir et initié une dynamique de stigmatisme qui ne pouvaient qu'aboutir à la logique du secret que nous connaissons encore aujourd'hui dans la pratique des dons de gamètes⁹.

On constate cependant, depuis une vingtaine d'années, un changement d'attitude et de culture relativement à l'organisation

8. Bertrand PULMAN, « Les scènes originaires de l'assistance médicale à la procréation », dans Emmanuel HIRSCH (dir.), *Traité de bioéthique*, Paris, Eres, 2010, p. 562-571.

9. Ken DANIELS, « Donor Gametes: Anonymous or Identified? », (2007) 21 *Best Practice & Research Clinical Obstetrics and Gynaecology* 116-117.

du don de gamètes et à la représentation de l'assistance à la procréation. Dans la perspective du droit à l'égalité dans la famille, de l'enfant sujet de droit et face à la diversification des façons de faire famille, de nouvelles valeurs d'ouverture et de transparence se substituent aux logiques de honte et de secret qui dominaient jusqu'à tout récemment ce champ¹⁰.

Dans cette optique, de nombreux législateurs ont remis en question le modèle d'anonymat en favorisant l'accès à l'information sur les donneurs en faveur des enfants issus de la PA avec dons de gamètes. Suite aux recommandations de comités d'experts, de travailleurs sociaux, de psychologues et suite aux témoignages d'enfants issus de la PA qui commençaient à parler en public, certains pays ont changé leur législation dès les années 80 en abolissant l'anonymat des donneurs. Ce fut le cas de la Suède dès 1984. Plusieurs pays lui ont emboité le pas au cours des années 90 et surtout depuis 2000 avec notamment l'Australie, la Grande-Bretagne, les Pays-Bas, la Norvège, la Belgique et la Nouvelle-Zélande¹¹. Il faut préciser que dans tous ces pays, il s'agit d'autoriser les enfants nés d'un don à avoir accès, s'ils en font la demande, à certaines informations concernant l'identité de leur donneuse ou leur donneur qu'il soit de sperme, d'ovocytes, ou d'embryons. Dans la plupart des pays, ce droit est ouvert à la majorité. La levée de l'anonymat relève donc très clairement de l'accès aux origines personnelles. Le plus souvent, lorsque les dons anonymes ont été abolis, c'est uniquement aux personnes nées de don, une fois majeures, que la possibilité d'accéder à certaines données concernant les donneurs est offerte.

Une nette tendance internationale vers la levée de l'anonymat est donc observable un peu partout en Occident, hormis peut-être en France où, en dépit de critiques insistantes de la part de plusieurs chercheurs, l'anonymat absolu est maintenu pour les enfants issus de la PA¹². Ces modifications législatives, dont le

10. *Ibid.*, p. 124-125.

11. Pour des tableaux synthèses sur la question, consulter : Irène THÉRY et Anne-Marie LEROYER (dir.), *Filiation, origines, parentalité. Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, Rapport du groupe de travail Filiation, origines, parentalité, Ministère des affaires sociales et de la santé [Rapport Théry], 2014, p. 213.

12. Dans un avis contentieux rendu en juin 2013 le Conseil d'État était invité à répondre à la question de savoir si l'interdiction absolue, prévue par la loi française, de communiquer à l'enfant des informations permettant d'identifier le donneur de gamètes à l'origine de sa conception était compatible avec l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. Le Conseil d'État devait plus

contenu et la portée varient d'un pays à l'autre, s'accompagnent ou sont promues par un mouvement doctrinal militant pour la reconnaissance aux enfants issus de la PA d'un droit de connaître leurs origines. Des experts en sciences sociales et des juristes se fondent ainsi sur le droit international pour affirmer l'existence de ce droit fondamental de l'enfant à la connaissance de ses origines. Toutefois, à notre connaissance, très peu de pays accordent un réel droit positif à la connaissance des origines, même si une tendance nette vers l'élaboration d'un droit relatif à l'information sur les origines se dessine. La Cour européenne des droits de l'homme reconnaît, par exemple, que le droit des enfants d'accéder à leurs origines personnelles est protégé par les articles 8 et 14 de la Convention Européenne des droits de l'homme, sous réserve de certaines limites dont le droit à la vie privée et la marge d'appréciation laissée aux États membres sur ces questions¹³. Toutefois, elle ne reconnaît pas un droit absolu à la connaissance des origines¹⁴.

précisément se demander si cette interdiction ne constituait pas une atteinte excessive au droit à la vie privée des enfants conçus par dons de gamètes, lequel impliquerait le droit de connaître leurs origines. La réponse a été claire : le principe de l'anonymat des donneurs de gamètes, qui est inscrit dans le code de la santé publique, le code civil et le code pénal, est un des principes fondamentaux de la bioéthique française et il n'est pas incompatible avec le droit au respect de la vie privée et familiale protégé par la Convention européenne.

13. Jane STOLL, *Swedish donor offspring and their legal right to information*, Mémoire, Université d'Uppsala, Suède, 2008 ; Brigitte FEUILLET, « La levée de l'anonymat, une question complexe », (2011) *Médecine & Droit* 17-22, 19 ; Carmen LAVALLEE et Michèle GIROUX, *supra*, note 7, p. 172.
14. En effet, aucune des décisions rendues par la Cour européenne en matière de connaissance des origines ne concernait jusqu'à présent un enfant né d'un don de gamètes. Dans le contentieux européen relatif aux origines biologiques et au respect de l'identité, et donc de la vie privée, les cas de figure soumis à la cour impliquaient à chaque fois un parent biologique et/ou visaient l'établissement d'un lien de filiation. Dans l'affaire *Mikuli* (Croatie), la requérante qui était née hors mariage cherchait à établir qui était son géniteur : « En quête de la vérité biologique, son action en recherche de paternité vise à déterminer ses liens juridiques » avec le défendeur, précisait la cour. Dans l'affaire *Jaggi* (Suisse) le requérant cherchait à établir la paternité de celui qui avait toujours refusé de la reconnaître tout en se comportant comme son père. Plus précisément, il se plaignait de ne pas avoir pu faire effectuer une analyse ADN sur une personne défunte dans le but de déterminer s'il s'agissait de son père biologique. Dans les affaires *Odièvre* (France) et *Godelli* (Italie), les requérantes recherchaient l'identité de leurs mères biologiques respectives qui avaient accouché dans le secret puis abandonné leur enfant, sans avoir consenti à la révélation de leur identité. Ainsi, même si la jurisprudence de la Cour européenne affirme clairement à travers ces affaires l'existence du « droit à la connaissance de ses origines qui trouve son fondement dans l'interprétation extensive du champ d'application de la notion de vie privée », cette portée de l'article 8 de la convention n'a encore jamais eu l'occasion d'être mesurée pour les enfants issus de dons de gamètes.

B- La situation au Canada et au Québec

La question de la reconnaissance du droit aux origines en droits canadien et québécois étant désormais bien documentée et donc bien connue¹⁵, on se contentera ici de mettre l'accent sur les étapes importantes qui ont conduit à la situation observée aujourd'hui.

S'agissant du Canada, « la question des origines [pouvait être] interprétée différemment dans la littérature s'intéressant aux fondements et à la structure de la loi [Loi sur la procréation assistée] »¹⁶, en raison de l'aménagement de la règle de l'anonymat qu'elle prévoyait¹⁷. Aujourd'hui, la déclaration d'inconstitutionnalité de cette loi par une décision de la Cour suprême en 2010¹⁸ et l'abrogation des dispositions en cause par le législateur en 2012¹⁹, il est clair que la législation fédérale maintient le principe d'anonymat des donneurs.

Pourtant, dès 1989, la question du droit de connaître ses origines avait été clairement formulée et débattue, en lien avec celle de l'anonymat des donneurs de sperme, par la Commission royale sur les nouvelles techniques de reproduction (Commission Baird). Raisonnant à partir de la question du don de sperme, la Commission avait eu l'occasion de bien identifier et sous-peser l'ensemble des intérêts en présence : la vie privée du donneur dont le geste altruiste est conditionné par l'absence de relation future avec l'enfant conçu à l'aide du don, la vie privée des parents qui souhaitent souvent conserver le secret sur le mode de conception et ne pas être troublés par un tiers dans leurs relations parentales, et enfin l'intérêt des enfants conçus par recours à ces dons auxquels

15. Michelle GIROUX, « Le droit fondamental de connaître ses origines biologiques », *supra*, note 7 ; Angela CAMERON, Vanessa GRUBEN et Fiona KELLYM, « De-anonymising Sperm Donors in Canada: Some Doubts and Directions », (2010) 26 *Can. J. Fam. L.* 95 ; Michelle GIROUX et Mariana DE LORENZI, « "Putting the Child First": A Necessary Step in the Recognition of the Right to Identity », (2011) 27 *Can. J. Fam. L.* 53 ; Julie COUSINEAU, *L'anonymat des dons de gamètes et d'embryons au Québec et au Canada. Essai théorique sur l'internormativité entre le droit positif et l'éthique de la sollicitude dans la résolution du conflit*, Thèse de droit comparé, Montréal, Université McGill, 2011.

16. Julie COUSINEAU, *supra*, note 15, p. 295.

17. Au terme de l'article 15(4) désormais abrogé, les donneurs pouvaient en effet consentir à révéler leur identité et à ce que celle-ci soit transmise à l'enfant ayant atteint l'âge de 18 ans.

18. Renvoi relatif à la *Loi sur la procréation assistée*, 2010 CSC 61, [2010] 3 R.C.S. 457.

19. *Loi sur l'emploi, la croissance et la prospérité durable*, L.C. 2012, ch. 19, art. 720 et s.

on ne permet pas d'accéder à leurs origines génétiques en raison de l'anonymat²⁰. Après avoir envisagé les conséquences d'une levée de l'anonymat, la Commission se prononçait finalement pour son maintien mais en faveur d'une divulgation de l'information non-nominative, laquelle permettait de répondre aux besoins et de respecter les intérêts de tous les intéressés.

Plus récemment, l'affaire *Pratten* a été l'occasion de porter la question du droit de connaître ses origines devant des tribunaux canadiens, en l'occurrence ceux de la Colombie-Britannique²¹. Olivia Pratten se plaignait de ne pouvoir obtenir des renseignements sur le donneur de sperme à l'origine de sa conception alors que la loi de la province permet aux enfants adoptés d'accéder à de tels renseignements. Sa demande fut accueillie en première instance mais rejetée en appel. Dans cette affaire, que la cour suprême a refusé d'entendre en appel, c'est la portée du droit à l'égalité protégé par l'article 15 de la Charte canadienne qui a été discutée. En concluant que la Charte n'était pas violée par la législation britanno-colombienne²², la Cour d'appel de la province refusait de reconnaître un caractère fondamental au droit de connaître ses origines.

S'agissant à présent du contexte québécois, il faut rappeler que l'anonymat des donneurs est juridiquement assuré par les articles 538 et suivants du Code civil du Québec qui garantissent la confidentialité des données relatives à la procréation assistée. En pratique, on observe qu'à ce jour les enfants issus de dons de gamètes parvenus à l'âge adulte n'ont pas (encore) exprimé publiquement leur désir ou besoin de connaître leurs origines biologiques. En effet, au moment où l'affaire *Pratten* faisait grand bruit, le Québec s'y était intéressé de près tout en observant que cette affaire ne faisait écho à aucune situation semblable ici. Si les probabilités semblent fortes de voir un jour prochain les juges québécois saisis de demandes semblables, il n'en reste pas moins que le mouvement en faveur de la reconnaissance du droit aux origines ne s'appuie pas, à la différence d'autres pays comme la France par exemple, sur des demandes pressantes des enfants concernés, ni d'associations constituées pour faire reconnaître ce droit.

20. Commission royale sur les nouvelles techniques de reproduction, *Rapport final : Un virage à prendre en douceur*, 1993, p. 497 et s.

21. *Pratten v. British Columbia (Attorney General)*, 2011 BCSC 656 puis *Pratten v. British Columbia (Attorney General)*, 2012 BCCA 480.

22. En raison du jeu de l'article 15(2) de la Charte qui à ses yeux justifie une discrimination positive au profit des enfants adoptés.

La question du droit aux origines a émergé au Québec dans un contexte particulier lié aux transformations récentes des normes en matière de filiation et d'accès à la parenté²³. Plus exactement, le droit aux origines a fait son apparition dans le discours juridique des années 80 en lien avec la problématique des enfants adoptés qui cherchaient à accéder à leur dossier d'adoption pour connaître leurs parents biologiques. Si quelques juristes ont très tôt fait un rapprochement entre la situation des enfants adoptés et celle des enfants issus de la PA du point de vue de la connaissance des origines²⁴, ce n'est vraiment qu'à compter des années 2000 que le discours juridique québécois s'est emparé de la question des origines des enfants nés à la suite du recours à la PA, jusqu'à en faire un enjeu du droit de la famille en général et de la filiation en particulier. Entre temps, dans les années 90, la discussion s'était engagée sur les impacts de la procréation assistée dans laquelle la question de l'anonymat des dons de gamètes prenait place.

On s'aperçoit à cet égard que le discours dominant la question des origines à cette époque procédait davantage d'une réflexion sur le bien-être du sujet au sens abstrait, sur la préservation d'un ordre sociétal, plutôt que sur l'importance pour les enfants issus de dons de sperme de connaître l'identité du donneur. Ce sont les craintes nourries par le recours aux techniques de reproduction humaines et leurs effets sur la parenté qui ont fait apparaître la question du droit aux origines. En réalité, la crainte n'était pas tant que les enfants « artificiels » ou les « bébés-éprouvettes », comme on se plaisait à les désigner, souffrent *in concreto* mais bien que la technique elle-même, et les possibilités qu'elle offrait de détacher la sexualité de la procréation, ne crée un chaos

23. Pour un exposé détaillé de ce contexte d'émergence, voir Marie-France BUREAU, « Filiation et origines : questionnement et hypothèses sur le rôle du droit » [Filiation et origines], dans *Mélanges en l'honneur de la professeure Édith Deleury*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, à paraître en 2015.

24. À cet égard les prises de position d'Édith Deleury à la fin des années 80 et au début des années 90 sont avant-gardistes. Voir en particulier, Édith DELEURY, « Filiation, parenté, identité : rupture ou continuité ? » [Filiation, parenté, identité], dans Gouvernement du Québec, Conseil du statut de la femme, *Sortir la maternité du laboratoire. Actes du forum international sur les nouvelles technologies de la reproduction*, Québec, Conseil du statut de la femme, 1988, p. 164 ; Édith DELEURY, « Le droit de la procréation artificielle au Québec, présent et futur » [Droit de la procréation artificielle], dans Claudine BOURG (dir.), *L'infertilité : procréation médicalement assistée, adoption, filiation, questions éthiques, psychologiques, juridiques et scientifiques*, Bruxelles, De Boeck, 1992, p. 91.

civilisationnel²⁵. Afin de ne pas déshumaniser les « enfants de la technique », le droit devait préserver à chacun sa naturalité²⁶.

La problématique du droit aux origines connaîtra un recadrage, en terme de droit fondamental, à partir de l'année 2000, c'est-à-dire lorsque la Cour d'appel du Québec affirma, sous la plume du juge Forget, l'existence d'un droit fondamental à connaître « ses origines » en droit québécois. Bien que dans cette affaire, concernant une question de filiation par le sang²⁷, la Cour statuait sur la possibilité de contraindre le père présumé d'un enfant à subir un test ADN afin d'établir la filiation, cette décision a pu être regardée comme un tournant dans la mesure où le juge semblait y rattacher le droit aux origines à la Convention relative aux droits de l'enfant²⁸. Depuis, le droit de connaître ses origines est devenu un objet d'étude et d'intérêt à part entière pour la doctrine juridique. De leur côté, les juges des tribunaux inférieurs ont pu affirmer l'existence de ce droit pour chaque enfant, à l'occasion toutefois de décisions qui ne concernaient ni des enfants adoptés ni des enfants issus d'un don de sperme²⁹.

Aujourd'hui, le législateur est invité à consacrer le droit pour les enfants québécois de connaître leurs origines en levant l'anonymat des donneurs de gamètes. En effet, que l'accent soit mis sur l'existence d'un droit fondamental de connaître ses origines³⁰, sur l'inégalité juridique entre enfants adoptés et enfants issus de la

25. Sur ces questions, voir Marie-France BUREAU, « Filiation et origines », *supra*, note 23.

26. Philippe DESCAMPS, *Le sacre de l'espèce humaine. Le droit au risque de la bioéthique*, Paris, Presses universitaires de France, 2009, p. 227.

27. *D.(L.) c. P.(A.)*, 2000 CanLII 11381 (QC C.A.).

28. Il estimait que « le droit de l'enfant de connaître ses parents, prévu à l'article 7 de la Convention relative aux droits de l'enfant, s'insér[ait] parfaitement dans le cadre de l'article 33 du Code civil du Québec » et qu'il convenait de faire prévaloir ce droit sur le droit au respect de l'intégrité du père présumé. Voir par. 37 et 39.

29. La plupart de ces décisions statuaient sur des demandes de déchéance de l'autorité parentale. Voir *M.B. c. O.BE.*, [2006] J.Q. n° 2704, 2006 QCCS 1606 ; *S.B. c. M.L.*, [2006] J.Q. n° 2665, 2006 QCCS 1594 ; *L.(M.-J.)*, [...], *ville A, district de Frontenac*, [...] c. *S.(M.)*, [...], *ville B (Ontario)*, CS 2006 ; *T.(K.) c. K.(R.)* *Droit de la famille – 071570*, 15 juin 2007 ; *Droit de la famille – 112344*, *M.B. c. R.T.*, [2011] J.Q. n° 10507, 2011 QCCS 4079 ; *Droit de la famille – 112341*, *G.D. c. Gi.C.*, [2011] J.Q. n° 10492, 2011 QCCS 4077 ; *Droit de la famille – 12283*, *A.F. c. G.M.*, [2012] J.Q. n° 1285, 2012 QCCS 536, EYB 2012-202520 ; *Droit de la famille – 123137*, *C.A. c. D.B.*, [2012] J.Q. n° 12799, 2012 QCCS 5679.

30. Carmen LAVALLÉE et Michelle GIROUX, *supra*, note 7 ; Michelle GIROUX et Mariana DE LORENZI, *supra*, note 15.

PA³¹, ou que soit invoquée l'éthique de la sollicitude et l'intérêt a priori et général des enfants³², la nécessité de lever l'anonymat des donneurs de gamètes fait désormais l'unanimité dans les travaux publiés au Québec.

Il est certain que des initiatives pour responsabiliser les acteurs et pour favoriser l'accès à l'information doivent être mises de l'avant au Québec. L'État ne devrait pas être le dépositaire de secrets concernant la conception des enfants mais devrait au contraire organiser un système qui affaiblit le secret en favorisant la protection de l'identité et l'accès à la connaissance de l'histoire personnelle des enfants issus de la PA. L'ouverture, la confiance et l'honnêteté devraient gouverner l'organisation des dons de gamètes et les services de procréation assistée, dans la mesure où il s'agit de valeurs considérées importantes par les familles contemporaines du Québec.

Cependant, pour favoriser ces objectifs, l'approche centrée sur la reconnaissance d'un droit subjectif ne nous paraît pas la plus opportune pour plusieurs raisons qui seront exposées dans la suite de ce texte. Le fondement, le contenu et la portée de ce droit demeurent mal définis et se présentent déjà comme des obstacles à la mise en œuvre de ce droit. De plus, il est important de souligner que la transformation du système des dons de gamètes ne concerne pas seulement les enfants issus de ces dons. Elle soulève des questions plus larges et fondamentales concernant la liberté des individus face à leurs choix reproductifs et la légitimité des interventions de l'État dans ce domaine. Dans un tel contexte, une approche fondée sur des valeurs d'ouverture et d'information nous semble mieux appropriée. Tous ces points seront abordés en soulevant d'abord les écueils relatifs à la consécration d'un droit de connaître ses origines (II) et ensuite les écueils relatifs à la portée juridique de ce droit (III).

II- Les écueils relatifs à la consécration d'un droit de connaître ses origines

La reconnaissance d'un « véritable » droit fondamental de connaître ses origines, tel qu'il semble promu dans le discours juridique québécois actuel, se heurte à des difficultés juridiques

31. Commission de l'éthique, de la science et de la technologie, *supra*, note 3. Conseil du statut de la femme, *supra*, note 4.

32. Julie COUSINEAU, *supra*, note 15.

telles qu'il serait préférable, selon nous, de ne pas s'aventurer dans cette voie. En effet, en l'état actuel du débat, il ne nous paraît ni réalisable ni souhaitable de consacrer un droit fondamental de connaître ses origines. Les nombreuses difficultés et implications d'une telle reconnaissance ne semblent pas avoir encore été appréhendées. À cet égard, plusieurs questions se posant au sujet de la signification et du fondement de ce droit seront ici soulevées.

A- Signification d'un éventuel droit de connaître ses origines

Qu'est-ce que le droit de connaître ses origines ? Il existe de multiples façons de concevoir le droit de connaître ses origines. La formule « droit aux origines » ou « droit de connaître ses origines » s'est répandue depuis longtemps dans le discours juridique à propos des enfants adoptés en quête de leurs parents d'origine, sans qu'un réel souci de définition de ce droit ait animé ceux qui militent pour sa reconnaissance dans l'ordre juridique québécois. Aujourd'hui, elle est employée également au sujet des enfants issus de la PA qui chercheraient à obtenir des renseignements sur le donneur de gamètes à l'origine de leur conception. On observe que si cette analogie a parfois été contestée, c'était essentiellement pour récuser l'argument tiré de l'égalité de ces deux catégories d'enfants au nom de laquelle il fallait reconnaître le même droit aux origines. Il y a pourtant davantage à considérer dans les conséquences juridiques de cette analogie. Elle est contestable dans la mesure où la situation des enfants issus de la PA et ceux qui ont été adoptés est si différente qu'il devient impossible, selon nous, de consacrer juridiquement un droit aux origines qui répondrait aux besoins des uns et des autres comme notre propos permettra de l'illustrer à différentes reprises. On a assimilé la problématique des enfants issus de PA à celle des enfants adoptés en relevant que dans leur demande les uns et les autres, d'une part exprimaient un besoin relevant de leur bien-être et, d'autre part, demandaient à obtenir des renseignements relatifs à leurs géniteurs³³. Or, en faisant cela on transposait tout le raisonnement juridique propre à la situation des enfants adoptés à celle

33. Par exemple, l'affirmation suivante : « La réflexion menée en matière d'adoption sur l'accès aux origines devrait alimenter celle qui est présentement en cours sur la procréation assistée puisque les deux phénomènes posent sensiblement les mêmes questionnements quant à l'accès aux origines, même si le parcours qui mène à la parenté est différent dans l'un et l'autre cas », Carmen LAVALLÉE et Michelle GIROUX, *supra*, note 7, p. 170.

des enfants issus de don de gamètes. En particulier, le fondement juridique du droit de connaître ses origines qui est le plus souvent invoqué : le droit à l'identité. Pourtant, le droit à l'identité, avec celui de connaître ses parents au sens de la CRDE, demeure un fondement fragile concernant la possibilité pour un enfant issu de la PA de connaître ses origines³⁴.

De leur côté, les exemples étrangers montrent qu'il existe plusieurs façons de formuler le droit de connaître ses origines et il est utile de leur prêter attention dans la mesure où, au-delà des différences de vocabulaire d'apparence anodine, s'expriment parfois des fondements différents mais surtout une portée très variable reconnue à ce droit.

En France, les juristes peuvent parler du droit de connaître ses origines biologiques ou génétiques, voire évoquer aussi parfois le « droit à connaître son identité »³⁵, tandis que le législateur ne consacre que le droit d'« accès aux origines personnelles »³⁶. En Suisse, la Constitution affirme que « toute personne a accès aux données relatives à son ascendance », mais en Espagne on évoque surtout le « droit de toute personne à connaître son lien biologique avec ses géniteurs » ou le « droit de connaître ses propres origines ». On le voit bien ici : connaître ses origines ne signifie pas tout à fait la même chose d'une législation à l'autre. Affirmer par exemple, comme le fait le droit Suisse, que toute personne a accès aux données relatives à son ascendance est en soi porteur de conséquences bien plus larges que celles qui sont habituellement envisagées avec le droit de connaître ses origines biologiques.

Au Québec, on parle le plus souvent du droit de connaître ses origines³⁷, parfois en précisant qu'il s'agit d'origines génétiques ou biologiques, de « droit aux origines » ; on parle également du droit de connaître ses parents³⁸, ou encore du droit de connaître son

34. Voir *infra* la discussion propre à la question du fondement du droit de connaître ses origines.

35. Pierre VERDIER, cité dans Gilles SÉRAPHIN, « L'accès aux origines : les ressorts d'un débat passionné », (2009) 5 *Esprit* 82, 90. Pierre Verdier est avocat spécialiste du droit de la famille et de l'enfant, il est surtout Fondateur et Président de la CADCO (Coordination des Actions pour le Droit à la Connaissance des Origines).

36. En 2002 le législateur a créé une institution appelée *Conseil national pour l'accès aux origines personnelles* dont l'action et les buts sont régis par les articles L147-1 à L147-11 du Code de l'action sociale et des familles.

37. Carmen LAVALLÉE, *supra*, note 7, p. 441 ; Michelle GIROUX, *supra*, note 7, p. 355.

38. *D.(L.) c. P.(A.)*, *supra*, note 27.

passé, ses racines³⁹. Plus rarement, on a évoqué, à l'instar de la France, « l'accès aux origines »⁴⁰. De fait, le droit aux origines est un véritable droit à géométrie variable si l'on considère les grandes différences qui caractérisent certaines législations dont on pourrait vouloir s'inspirer pour affirmer l'existence d'un tel droit au Québec⁴¹.

En outre, le droit de connaître ses origines est depuis une dizaine d'années un objet d'étude des sciences sociales et médicales où il a donné lieu à de nombreuses publications dans les domaines de la sociologie, psychologie, psychanalyse, anthropologie, philosophie, éthique, médecine reproductive, etc. Or, il apparaît que les auteurs de cette littérature n'entendent pas toujours le droit aux origines exactement de la même manière que les juristes qui, pourtant, puisent volontiers dans ces études pour fonder le droit de connaître ses origines. Ainsi, que penser de la distance qui sépare la définition que peuvent en donner les juristes : « [l]e droit à la connaissance des origines signifie simplement le droit pour un individu de connaître l'identité des personnes qui ont contribué à sa conception ou à sa naissance »⁴², du sens que différentes disciplines non-juridiques ont tendance à retenir à savoir que le droit de connaître ses origines serait essentiellement un droit de connaître son histoire ⁴³ ? Dans le meilleur des cas, il nous

39. Édith DELEURY, « Filiation, parenté, identité », *supra*, note 24, p. 169.

40. Commission de l'éthique, de la science et de la technologie, *supra*, note 3, p. 46.

41. Des auteures canadiennes remarquent ainsi : « "Knowing ones genetic origins" is defined variably to include a right to access health and psychosocial information, to know the identity of the gamete donor, or even to meet and form a relationship with the donor. This "right" is not without critique. », Angela CAMERON, Vanessa GRUBEN, et Fiona KELLYM, *supra*, note 15. Les auteures ajoutent en outre à la page suivante : « The right to know one's genetic origins is also considered by some to be vital to donor offspring's psychological health ».

42. Carmen LAVALLÉE et Michelle GIROUX, *supra*, note 7, p. 155.

43. Une psychanalyste explique ainsi : « L'expression "droit aux origines", brandie souvent comme un slogan, est, en somme, un contre-sens : c'est de "droit à l'histoire" dont il faudrait parler. À la suite de Paul Ricœur, il me semble que l'identité de chacun se construit par la capacité qu'un sujet peut avoir de mettre en intrigue son passé, de traduire son histoire sous forme de récit ». Voir Geneviève DELAISI DE PARSEVAL, « Comment entendre les demandes de levée du secret des origines ? », (2009) 5 *Esprit* 165, 175. Gilles Séraphin explique et précise à cet égard : « Les questions auxquelles ces enfants cherchent des réponses seraient : "La conception est-elle un acte d'amour ou un acte subi ? Comment l'annonce a-t-elle été accueillie par la génitrice, le géniteur, la famille ? Comment se sont déroulés la grossesse et l'accouchement ?". L'histoire en question n'est pas un simple texte ou l'assemblage de quelques éléments épars entreposés dans un dossier administratif mais une histoire narrée, un récit, une sorte de mythe des origines personnelles qui contribue à la construction de son identité. De même, certaines personnes ayant bénéficié d'une APM voudraient connaître les raisons et les motivations du don. Elles ne viennent pas du néant, d'un échange

paraît ne faire aucun doute que le droit pourra contribuer à lever certains des obstacles qui rendent la quête des origines si difficile, sans pour autant permettre de répondre aux besoins les plus essentiels des personnes concernées puisqu'ils relèvent de l'histoire familiale dont les parents demeurent les seuls gardiens.

B- La question du fondement du droit de connaître ses origines

De la question du fondement dépend largement la portée qui pourra être reconnue au droit de connaître ses origines. Pour l'heure, on a déjà souligné la multiplicité des fondements avancés dans différents systèmes juridiques⁴⁴. Pour les juristes québécois, ce sont les droits à l'égalité et à l'identité⁴⁵ qui sont le plus souvent invoqués au soutien du droit de connaître ses origines. Or, ces fondements, parce qu'ils prennent appui sur la Charte canadienne ou sur la Convention relative aux droits de l'enfant (ci-après CRDE), impliquent de raisonner en termes de droits fondamentaux, ce qui paradoxalement pourrait affaiblir l'assise juridique du droit de connaître ses origines.

Si la CRDE paraît offrir un fondement commode au droit fondamental de connaître ses origines, il demeure qu'aujourd'hui il n'est absolument pas certain que ce texte puisse être étendu à la situation des enfants nés d'une PA. En réalité, les faiblesses de ce fondement sont, non seulement nombreuses, mais également bien connues⁴⁶. La première, et non des moindres, demeure l'inapplicabilité en droit interne canadien de cette convention internationale. Cela a pour effet d'affaiblir tout raisonnement en terme de conformité du droit québécois à cette Convention. Si le juge a

marchand, mais sont le fruit d'un don qui mérite d'être raconté. ». Voir Gilles SÉRAPHIN, *supra*, note 35, p. 86-88. Pour sa part, la sociologue Irène Théry insiste sur le fait que ce que réclament les enfants qui revendiquent un droit aux origines : « c'est de ne pas être privés de l'accès à leur propre histoire. Qu'elle ne soit pas effacée. Que des secrets sur leur naissance ne soient pas fabriqués par le droit et l'administration et que des informations sur leurs géniteurs cessent d'être détenues dans des dossiers qu'on leur interdit de consulter. ». Voir Irène THÉRY, « Anonymat des dons d'engendrement », *supra*, note 6, p. 162.

44. Michelle GIROUX, *supra*, note 7, p. 373 et s.

45. En dernier lieu, voir Carmen LAVALLÉE et Michelle GIROUX, *supra*, note 7.

46. Dans l'affaire *Pratten*, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique faisait d'ailleurs elle-même état de la faiblesse de ce fondement et refusait de voir dans la convention la reconnaissance d'un droit pour les enfants issus d'un don de connaître leurs origines. Voir *Pratten v. British Columbia (Attorney General)*, 2012 BCCA 480 (CanLII), par. 57 à 61.

effectivement tout intérêt et toute liberté d'utiliser les dispositions de cette Convention pour interpréter le droit québécois à mettre en œuvre, il y a loin à ce que le législateur soit contraint de légiférer pour rendre son droit plus conforme à une convention qui n'a pas été intégrée au droit interne. La seconde porte sur l'interprétation des articles 7 et 8 de la Convention qui fait l'objet d'une controverse, notamment concernant le sens à reconnaître au mot parent et aux contours de la notion d'identité, éléments qui sont pourtant essentiels pour déterminer la portée du droit garanti par cette Convention⁴⁷.

Quoi qu'il en soit, très tôt dans le discours juridique québécois le droit à l'égalité et le droit à l'identité ont été invoqués au soutien d'une levée de l'anonymat des donneurs. C'est la professeure Edith Deleury, actuelle présidente de la Commission de l'éthique en science et en technologie du Québec, qui a posé la première, dans les années 90, cette exigence en regard du droit à l'égalité et qui a avancé l'article 7 de la CRDE comme fondement textuel du droit de connaître ses origines⁴⁸. Aujourd'hui, la position adoptée par la Commission de l'éthique en science et en technologie du Québec est largement inspirée de la pensée de sa présidente⁴⁹.

Or, le droit à l'identité et à l'égalité peuvent paraître des fondements critiquables pour la reconnaissance d'un droit de

47. À cet égard, voir par exemple Julie COUSINEAU, *supra*, note 15, p. 239 et 242. L'auteure explique au sujet de l'article 8 sur l'identité qu'« [u]ne interprétation étroite et historique de cette disposition de la Convention ne peut servir de fondement normatif au droit aux origines. Cet article a été conçu pour réunifier les familles séparées. Il est issu d'une proposition de l'Argentine afin de contrer les actions militaires visant à enlever des nouveau-nés à leurs parents pour les confier à des couples qui appuyaient le régime militaire. Les auteurs du Manuel d'application de l'UNICEF indiquent par contre que l'expression « relations familiales » signifie que l'identité d'un enfant dépasse le cadre de sa famille immédiate et donc de ses parents légaux. Cela peut être une interprétation valable, mais puisque l'article précise que cela doit être tel que reconnu par la loi, il reste à déterminer quelle signification les États accordent aux rapports familiaux et aux parents dans leur loi ». Et plus loin au sujet de l'article 7, elle s'interroge : « Et que dire de l'utilisation même du terme "parent" dans la Convention qui se trouve sans aucun doute mis à l'épreuve faute de définition ? Dans la procréation assistée avec les forces génétiques d'un tiers, celui-ci n'est qu'un géniteur et non un parent ». Dans le même sens voir Angela CAMERON, Vanessa GRUBEN, et Fiona KELLYM, *supra*, note 15, p. 113 et s.

48. Voir, Édith DELEURY, « Filiation, parenté, identité », *supra*, note 24, p. 169 et « Droit de la procréation artificielle », *supra*, note 24, p. 103-104.

49. Voir, par exemple, Commission de l'éthique, de la science et de la technologie, *supra*, note 3, p. 42, 48 et 50.

connaître ses origines en raison de leur grande dépendance au raisonnement mené en matière d'adoption. Le raisonnement sur l'identité des enfants issus d'un don de gamètes est dangereux car il repose sur une analogie inappropriée, bien que très répandue, entre la situation de ces enfants avec les enfants adoptés. De fait, on observe que la question du droit aux origines s'est tout d'abord posée pour les enfants adoptés et de façon sans doute plus cruciale encore pour les enfants adoptés dans d'autres pays. La réflexion sur le droit aux origines s'est naturellement construite autour des problèmes et demandes propres à ces enfants, enfants déjà nés qui ont une histoire commençant par un abandon des parents d'origine. Est-il légitime de la transposer aux enfants issus de dons de gamètes ? La question identitaire constitue, selon nous, le premier argument pour répondre par la négative⁵⁰. Un exemple récent de raisonnement mené en matière d'adoption nous paraît illustrer les limites d'une transposition pure et simple à la question des « origines » des enfants issus de dons de gamètes. Ainsi, les professeurs Ouellette et Roy commentant les modifications proposées dans l'avant-projet de loi intitulé *Loi modifiant le Code*

50. En revanche, dans les cas où la situation des deux catégories d'enfants est réellement semblable, l'analogie redevient pertinente et légitime. Il en va ainsi, par exemple, de la question du secret, voire du mensonge, entourant les circonstances de la naissance. Ils sont préjudiciables pour tout enfant qui y est confronté, et s'agissant des enfants adoptés et issus d'une PA, leur intérêt à ne pas être maintenus dans le secret est identique. On pourra alors rejoindre Pierre Murat dans la réponse qu'il donne à cette question dans le contexte français : « On fait souvent valoir que la problématique de l'accès aux origines en matière d'adoption et en matière de PA n'est pas identique : désirer connaître toute une séquence de son histoire liée à une grossesse et à un abandon ne revient pas au même qu'avoir été désiré par un couple stérile qui a dû recourir à des gamètes extérieurs au couple juste pour concevoir. Cette différence justifie-t-elle pour autant le fossé qui existe à l'heure actuelle entre adoption et PA sous l'angle de la connaissance de ses origines ? En effet, l'adopté a toujours les moyens de connaître au moins l'existence de l'adoption, tandis que la connaissance pour l'enfant issu d'une PA de son mode de conception repose entièrement sur la bonne volonté des parents de révéler le mode de conception singulier. La réponse à la question n'est pas simple, mais ces distinctions pourront-elles perdurer si l'AMP ou l'adoption devait être ouvertes aux couples homosexuels ? L'adoption plénière comme l'AMP ont été construites par imitation de l'engendrement qui autorise une fiction à l'état civil. En cas de changement dans le droit positif, il serait alors paradoxal que, selon le type de couple ayant recours à l'AMP ou à l'adoption, le même mode de conception de l'enfant soit tantôt obligatoirement évident en raison de l'appartenance au même sexe des deux parents, tantôt passé sous silence. Si telle devait être la direction de l'histoire, il faudrait remettre à plat toutes les filiations électives – adoption et PA – pour les construire non plus sur une imitation de l'engendrement mais sur une intention parentale ouvertement assumée », voir Pierre MURAT, « L'effectivité du droit de l'enfant à connaître ses parents et à être élevé par eux en droit positif », (2010) 200 *Les petites affiches* 17.

civil et d'autres dispositions législatives en matière d'adoption et d'autorité parentale, expliquent qu'elles permettront de :

mieux respecter le droit de l'enfant de connaître ses parents et de bénéficier d'une certaine continuité par rapport à ses origines. « [...] Considérant l'impact identitaire de notre adoption plénière sur l'enfant concerné, nous avons d'ailleurs déjà pris position en diverses occasions en faveur d'une levée de la confidentialité des dossiers d'adoption⁵¹ [...]. « La prise de conscience des souffrances identitaires que provoque l'adoption a d'abord été suscitée par les revendications d'adoptés et de parents biologiques qui ont mené à l'établissement de règles rendant possible l'accès aux renseignements contenus dans les dossiers d'adoption et d'éventuelles retrouvailles, mais sous condition d'obtenir d'abord le consentement de l'autre partie »⁵². Et plus loin, les auteurs ajoutent : « Aujourd'hui, il existe une abondance de témoignages (livres, documentaires, etc.) d'adoptés qui montrent la manière dont ceux-ci doivent constamment négocier leur rapport à soi et aux autres en composant avec leurs deux références identitaires (adoptive et d'origine), dont aucune n'assure un sentiment définitif d'authenticité et de continuité.⁵³

Par ailleurs, si pendant un temps les juristes canadiens et québécois⁵⁴ ont pu légitimement chercher à se tourner du côté de la Charte canadienne pour assoir le droit aux origines et lui donner par là-même un caractère fondamental enviable, cette voie est désormais fermée, la Cour suprême ayant mis fin à cet espoir en refusant d'entendre l'appel formé contre la Cour d'appel de Colombie-Britannique qui avait refusé de voir dans la législation de la province une violation de la Charte⁵⁵. Malgré ce revers, les auteurs québécois en faveur de la reconnaissance d'un droit aux

51. Françoise-Romaine OUELLETTE et Alain ROY, *supra*, note 7, p. 11.

52. *Ibid.*, p. 19.

53. Françoise-Romaine OUELLETTE et Alain ROY, « Prendre acte des nouvelles réalités de l'adoption. Coup d'œil sur l'avant-projet de loi intitulé Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives en matière d'adoption et d'autorité parentale », (2010) 44 *R.J.T.* 7, 20.

54. La professeur Giroux s'était ainsi exprimée : « le droit aux origines devrait être un droit fondamental indirectement protégé par les Chartes canadiennes et québécoises par les dispositions en matière de liberté, sécurité, vie privée et égalité ». Elle poursuivait en précisant que les articles 7 et 8 de la Charte canadienne protégeraient le droit aux origines « en autant que le consentement du donneur ait été obtenu lorsqu'il s'agit de divulguer des informations nominatives le concernant », voir, Michelle Giroux, « Le droit fondamental de connaître ses origines biologiques », dans Tara COLLINS, Rachel GRONDIN, Veronica PINERO, Marie PRATTE et Marie-Claude ROBERGE (dir.), *Droits de l'enfant*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2008, p. 384-385.

55. Voir *supra*.

origines critiquent le bien-fondé de cette décision et continuent de défendre l'existence de ce droit.

On le voit à travers ces exemples, la problématique identitaire rencontrée par des enfants adoptés ne saurait être assimilée à l'éventuelle problématique rencontrée par les enfants issus d'un don de gamètes. À vrai dire, en l'état actuel des connaissances développées sur la levée de l'anonymat et la connaissance des origines dans des disciplines très différentes, il paraît pour le moins hasardeux d'affirmer que les personnes nées d'un don de gamètes sont troublées dans leur identité⁵⁶. Le trouble dans l'identité est un argument fort chez les tenants du droit de connaître ses origines. Il sera discuté au sujet de la portée à reconnaître à ce droit dans la dernière partie de notre texte.

III- Écueils relatifs à la portée d'un droit de connaître ses origines

Comme nous avons pu l'observer plus haut, le droit à l'identité des enfants conçus par dons de gamètes est très souvent invoqué par les experts pour justifier le droit de ces enfants de pouvoir connaître leurs origines. En réalité, le raisonnement va plus loin : il s'agit surtout de justifier le droit aux origines par le tort que cause nécessairement le fait de ne pas avoir d'information sur l'identité du donneur. Or, il s'agit là bien davantage d'un postulat que d'une observation de la réalité et c'est sur ce postulat que risque de reposer l'intervention du législateur québécois. Aussi, avant même de discuter de la portée du droit de connaître ses origines, nous voudrions exprimer nos réserves au sujet de cette approche qui sollicite l'abolition des dons anonymes dans le but de réparer le tort que subiraient les enfants conçus à l'aide de tiers donneurs⁵⁷.

56. En particulier lorsqu'il s'agit de fonder ce droit à l'identité sur l'article 7 de la CRDE. Voir par exemple les professeurs Giroux et Lavallée qui expliquent « [qu'] il faut interpréter la Convention avec une approche dynamique, c'est-à-dire évaluer le texte à la lumière des développements sociaux et politiques survenus depuis son adoption. L'interprétation actuelle de la Convention ne doit pas se limiter aux seules conceptions en vigueur au moment de sa rédaction. La Convention ne définit pas l'identité. Elle énonce une liste non exhaustive d'éléments. Dans le contexte médical et social actuel, il n'est pas déraisonnable d'affirmer que l'identité biologique ou génétique fait désormais partie du droit à la préservation de l'identité prévu à l'article 8 de la Convention. », *supra*, note 7, p. 159.

57. Voir par exemple la position de Naomi CAHN, « The New Kinship », 100 *GEO. L.J.* 367 (2012). Selon cette auteure, si les enfants ne subissent pas un tort du simple fait de naître suite à un don anonyme, les registres sur les donneurs permettraient d'éviter que les enfants issus de ces dons ne soient lésés, qu'on leur nie la

Il ne s'agit pas de nier l'importance accordée au sang et à la génétique dans nos sociétés occidentales. Les auteurs qui militent pour le droit aux origines se font l'écho des besoins exprimés par les familles et les enfants issus de la procréation assistée. L'immense pouvoir accordé au sang dans notre tradition se matérialise aujourd'hui dans les gamètes, en tant que vecteur de transmission⁵⁸. Le développement des nouvelles technologies de reproduction, les tests ADN et les malaises sociaux face aux transformations de la famille et de la parenté n'ont eu pour effet que de renforcer les croyances liées à la puissance des liens génétiques.

Les enfants conçus par dons de sperme qui se constituent en associations pour l'accès aux origines (outre les craintes liées à l'inceste et leur opposition à l'organisation du secret par l'État) le font principalement pour obtenir la vérité sur leur identité biologique. La connaissance des origines biogénétiques est perçue comme essentielle à leur construction en tant qu'individu⁵⁹. Les arguments avancés par les demandeurs dans l'affaire *Pratten* en sont de bons exemples. L'une de leurs principales revendications était de pouvoir obtenir des informations sur les donneurs afin de comprendre à qui ils ressemblent, d'où proviennent leurs goûts, leurs dons, leurs particularités. Il ressort des témoignages des enfants⁶⁰ que la dimension génétique constitue l'essentiel de l'identité, comme si, les traits de caractères, les capacités physiques ou intellectuelles étaient transmis selon des règles essentiellement génétiques reléguant au second plan la dimension sociale, éducative et environnementale dans la construction des diverses composantes de l'identité⁶¹. Prenant acte de cette réalité, nous ne pouvons faire l'économie d'une réflexion sur la façon dont le droit

possibilité d'exercer leurs pleines capacités humaines, p. 422. Vardit Ravitsky va dans le même sens en affirmant que l'information sur les origines biologiques permet d'éviter de causer des torts aux enfants qui naîtraient de ces dons, qui, sans ces données, seraient amputés de la possibilité de réaliser leur plein épanouissement tant au plan de la santé physique que psychologique : Vardit RAVITSKY, « Knowing Where You Come From: The Rights of Donor-Conceived Individuals and the Meaning of Genetic Relatedness », (2010) 11 *Minnesota Journal of Law, Science & Technology* 655.

58. Petra NORDQVIST, « Origins and Originators : Lesbian Couples Negotiating Parental Identities and Sperm Donor Conception », (2012) 14 *Culture, Health & Sexuality* 297, 298.

59. *Pratten v. British Columbia (Attorney General)*, 2011 BCSC 656, par. 111.

60. SÉRAPHIN, *supra*, note 35, p. 86 et s. Consulter aussi des témoignages dans Juliet R. GUICHON, Ian MITCHELL et Michelle GIROUX (dir.), *The Right to Know One's Origins: Assisted Human Reproduction and the Best Interests of Children*, Bruxelles, Academic and Scientific Publishers, 2012, p. 29-72.

61. SÉRAPHIN, *supra*, note 35, p. 87-88.

pourrait tenir compte des besoins exprimés par les acteurs eux-mêmes.

Dans cette optique, la mise en place de registres obligatoires permettant aux enfants issus de dons d'accéder aux informations sur les donneurs et la mise en place de registres permettant de retracer les enfants conçus grâce au même donneur apparaissent comme une solution appropriée. Ces dernières années plusieurs auteurs ont offert des analyses fines et des arguments très convaincants justifiant la nécessité d'une intervention de l'État dans ce domaine. On peut songer ainsi au très imposant rapport rédigé pour le gouvernement français par la sociologue Irène Théry (présidente) et la juriste Anne-Marie Leroyer (rapporteuse)⁶². Côté américain, la juriste Naomie Cahn⁶³, qui milite pour l'instauration d'un régime du type de celui mis en place en Grande-Bretagne pour les États-Unis, apporte un point de vue nuancé et fort bien articulé en faveur de l'abolition des dons anonymes. Dans le même sens, les travaux de Michèle Giroux⁶⁴, Vanessa Gruben, Fiona Kelly et Angela Cameron⁶⁵ ou Julie Cousineau⁶⁶ au Canada, de même que ceux d'éthiciens tels que Vardit Ravitsky⁶⁷, proposent une intervention étatique fondée sur le bien-être des enfants issus des dons de gamètes et sur celui des familles qui se constituent grâce à la procréation assistée.

Ces analyses, qui tiennent compte des intérêts des nombreux acteurs impliqués dans cette pratique, s'appuient sur des arguments qui font apparaître l'abolition de l'anonymat comme la meilleure solution à mettre en œuvre. Il est toutefois permis de douter de la pertinence d'une telle orientation. En effet, aucune de ces nombreuses recherches n'a jusqu'alors démontré que les enfants nés dans ces circonstances subissaient un tort qu'un registre dévoilant l'identité des donneurs pourrait réparer. De plus, il nous semble qu'en empruntant cette avenue on demande trop au droit tout en faisant trop peu pour répondre aux besoins des enfants concernés.

En promouvant la mise en place d'un système étatique réglementant et facilitant les liens entre les donneurs et les familles

62. Rapport Théry, *supra*, note 11.

63. *Supra*, note 57.

64. *Supra*, notes 7 et 15.

65. *Supra*, note 15.

66. *Ibid.*

67. *Supra*, note 57.

qu'ils contribuent à créer, le mouvement en faveur du droit de connaître ses origines justifie l'abolition des dons de gamètes anonymes par la protection du « meilleur intérêt des enfants à naître ». Ce faisant, le critère du meilleur intérêt de l'enfant utilisé en droit de la famille est importé dans la discussion sur les origines par le biais, une nouvelle fois, d'une analogie avec la situation des enfants adoptés. Pourtant, ici encore l'analogie est boiteuse dans la mesure où le critère du meilleur intérêt de l'enfant, qui est la pierre angulaire du droit de la famille, est utilisé pour des enfants nés qui méritent une protection concrète. Or, dans le débat sur les origines, l'intervention de l'État est sollicitée pour protéger d'un tort éventuel⁶⁸ des enfants qui ne sont pas encore nés. Si les souffrances liées au secret des origines peuvent exister et être bien réelles, cela ne suffit pas à affirmer que le seul fait de naître grâce à un don anonyme constitue un tort en soi pour l'enfant.

L'invocation du principe du « meilleur intérêt » au sujet d'enfants qui ne sont pas encore nés ou la justification de l'intervention de l'État au nom de ce que des auteurs québécois ont qualifié de « l'intérêt de l'enfant *a priori* », mettent en lumière la difficulté conceptuelle et empirique à considérer que mettre au monde un enfant constitue un tort quand l'alternative est de ne pas faire venir au monde. Le droit ne reconnaît en général pas le fait que la naissance d'un enfant puisse constituer un préjudice si l'enfant a une vie qui vaut la peine d'être vécue. Ce débat, issu de la philosophie morale, a trouvé un écho en droit dans le cadre de la recevabilité des actions en *wrongful life*⁶⁹, qui ne sont généralement pas admises dans les démocraties libérales⁷⁰.

Quoi qu'il en soit, et en dépit de toute la sympathie que l'on peut avoir pour le désir des enfants issus de la procréation assistée de connaître tous les détails concernant leur venue au

68. En l'absence d'études empiriques sur le sujet, on ne peut affirmer l'existence d'un préjudice certain.

69. Voir la décision de la Cour d'appel de l'Ontario (permission d'appel rejetée par la CSC), *Bovingdon v. Hergott*, 2008.

70. A cet égard, on renverra aux travaux du professeur Glenn Cohen qui soulève avec justesse la difficulté d'importer le principe du meilleur intérêt de l'enfant, *in concreto*, à des enfants non encore nés pour justifier des interventions du droit qui visent à limiter la liberté reproductive des individus, y compris la prohibition des dons de gamètes anonymes. Voir, Glenn COHEN, « Response rethinking sperm donor anonymity : Of changed selves, non-identity and one-night stands » [Response rethinking sperm donor anonymity], (2012) 100 *Geo L. Rev.* 431-447 ; Glenn COHEN, « Beyond Best Interests », (2011-2012) 96 *Minn. L. Rev.* 423-519.

monde, la consécration d'un droit aux origines et la prohibition des dons anonymes se heurtent à d'autres écueils. Les difficultés tiennent, d'une part, à l'étendue à accorder au droit de connaître ses origines et, d'autre part, à la mise en œuvre effective de ce droit.

A- L'étendue du droit de connaître ses origines

On rappellera pour débiter que l'essentiel du raisonnement sur le droit de connaître ses origines s'articule autour de la problématique des enfants issus de dons de gamètes par analogie avec la problématique soulevée par les enfants adoptés qui cherchaient à consulter leur dossier d'adoption.

Néanmoins, à bien y regarder, il nous semble que la situation des enfants issus d'un don de gamètes s'apparente davantage à celle des enfants issus d'une procréation sexuelle. Dans le premier cas, il s'agit d'un projet parental de personnes qui désirent mettre un enfant au monde mais qui, pour des raisons biologiques, sociales ou médicales, doivent recourir à l'assistance d'un tiers donneur. La décision délibérée d'engendrer, qui implique le plus souvent un lien biologique entre l'un des parents et l'enfant à naître, rapproche la démarche de ce couple de celle du couple qui procrée par relation sexuelle.

Cependant, les conséquences de la reconnaissance d'un droit de connaître ses origines sur les enfants dont la conception ne résulte pas d'une procréation médicalement assistée, a fait l'objet de très peu de discussions⁷¹, alors qu'ils sont manifestement souvent dans une situation similaire à celle des enfants conçus par tiers donneurs lorsqu'ils ignorent l'identité de leur géniteur. On remarque ainsi que ces enfants sont toujours exclus des propositions qui sont avancées pour donner corps au droit de connaître ses origines.

Or, la reconnaissance d'un authentique droit aux origines biologiques, fondée sur le meilleur intérêt de l'enfant de connaître

71. Michèle Giroux avait pressenti, dès ces premiers travaux sur la question, que la reconnaissance d'un tel droit aurait des impacts au-delà de la procréation assistée mais aucune analyse poussée de cette question n'a été faite au Québec à ce jour. Voir Michelle GIROUX, « Test d'ADN et filiation à la lumière des développements récents : dilemmes et paradoxes », (2002) 32 *R.G.D.* 865, 890, note 126. Voir aussi Michelle GIROUX, *supra*, note 7, p. 370-371.

l'identité, non pas de ses parents mais de ses géniteurs, devrait nécessairement s'étendre à tous les enfants, indépendamment de leur mode de conception. Le respect de l'égalité entre ces enfants semble l'exiger⁷².

Le droit civil québécois, faut-il le rappeler, reconnaît le projet parental avec assistance à la procréation⁷³, sans exigence d'un quelconque contrôle médical ou étatique. Les parents d'intention peuvent en effet recourir à un don de gamètes en s'adressant à une personne de l'entourage ou à une petite annonce. D'ailleurs plusieurs travaux récents en sciences sociales démontrent que le recours à une personne connue est souvent favorisé par des couples de même sexe, dans l'optique même de favoriser la connaissance des géniteurs, voire même de les intégrer dans le cercle familial⁷⁴. Dans la logique de prohibition des dons anonymes, on voit mal de quelle façon l'État contrôlerait ce type d'arrangements. On pourrait légitimement craindre qu'une intervention législative centrale décourage la pratique actuelle qui s'inscrit pourtant dans le sens de la transparence recherchée.

La reconnaissance d'un droit de connaître ses origines impliquerait donc d'importantes réformes tant au plan fédéral que provincial et nécessiterait de mettre fin à la souplesse qui prévaut actuellement en faveur d'un contrôle étatique sur l'ensemble du processus de circulation des gamètes et des mécanismes de procréation avec tiers donneurs. Qui plus est – et sans sous-estimer l'ampleur du dispositif qu'impliquerait la mise en œuvre d'un tel

72. Et, même si cela est peu discuté, il y aurait lieu de mieux cerner la notion d'origines biologiques afin de savoir si le droit de les connaître s'étend à toute l'ascendance. C'est bien ce que prévoit justement le droit Suisse en parlant d'« ascendance » plutôt que d'origines.

73. L'article 538 C.c.Q stipule : Le projet parental avec assistance à la procréation existe dès lors qu'une personne seule ou des conjoints ont décidé, afin d'avoir un enfant, de recourir aux forces génétiques d'une personne qui n'est pas partie au projet parental. Sur le projet parental et son absence de formalisme, voir Robert LECKEY, « Lesbian Parental Projects in Word and Deeds », (2001) 45 *Revue juridique Themis* 185.

74. Isabel CÔTÉ, « Du père au géniteur en passant par le tiers intéressé : représentations du rôle joué par le donneur de sperme connu dans les familles lesboparentales », (2014) 1(21) *Revue internationale Enfances Familles Générations* 70 ; Isabel CÔTÉ, « Deux mères, un donneur et des enfants. Motivations des actrices et acteurs quant à l'établissement de la famille lesboparentale avec donneur connu », (2012) 24(2) *Nouvelles pratiques sociales* 84 ; Isabel CÔTÉ, *Deux mères, un donneur et des enfants. Une reconfiguration des rôles familiaux ?*, Thèse de doctorat, Université de Montréal, Montréal, 2012 ; Deborah DEMPSEY, « Donor, Father or Parent? Conceiving paternity in the Australian Family Court », (2004) 18 *International Journal of Law, Policy and the Family* 76.

droit – d'autres considérations importantes doivent être prises en compte. En effet, pour être cohérent, ce droit devrait pouvoir profiter à tous les enfants sans égard aux circonstances entourant leur conception.

Suivant le raisonnement selon lequel les enfants ont le droit de connaître leur histoire génétique et qu'ignorer les informations sur leurs origines est préjudiciable à leur développement, ce droit devrait être étendu à tous les enfants qui ne connaissent pas l'identité de leur géniteur et à ceux dont l'identité du géniteur est incertaine. Par conséquent, si l'on accepte le postulat selon lequel l'absence d'information sur les origines biogénétiques cause de réels torts aux enfants, il devient essentiel de revoir les règles traditionnelles concernant la paternité dans notre système de droit, puisqu'un important pourcentage d'enfants ont pour père un homme qui n'est pas leur géniteur⁷⁵.

Les enfants dans cette situation sont d'ailleurs actuellement plus nombreux que ceux qui sont nés d'un don de sperme⁷⁶. C'est ce qui a conduit un auteur à proposer, sur un ton humoristique et provocateur, la mise en place d'un registre des aventures d'un soir qui obligerait les hommes à consigner les informations nominatives permettant de les identifier, au cas où un enfant serait conçu suite à la relation sexuelle⁷⁷. Cette suggestion a le mérite de mettre en lumière, et crûment, le fait que dans l'interdiction des dons anonymes et la mise en place d'un registre central obligatoire, l'intervention de l'État vise à éviter que des enfants ignorent leurs origines génétiques.

Plus sérieusement, d'autres auteurs se sont interrogés quant à savoir si l'affirmation d'un droit à la connaissance des origines ne devrait pas conduire à imposer de manière systématique des tests ADN pour déterminer si le père par la filiation est bien le

75. Certaines études évaluent jusqu'à 30 % le nombre d'enfants qui auraient un géniteur différent du père reconnu par la filiation mais la plupart des études situent ce nombre entre 1 et 5 %. Voir, Erin MURPHY, « Relative Doubt: Familial Searches of DNA Databases », (2010) 109 *Mich. L. Rev.* 291, 315 ; Glenn COHEN, « Response rethinking sperm donor anonymity », *supra*, note 70, p. 443 ; An RAVELINGIEN et Guido PENNING, « The Right to Know Your Genetic Parents: From Open-Identity Gamete Donation to Routine Paternity Testing », (2013) 13:5 *The American Journal of Bioethics* 33, 34.

76. An RAVELINGIEN et Guido PENNING, *supra*, note 75, p. 34.

77. Glen COHEN, « Response rethinking sperm donor anonymity », *supra*, note 70, p. 443.

géniteur lorsqu'un enfant naît dans un couple hétérosexuel⁷⁸. Là encore, dans la mesure où l'on admet que l'information sur les donneurs des gamètes est essentielle à la construction de l'identité et au bon développement psychique des enfants, il devient nécessaire d'adopter des mesures pour garantir l'accès aux informations pour tous les enfants dont les origines sont inconnues ou qui nourrissent des doutes sur leurs origines. Une solution aisément praticable serait de mettre en place des tests ADN systématiques à la naissance, pour tous les enfants qui naissent de parents hétérosexuels.

On soulèvera sans aucun doute de nombreuses objections à l'encontre de ces propositions et, au final, à toute extension du droit des enfants de connaître leurs origines au-delà du cadre des PMA. Et pourtant, nous l'avons vu, des enfants peuvent se retrouver dans une situation similaire, sans égard à leur mode de conception. On pourra arguer, de façon pragmatique, qu'il est plus facile de contrôler la procréation dans un contexte médical que dans celui de l'intimité du cadre sexuel. Cela ne paraît toutefois pas suffisant pour priver les enfants d'un droit considéré aussi essentiel. Cette approche fondée sur un argument de type *deux poids, deux mesures*, met plutôt en lumière la difficulté de justifier l'intervention du droit dans le champ de la liberté reproductive.

L'exemple de la paternité illustre la façon dont le droit se contente d'apparences et de conventions lorsqu'il s'approche du cœur de la vie intime des individus. Ainsi, lorsqu'il est question des enfants conçus par relation sexuelle, il est aisé d'accepter que le droit à l'information ne peut être envisagé isolément, sans tenir compte du contexte de vie de l'enfant et de ses liens affectifs⁷⁹.

La doctrine majoritaire en droit de la famille a en effet toujours reconnu qu'au-delà des données biologiques ou génétiques ou d'une quelconque idée de vérité des faits, la protection de l'intérêt de l'enfant, la préservation de la qualité de ses liens avec ses parents par la filiation et la protection de l'entité familiale doivent parfois primer sur d'autres considérations. C'est pourquoi l'identité du géniteur apparaît traditionnellement devoir céder le pas aux besoins affectifs réels et concrets des enfants⁸⁰.

78. An RAVELINGIEN et Guido PENNING, *supra*, note 75.

79. *Ibid.*, p. 38.

80. Voir Marie-France BUREAU, *Le droit de la filiation entre ciel et terre : étude du discours juridique québécois*, préface de L'hon. Nicholas Kasirer, Cowansville,

L'autre question que soulève l'application de ce droit aux enfants conçus hors du contrôle de l'État est celle de son opposabilité. Dans la mesure où l'État ne possède pas le monopole des informations sur les donneurs, qui doit répondre de la réclamation d'un enfant qui désire accéder à ces origines ? Ce dernier sera-t-il en mesure de poursuivre sa mère qui refuse de déclarer la paternité du géniteur ? On peut penser par exemple aux cas de viol ou d'inceste. À la lumière de tels cas, il est légitime de se demander s'il existe un corollaire au droit de savoir qui serait celui de ne pas savoir⁸¹. Ces divers exemples démontrent qu'en définitive, les parents sont peut-être parfois mieux placés que l'État pour juger des informations dont l'enfant peut bénéficier à la lueur des circonstances propres à chacune des histoires de vie, des biographies uniques de ces enfants. Dans la tradition civiliste, le droit a toujours su laisser cette marge de manœuvre que l'on nommait dans la doctrine classique le principe de paix des familles. Devrait-il en être autrement en présence d'un tiers donneur ?

B- La mise en œuvre effective du droit de connaître ses origines

Au Canada, les gamètes ne proviennent pas d'un guichet unique. Leur circulation n'est pas gérée par un organisme étatique qui serait chargé de recueillir les dons et d'en assurer la distribution⁸² comme pour les organes ou le sang. L'État n'est donc pas le dépositaire du secret concernant les origines des enfants issus de la PA comme c'est le cas en France et comme ce fut le cas des enfants adoptés dans notre système. Les parents d'intention ont, au contraire, le choix quant à la manière de se procurer des gamètes. Ils peuvent avoir recours à une personne de leur entourage ou de leur famille. Ils peuvent également se les procurer en recourant à des banques commerciales qui offrent du sperme et des ovocytes. Ces compagnies offrent par ailleurs un double guichet. Les gamètes proviennent soit de personnes désirant garder l'anonymat, soit d'individus qui acceptent de révéler leur identité

Éditions Yvon Blais, 2009, en particulier la section portant sur la présomption de paternité, p. 24 et s.

81. Richard BLAUWHOFF, « Tracing Down the Historical Development of the Legal Concept of the Right to Know One's Origins Has 'To Know or Not to Know' Ever Been the Legal Question? », (2008) 4(2) *Utrecht Law Review* 99, 102-103.

82. C'est le cas en France où un organisme étatique unique gère l'ensemble du dispositif des dons de gamètes : les CECOS ou centres d'étude et de conservation de sperme humain. Voir D. DE LANOU, « Secret, anonymat et don de gamètes », (2010) 38 *Gynécologie Obstétrique & Fertilité* 324.

et de fournir une foule d'informations qui seront rendues disponibles aux enfants devenus majeurs. Les donneurs et les parents d'intention ont ainsi le choix d'éviter l'anonymat.

La consécration d'un droit de connaître ses origines aurait donc pour effets de contraindre les donneurs qui ne désirent pas révéler leur identité à le faire (quitte à ce que ceux-ci choisissent de ne pas fournir leurs gamètes et à créer des pénuries de dons) et d'interdire aux parents le choix de l'anonymat, sous réserve des difficultés liées au contrôle des pratiques qui échappent aux institutions.

Une réforme fondée sur la prohibition des dons anonymes et la mise en place de registres obligatoires se heurtent donc à des difficultés certaines que nous avons amplement exposées. Il en reste toutefois une à examiner, et non des moindres. Elle porte sur l'efficacité de la mise en place d'un système du type mis en vigueur dans d'autres juridictions occidentales.

Dans une perspective de réforme législative, il convient en effet de bien considérer que, ni la consécration d'un droit à la connaissance des origines biologiques, ni la levée de l'anonymat des dons de gamètes, ne régleront le problème du secret sur les origines. En effet, et cela n'a jamais été contesté dans le contexte canadien ou québécois, au nom de leur droit à la vie privée, les couples hétérosexuels auront toujours la liberté de ne pas révéler aux enfants les circonstances entourant leur conception. Il est à prévoir qu'un grand pourcentage d'entre eux choisiront de garder le secret comme en témoignent des études effectuées dans les juridictions où l'anonymat des dons de gamètes a été aboli⁸³.

La Commission de l'éthique du Québec a bien pris soin de le rappeler en 2009, en précisant qu'il faut distinguer « la question de l'anonymat de celle du secret entourant le mode de conception de l'enfant ». Autrement dit, lever l'anonymat ou affirmer le droit aux origines n'empporte pas nécessairement la levée du secret sur les origines. Aussi, la commission observait-elle que « [...] dans les pays où l'anonymat est levé, beaucoup de parents choisissent de garder le secret. Certaines études françaises et anglo-saxonnes estiment à 70 % la proportion des enfants qui ignorent qu'ils ont

83. ISAKSSON *et al.*, « Two Decades after Legislation on Identifiable Donors in Sweden: Are the Recipient Couples Ready to be Open about Gametes Donation? », (2011) 26 *Human Reproduction* 853 ; Jane STOLL, *supra*, note 13.

été conçus grâce à un don de gamètes. Dès lors, même en reconnaissant aux enfants issus de la PA un droit à connaître leurs origines, un nombre élevé d'entre eux ne pourront jamais exercer ce droit »⁸⁴.

Finalement, en dépit des dissensions entre les tenants du droit aux origines et ceux qui préconisent le maintien des dons anonymes, en dépit également de l'absence de données empiriques qui confirmeraient que les enfants conçus grâce à des dons anonymes connaissent des difficultés plus marquées que les enfants qui connaissent leurs deux géniteurs, on reconnaît unanimement le caractère délétère du secret. Les recherches récentes tendent en effet à prouver que l'âge auquel l'information est divulguée aux enfants a un impact sur leur bien-être. Ainsi, plus les enfants sont informés tôt du fait qu'ils ont été conçus grâce à un don, meilleures sont les chances qu'ils acceptent et vivent positivement avec cette information⁸⁵. Au contraire, le fait de se voir cacher cette information et de la découvrir tardivement fait courir à ces enfants le risque de se sentir trahis, de l'apprendre par des tiers ou de vivre un choc identitaire⁸⁶.

La réticence des couples hétérosexuels à dévoiler les circonstances entourant la conception des enfants pose la question de l'efficacité des registres obligatoires mis en place par des juridictions comme la Suède et la Grande-Bretagne. En effet, dans bien des cas, les enfants ne peuvent exercer leur droit de savoir puisqu'ils ignorent le recours de leurs parents à un tiers donneur. En ce sens, on peut affirmer, à la suite d'un auteur américain, que la proposition d'implanter ce type de registre au Canada est insuffisante dès lors que cette inscription ne s'accompagne pas de mesu-

84. Commission de l'éthique, de la science et de la technologie, *supra*, note 3, p. 48. Voir aussi ISAKSSON *et al.*, *supra*, note 83 ; Jane STOLL, *supra*, note 13.

85. V. JADVA, T. FREEMAN, W. KRAMER et S. GOLOMBOK, « The Experiences of Adolescents and Adults Conceived by Sperm Donation: Comparisons by Age of Disclosure and Family Type », (2009) 24(8) *Human Reproduction* 1909.

86. Parmi les dernières recherches disponibles, on s'aperçoit que les attentes les plus fortes et les plus fréquentes des enfants conçus à l'aide d'un don de gamètes ne portent pas à proprement parler sur la connaissance de l'identité du donneur. Dans un texte au titre évocateur (What the kids really want) deux auteures américaines, dont l'une est juriste, présentent les derniers résultats d'une étude menée auprès de 751 répondants. Il apparaît clairement que si la majorité pensent qu'il est important de révéler le recours à un donneur très tôt, les trois quarts réclament de « seulement connaître » le donneur ou d'être « en mesure de le connaître ». Voir, Naomi CAHN et Wendy KRAMER, « What the Kids Really Want », *Bionews* 619, en ligne : <http://www.bionews.org.uk/page_103648.asp>.

res concrètes propres à garantir l’effectivité du droit⁸⁷. En effet, selon les tenants du droit aux origines, compte tenu de l’importance des informations et du rôle prophylactique que le système étatique devrait jouer pour éviter les torts allégués aux enfants, des mesures actives devraient être mises en place pour assurer la mise en œuvre du droit de savoir. Ainsi, plutôt que prendre pour acquis que les enfants auront été informés par leurs parents et qu’ils feront la démarche de consulter le registre une fois devenus majeurs, Glenn Cohen considère qu’un fonctionnaire devrait contacter les enfants et les informer, dès l’âge de 18 ans, de leur mode de conception⁸⁸. L’État pourrait ainsi les guider sur la façon d’obtenir l’identité du donneur de sperme ou d’ovocyte ayant permis leur venue au monde.

D’autres vont encore plus loin et suggèrent que l’information sur le recours à un donneur de gamètes fasse l’objet d’une inscription à l’acte de naissance⁸⁹. De cette façon, l’enfant est informé de son mode de conception dès la naissance, ne laissant aucune possibilité aux parents ou à un quelconque tiers de cacher l’information. Cette solution n’a, à notre connaissance, jamais été instaurée dans les juridictions ayant aboli les dons anonymes, bien que cette question fasse l’objet de débats depuis plus de vingt ans en Suède⁹⁰.

87. Richard BLAUWHOFF, *supra*, note 81, p. 102.

88. Glenn COHEN, « Response Rethinking Sperm Donor Anonymity », *supra*, note 70, p. 446.

89. Des auteurs comme la britannique Lucy FRITH, « Gamete Donation and Anonymity. The Ethical and Legal Debate », (2001) 16 *Human Reproduction* 818 ; Naomie CAHN, *supra*, note 57, et Irène THÉRY et Anne-Marie LEROYER, Rapport Théry, *supra*, note 11, préconisent cette mesure. Au Québec, la professeure Giroux suggère également de considérer cette option : voir Michelle GIROUX et Mariana DE LORENZI, *supra*, note 15, p. 91. *Contra* : Julie McCANDLESS, « The Changing Form of Birth Registration? », dans Fatemeh EBTEHAJ *et al.* (dir.), *Birth Rites and Rights*, Oxford, Hart Publishing, 2011, p. 187 et s., qui souligne que plusieurs options seraient plus appropriées qu’une annotation à l’acte de naissance pour favoriser la divulgation du mode de conception aux enfants nés grâce à la PA.

90. La divulgation du mode de conception sur l’acte de naissance a fait l’objet de débats en Suède mais n’a jamais été reconnue comme solution pour garantir le droit des enfants de connaître leur origine malgré le fait que la Suède dispose d’un système d’État civil permettant de cacher ce type d’information jusqu’à la majorité de l’enfant, voir Jane STOLL, *supra*, note 13, p. 121. Pour éviter que cette information ne trahisse le secret médical ou qu’elle soit dévoilée à des tiers, le Rapport Théry propose d’établir dans ce cas la filiation sur une « déclaration commune anticipée de filiation », en ne donnant aucune indication sur le mode de conception en prévoyant en particulier que l’état civil intégral ne serait désormais accessible qu’à l’intéressé et à ses ascendants, et que seul l’extrait de l’acte de naissance avec filiation ne mentionnant pas le mode d’établissement de celle-ci serait donné aux tiers, *supra*, note 11, p. 318. Julie Cousineau quant à elle, favorise l’anonymat des

Ces mesures, qui favorisent la transparence et visent à assurer une meilleure effectivité du droit des enfants d'accéder aux informations concernant leurs origines, peuvent sembler radicales et doivent être examinées avec soin. Elles présentent l'avantage de garantir aux enfants la possibilité d'exercer leur droit de savoir, mais au détriment de bien d'autres considérations telles que le droit à la vie privée des parents, le secret médical, et l'évaluation concrète de l'intérêt de l'enfant dans son contexte de vie. Qui plus est, ces mesures de transparence extrême ne pourront être mises en œuvre que pour les enfants issus d'une procréation impliquant des gamètes et un traitement médical fourni par l'État. Le droit aux origines est donc une fois encore pensé au regard de la seule situation des enfants issus d'une procréation médicalement assistée. Les tenants de cette approche insistent sur l'importance, pour ces derniers, d'établir une traçabilité matérielle des données entourant le matériel génétique à l'origine de leur conception, tout en acceptant la part inévitable de mystère entourant la fabrication des enfants engendrés dans la pénombre des chambres à coucher.

Dans le contexte actuel des sociétés démocratiques de la modernité avancée, il n'est pas étonnant que les juristes se questionnent sur la façon dont le droit doit réagir aux transformations rapides et importantes qui affectent les familles. La diversité des modèles parentaux et conjugaux, les séparations et les reconfigurations familiales et le développement des technologies de reproduction ont fait en sorte de pluraliser et de complexifier la façon dont les familles se constituent et ont ouvert l'accès à la parenté à des catégories de la population pour qui les portes de la famille étaient autrefois fermées. L'ensemble de ces phénomènes crée une certaine anxiété sociale et des malaises⁹¹. Face à ces vertiges, le réflexe est souvent de trouver des ancrages, de chercher des éléments qui créeront de la stabilité et des certitudes. Le droit à la connaissance des origines semble participer de ce mouvement⁹².

dans tout en distinguant cette problématique de celle du secret. Dans une approche fondée sur le féminisme relationnel, elle propose de maintenir le privilège de réserve des parents quant au secret, qui ne relève pas du droit, *supra*, note 15, p. 228 et s.

91. Marie-France BUREAU, *supra*, note 23.

92. Cécile Ensellem affirmait à ce sujet : « les origines et la filiation biologique semblent d'autant plus constituer un repère tangible que la famille apparaît comme élastique et extensible. Les individus semblent de plus avoir besoin de s'enraciner, de s'attacher, peut-être précisément au regard du nombre d'incertitudes qui pèsent sur leur avenir. », dans « Variations sur un droit : la connaissance de ses

Le débat sur les origines met également en lumière la difficulté de légitimer une intervention législative qui soit à fois protectrice des personnes les plus vulnérables, à même de trouver des solutions concrètes à la réglementation des liens intimes, tout en faisant sens pour tous les protagonistes impliqués dans la venue au monde des enfants. Compte tenu du fait que de plus en plus souvent, des tiers sont mobilisés dans la conception des enfants, que la sexualité et le couple hétérosexuel ne sont plus nécessairement à la base de la création des familles, la logique binaire et biocentrée de la parenté est mise à mal et révèle des paradoxes. En même temps que devient plus acceptable et visible la parenté non fondée sur la biologie, le mouvement de reconnaissance de la parenté élective et fondée sur l'engagement d'élever des enfants s'accompagne d'un désir de plus en plus grand d'avoir accès aux techniques permettant d'avoir un enfant qui soit biologiquement relié à au moins un parent comme en témoigne l'incroyable essor des procréations assistées dans les sociétés occidentales et l'emphase mise sur les gènes et le sang en tant que marqueurs de l'identité. Face à ce double mouvement, c'est la logique même de la parenté qui doit être repensée, ce qui constitue un défi de taille⁹³.

En outre, notre recherche a permis de révéler que la remise en question de l'anonymat et la mise en place d'un droit aux origines implique d'interroger les pratiques relatives à la circulation des gamètes dans le cadre des dispositifs légaux régissant les technologies sur le vivant, le statut des matériaux et des tissus humains⁹⁴. Qui sera responsable de la collecte des gamètes, qui en fera la distribution et selon quelles modalités ? Comment faire face à la pénurie de gamètes qui affecte déjà grandement les banques canadiennes⁹⁵ ? Quels seront les rôles respectifs des acteurs du secteur privé, des individus et de l'État dans la circulation des gamètes et dans la consignation des informations relatives

origines en France. De l'accouchement sous X à l'assistance médicale à la procréation », (2011) 14 *Enfances, Familles Générations* 77, 92.

93. Voir l'excellent numéro spécial de la revue *Enfances, familles générations* sur les technologies de reproduction et l'article introductif du numéro écrit par ses co-directeurs, Jérôme COURDURIÈS et Cathy HERBRAND, « Genre, parenté et techniques de reproduction assistée : bilan... *Enfances Familles Générations* », (2014) 21 *Enfances, familles générations*.

94. Voir l'ouvrage de Céline LAFONTAINE, *Le corps marché. La marchandisation de la vie humaine à l'ère de la bioéconomie*, Paris, Seuil, 2014.

95. Stu MARVEL, « "Tony Danza Is My Sperm Donor?" : Queer Kinship and the Impact of Canadian Regulations around Sperm Donation », (2013) 25 *Can. J. Women & L.* 221-248.

aux personnes qui accepteront de participer au projet procréatif d'autrui ? Il s'agit là d'autant de questions qui démontrent qu'une réforme sur la question des origines biologiques des enfants issus de la procréation assistée pourra difficilement s'engager de manière isolée, sans tenir compte des enjeux complexes qu'elle soulève nécessairement.

La criminalisation des pratiques sexuelles sadomasochistes en droit pénal canadien

Kerry WEINSTEIN

Résumé

Dernièrement, le sadomasochisme a fait l'objet d'une grande controverse dans les médias. Cette pratique soulève des questions difficiles sur le consentement, les choix que chacun peut faire au sujet de son propre corps et la portée de l'intervention de l'État dans notre vie privée. Même si la société accepte de plus en plus ce comportement qui était autrefois tabou, un débat public oppose toujours ceux qui catégorisent le sadomasochisme comme une pratique sexuelle à ceux qui le perçoivent comme un délit violent et punissable. Toutefois, un examen de la jurisprudence et des doctrines existantes révèle que le système de justice pénale canadien considère toujours le sadomasochisme comme une pratique sexuelle inacceptable. En l'absence d'une prohibition explicite du sadomasochisme dans le Code criminel, il est clair que les tribunaux canadiens ont eu tendance à criminaliser les pratiques sadomasochistes en invoquant l'agression sexuelle ou l'agression sexuelle causant des lésions corporelles. Cet article explore cette tendance et ses répercussions importantes.

La criminalisation des pratiques sexuelles sadomasochistes en droit pénal canadien

Kerry WEINSTEIN*

INTRODUCTION	637
1. Le débat entourant la conceptualisation légale du sadomasochisme	638
1.1 Le sadomasochisme en tant qu'activité sexuelle	639
1.1.1 L'autonomie sexuelle	639
1.1.2 Les rapports avec la protection du public.	640
1.2 Le sadomasochisme en tant qu'acte de violence	641
1.2.1 Les bonnes mœurs	641
1.2.2 Les rapports avec la protection du public.	642
2. Les difficultés posées par la question du consentement	643
2.1 Le consentement aux activités sexuelles	644
2.1.1 La doctrine du consentement implicite.	644

* L'auteure remercie Maude Pagé-Arpin, professeure de la Faculté de droit de l'Université de Montréal, pour ses commentaires et ses conseils qui ont rendu possible cet article.

2.1.2	Le consentement aux actes qui se produisent pendant un état d'inconscience	646
2.2	Le consentement à des lésions corporelles.	647
2.2.1	Personne ne peut consentir à des lésions corporelles	647
2.2.2	L'exception des actes ayant une utilité sociale	649
CONCLUSION		650
BIBLIOGRAPHIE		651

INTRODUCTION

En 1967, l'ancien premier ministre Pierre Elliott Trudeau a assuré les Canadiens que ce qui se passe en privé, entre adultes et dans l'intimité de leur propre foyer n'est pas une préoccupation de l'État ni de la loi¹. Cependant, 45 ans plus tard, bon nombre de juristes et de féministes affirment que les personnes qui prennent part à certains types d'activités sexuelles et consensuelles en privé continuent d'être victimes de stigmatisation et de criminalisation². Cette tendance s'applique particulièrement à la pratique sexuelle du sadomasochisme.

Le sadomasochisme est une pratique sexuelle où deux personnes ou plus ressentent un plaisir érotique lorsqu'ils infligent de la douleur (sadisme) ou lorsque de la douleur leur est infligée (masochisme)³. Alors que la douleur et le plaisir sont habituellement perçus comme des contraires, dans le cas du sadomasochisme, ils sont intimement liés.

Même si les actes exercés par les sadomasochistes sont assez variés, Monica Pa les a classés en quatre catégories principales : (1) l'infliction de douleur physique, généralement au moyen de la flagellation et des tapes ; (2) la stimulation verbale ou psychologique (y compris les menaces et les insultes) ; (3) la domination et la soumission ; ainsi que (4) l'asservissement sexuel et la discipline, qui font appel à des accessoires restrictifs et/ou des punitions pour des transgressions réelles ou fabriquées⁴. L'asphyxie érotique, un étouffement délibéré visant à intensifier l'expérience sexuelle, forme aussi parfois une catégorie distincte. Mentionnons que tous les comportements sadomasochistes sont caractérisés par une distribution inégale du pouvoir entre les parties⁵.

1. CBC DIGITAL ARCHIVES, « Trudeau's Omnibus Bill: Challenging Canadian Taboos », en ligne : <http://archives.cbc.ca/politics/rights_freedoms/topics/538/> (site consulté le 7 novembre 2012).
2. David TANOVIK, « Criminalizing Sex at the Margins », (2010) 74 C.R. 86, 86.
3. Thomas E. MURRAY et Thomas R. MURRELL, *The Language of Sadomasochism: A Glossary and Linguistic Analysis*, Connecticut, Greenwood Publishing Group, 1989, p. 20.
4. Monica PA, « Beyond the Pleasure Principle: The Criminalization of Consensual Sadomasochist Sex », (2001) 11 *Tex. J. Women & L.* 51, 58.
5. Gary W. TAYLOR et Jane M. USSHER, « Making Sense of S&M: A Discourse Analytic Account », (2001) 4 *Sexualities* 293, 301.

Par le passé, les spécialistes de santé mentale ont déclaré que les adeptes du sadomasochisme souffraient d'une maladie mentale. En fait, ce n'est qu'en 1980 que l'Association américaine de psychiatrie a retiré la catégorie du sadomasochisme de son *Manuel diagnostique et statistique des troubles mentaux*⁶. Actuellement, au moins un adulte sur dix avoue s'être adonné à une forme de sadomasochisme⁷. La pratique est particulièrement populaire chez les personnes instruites et chez celles provenant de la classe supérieure et de la classe moyenne⁸. Des guides sur l'érotisme sadomasochiste sont maintenant offerts au grand public et de nombreux forums en ligne existent où les intéressés peuvent trouver des partenaires éventuels ayant des intérêts similaires. Bref, le sadomasochisme jouit d'une visibilité grandissante au sein de notre culture.

Alors que la société canadienne fait preuve d'une curiosité croissante envers le sadomasochisme, ce dernier demeure une pratique sexuelle taboue au sein de notre système de justice pénale. En dépit du débat continu entourant la classification du sadomasochisme, un examen approfondi de la doctrine et de la jurisprudence révèle que les tribunaux ont classifié le sadomasochisme comme un acte de violence plutôt qu'une activité sexuelle. De plus, en l'absence d'une interdiction statutaire expresse du sadomasochisme, les tribunaux ont eu tendance à criminaliser les pratiques sadomasochistes en les qualifiant d'agressions sexuelles⁹ ou d'agressions sexuelles causant des lésions corporelles¹⁰. Peu importe le niveau, le consentement (aux activités sexuelles ou à des lésions corporelles) est l'enjeu légal le plus central.

1. Le débat entourant la conceptualisation légale du sadomasochisme

Une des principales questions débattues dans la jurisprudence et la doctrine consiste à déterminer si le sadomasochisme devrait être reconnu comme un type de rapport sexuel ou un acte

6. Association américaine de psychiatrie, *Manuel diagnostique et statistique des troubles mentaux*, 3^e éd., Paris, Masson, 1980.

7. Marianne APOSTOLIDES, « The Pleasure of Pain: Why Some People Need S&M », dans Erich GOODE et Angus VAIL (dir.), *Extreme Deviance*, London, Sage Publications, 2008, p. 270, p. 270.

8. William ESKRIDGE, « The Many Faces of Sexual Consent », (1995) 37 *Wm. & Mary L. Rev.* 47, 61.

9. *Code criminel*, L.R.C. (1985), c. C-46, art. 265.

10. C.cr., art. 272.

de violence. D'une part, le courant doctrinal mettant l'accent sur l'autonomie sexuelle qualifie le sadomasochisme de simple activité sexuelle. Même si les adeptes de ce courant appuient la décriminalisation du sadomasochisme, ils admettent qu'une intervention minimale de l'État est nécessaire pour éviter les abus.

D'autre part, le sadomasochisme est perçu comme un acte de violence. Les gens qui sont de cet avis dénoncent la violation des normes morales et sociales qu'entraîne le sadomasochisme et affirment que le public doit être protégé contre cette pratique imprévisible et dangereuse. Un examen de la jurisprudence montre que les tribunaux canadiens ont eu tendance à privilégier cette dernière position.

1.1 Le sadomasochisme en tant qu'activité sexuelle

1.1.1 L'autonomie sexuelle

La très grande majorité des arguments appuyant la classification du sadomasochisme en tant qu'activité sexuelle tournent autour de l'autonomie sexuelle. En vertu des droits à la sécurité et à la liberté protégés par la *Charte canadienne des droits et libertés*¹¹, les adultes qui prennent part à des actes sexuels consentants en privé ont, en principe, le droit de bénéficier d'une grande autonomie sexuelle¹².

La Cour suprême du Canada a d'ailleurs reconnu que chacun a le droit de choisir ce qui advient de son propre corps en vertu de la protection de la sécurité de la personne décrite à l'article 7 de la *Charte canadienne*. Dans l'arrêt *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*¹³, la Cour a déclaré :

Il n'y a donc aucun doute que la notion de sécurité de la personne comprend l'autonomie personnelle, du moins en ce qui concerne le droit de faire des choix concernant sa propre personne, le contrôle sur sa propre intégrité physique et mentale, et la dignité humaine fondamentale, tout au moins l'absence de prohibitions pénales qui y fassent obstacle.¹⁴

11. *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11 (R.-U.)], art. 7.

12. D. TANOVIČ, préc., note 2, 90.

13. *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519.

14. *Ibid.*, p. 91.

Même si cet arrêt concerne la prohibition du suicide assisté, le principe énoncé à l'article 7 de la *Charte canadienne*, soit le droit de choisir ce qui advient de son propre corps, a aussi été appliqué au domaine sexuel. À titre d'exemple, dans l'arrêt britannique *Brown*, l'appelant a soutenu que les désirs sexuels des sadiques et masochistes ne peuvent être satisfaits que par l'infliction de lésions corporelles et que la loi ne devrait pas punir la réalisation consensuelle de la satisfaction sexuelle¹⁵.

L'exercice du droit à l'autonomie sexuelle évoque également le droit à la liberté, énoncé à l'article 7 de la *Charte canadienne*. La criminalisation d'actes auxquels on a consenti en privé pose clairement une menace à la liberté individuelle¹⁶, en plus d'entraîner un risque de dérapage. En effet, si des activités intimes effectuées en privé étaient criminalisées, la séparation entre la vie privée et l'intervention étatique pourrait s'éroder dangereusement.

En fin de compte, pour répondre au point de vue adverse, les adeptes du sadomasochisme maintiennent que ce dernier est perçu à tort comme un acte de violence en raison de la douleur physique qu'il favorise. Par contre, le consentement et la négociation ayant lieu entre les parties vont à l'encontre des caractéristiques fondamentales de la violence¹⁷. De plus, la doctrine du consentement est utilisée trop souvent par les juristes afin de persécuter les « déviants sexuels » et de priver les individus de leur autonomie sexuelle¹⁸. Au fond, le sadomasochisme mérite d'être décriminalisé afin d'éviter toute atteinte à la liberté sexuelle, de réduire la stigmatisation sociale, et de permettre aux gens de s'adonner à une gamme d'activités pour exprimer leurs désirs sexuels¹⁹.

1.1.2 Les rapports avec la protection du public

Ainsi, les auteurs qui considèrent le sadomasochisme comme une activité sexuelle militent en faveur de l'exercice libéral des pratiques sexuelles sadomasochistes. Cependant, même parmi

15. *R. v. Brown*, [1993] 2 All E.R. 75, p. 7.

16. Cheryl HANNA, « Sex is Not a Sport: Consent and Violence in Criminal Law », (2001) 42 *B.C.L. Rev* 239, 247.

17. M. PA, préc., note 4, 77.

18. *Ibid.*, 52.

19. C. HANNA, préc., note 16, 247.

ces partisans, il est convenu que les parties ne devraient pas avoir *carte blanche* d'infliger des blessures dans le but d'obtenir un plaisir sexuel.

Il peut être souhaitable de limiter le niveau de douleur qu'une personne peut légalement infliger dans le cadre du sadomasochisme puisqu'il s'agit d'une pratique à haut risque. De plus, Cheryl Hanna explique qu'au cours de l'excitation sexuelle, il est facile de se laisser emporter par la passion²⁰. Même si un participant connaît les règles convenues entre les parties et n'a pas l'intention de causer du mal, il peut tout de même faire preuve d'une grossière imprudence et aller trop loin. Une question de sécurité publique émerge donc de cette problématique, surtout en ce qui concerne l'asphyxie érotique, les brûlures et l'asservissement sexuel²¹.

Comme le souligne David Tanovich, adepte du sadomasochisme, même les droits et libertés garantis par la *Charte canadienne* ne sont pas absolus. Les restrictions doivent respecter les principes impérieux de justice fondamentale qui imposent des limites raisonnables au droit à l'autonomie personnelle et sexuelle²². Ainsi, Tanovich propose qu'en supposant l'existence d'un seuil de lésions corporelles ne portant aucune atteinte au bon fonctionnement de la société, ceux qui s'adonnent au sadomasochisme ne devraient pas se sentir stigmatisés, ni être dissuadés ou criminalisés²³.

1.2 Le sadomasochisme en tant qu'acte de violence

1.2.1 Les bonnes mœurs

De l'autre côté du débat, ceux qui considèrent le sadomasochisme comme une pratique violente plutôt que sexuelle le perçoivent à la base comme une voie de fait impliquant des lésions corporelles. Les bonnes mœurs expliquent en grande partie pourquoi tant de gens, y compris des juges, sont enclins à appuyer cette position.

20. *Ibid.*

21. *Ibid.*, 275.

22. D. TANOVIK, préc., note 2, 91.

23. *Ibid.*, 95.

Comme l'a expliqué le juge Griffiths dans *Welch*, l'infliction de blessures à une autre personne est un des tabous fondamentaux de notre société morale²⁴. À la lumière de ce fait incontesté, le sadomasochisme est considéré comme une pratique dégradante et déshumanisante, car la violence est son but principal plutôt que secondaire. Face à une telle violence, toute indulgence envers la cruauté des sadiques et la dégradation des victimes est considérée intuitivement comme immorale. En effet, elle contredit fortement deux valeurs qui sont profondément enracinées dans notre société : le respect de la vie humaine et le caractère sacré du corps humain²⁵.

Toutefois, il est important de noter que les bonnes mœurs sont dynamiques et peuvent évoluer au fil du temps. À titre d'exemple, au Canada, l'homosexualité était socialement inacceptable il y a 50 ans et la pénétration anale était même une infraction pénale jusqu'en 1969²⁶. Depuis, l'approche adoptée par le système judiciaire pénal à cet égard a radicalement changé. La Cour d'appel de l'Ontario a expressément déclaré en 1998, dans l'arrêt *Amos*, que la pénétration anale n'est pas dégradante, déshumanisante, ni socialement inacceptable en soi²⁷. Donc, même si les pratiques sexuelles des homosexuels et des sadomasochistes sont toutes deux devenues plus courantes dans la société canadienne, seul le sadomasochisme demeure moralement contentieux aux yeux des tribunaux.

1.2.2 Les rapports avec la protection du public

Si l'on adhère au courant majoritaire qui considère le sadomasochisme comme une forme de violence, il est logique de penser que le public a besoin d'être protégé contre un tel comportement. Les tenants de ce point de vue, y compris la grande majorité des tribunaux canadiens, font valoir que les intérêts de la société dans son ensemble doivent toujours avoir préséance sur l'autonomie personnelle et sexuelle lorsqu'on tente d'atteindre un équilibre.

Le raisonnement des partisans de la criminalisation du sadomasochisme est fondé principalement sur le fait que, comme il est indiqué dans *Brown*, la violence associée au sadomasochisme est

24. *R. v. Welch*, 1995 CanLII 282 (ON C.A.), par. 18.

25. *R. v. Brown*, préc., note 15, p. 7.

26. *Loi de 1968-69 modifiant le droit pénal*, S.C. 1968-69, c. 38.

27. *R. v. Amos*, 1998 CanLII 2814 (ON C.A.), par. 3.

dangereuse en raison de son caractère imprévisible. En invoquant clairement un argument fondé sur l'outrage moral, la Cour a indiqué que la criminalisation du sadomasochisme, même lorsqu'il y a consentement, est nécessaire pour assurer la santé et la sécurité des citoyens²⁸. Lord Jauncey est allé plus loin en établissant une analogie entre un sadique qui, s'étant laissé emporter par l'excitation sexuelle, inflige des blessures plus sévères que celles auxquelles le masochiste avait consenti et la personne séropositive qui transmet du sang à un partenaire sexuel. À son avis, le point essentiel est que, dans l'intérêt du public, la violence potentielle doit être tout aussi pertinente que le préjudice²⁹.

De plus, vu le risque élevé d'accidents, d'erreurs quant à la portée du consentement, ou même d'abus délibérés ayant lieu au cours des activités sadomasochistes, ces préoccupations sont suffisamment urgentes pour justifier l'imposition de limites légales³⁰, sans quoi le risque de violence non contenue devient trop élevé, ce qui compromet le bon fonctionnement de la société. C'est d'ailleurs ce qu'exprime le juge Griffiths dans ce passage souvent cité de *Welch* :

Although the law must recognize individual freedom and autonomy, when the activity in question involves pursuing sexual gratification by deliberately inflicting pain upon another that gives rise to bodily harm, then the personal interest of the individuals involved must yield to the more compelling societal interests which are challenged by such behaviours.³¹

Dans l'ensemble, les tribunaux canadiens s'entendent clairement pour dire que, dans le contexte du sadomasochisme, l'autonomie sexuelle des individus ne doit pas avoir préséance sur la capacité de l'État de restreindre la violence.

2. Les difficultés posées par la question du consentement

La définition légale du sadomasochisme entraîne des conséquences importantes. Plus particulièrement, les enjeux légaux associés au consentement changent dramatiquement lorsque le niveau de risque s'intensifie et que la catégorisation légale passe

28. *R. v. Brown*, préc., note 15, p. 9.

29. *R. v. Brown*, préc., note 15, p. 18.

30. *C. HANNA*, préc., note 16, 248.

31. *R. v. Welch*, préc., note 24, par. 88.

d'une activité sexuelle à un acte de violence. Néanmoins, le sado-masochisme pose des problèmes complexes pour le droit, et ce, à tous les niveaux.

Une revue de la jurisprudence révèle que, lorsque le sadomasochisme est criminalisé au moyen d'un chef d'accusation d'agression sexuelle, l'argument repose sur le rejet explicite des défenses de consentement implicite et de consentement préalable aux actes qui se produisent dans un état d'incapacité. Dans le contexte d'un chef d'agression sexuelle causant des lésions corporelles, le sadomasochisme est considéré comme illégal puisque, même si la plaignante³² avait préalablement consenti à l'infliction des lésions corporelles, ce consentement est immatériel d'un point de vue légal.

2.1 Le consentement aux activités sexuelles

2.1.1 La doctrine du consentement implicite

De par sa nature, le sadomasochisme pose un défi bien particulier, soit de déterminer si le consentement a été retiré. Puisque le consentement est une défense valable contre l'agression sexuelle, lorsqu'ils font face à une telle accusation, bon nombre de défendeurs tentent d'affirmer que le consentement de la plaignante était sous-entendu par les circonstances sadomasochistes et les discussions préalables. Cependant, les tribunaux du droit pénal canadien maintiennent explicitement que le consentement implicite n'est pas une défense valable contre une accusation d'agression sexuelle.

Un des principes fondamentaux de notre droit pénal affirme qu'avant de prendre part à toute activité sexuelle, les deux parties doivent y consentir³³. Ainsi, toute personne a le droit de refuser tout contact au cours d'un rapport sexuel, et ce, même si elle y avait consenti préalablement. Il s'ensuit que si une personne procède à toucher une autre personne sans son consentement, l'*actus reus* de l'agression sexuelle est commis³⁴. La *mens rea* exigée est satisfaite si la personne a l'intention de procéder aux attouche-

32. Étant donné que la quasi-totalité des plaignants dans la jurisprudence pertinente sont des femmes, le nom plaignant sera utilisé au féminin.

33. *R. c. J.A.*, [2011] 2 R.C.S. 440, par. 1 ; *R. c. Hutchinson*, [2014] 1 R.C.S. 346.

34. C.cr., art. 265.

ments en sachant que le consentement n'a pas été obtenu ou en faisant preuve d'aveuglement volontaire ou d'insouciance à cet égard³⁵.

Cependant, la détermination de l'*actus reus* et de la *mens rea* devient particulièrement compliquée dans le cas du sadomasochisme. Par exemple, la force et la résistance sont non seulement des parties intégrantes des rencontres sadomasochistes, mais aussi des pratiques auxquelles les parties consentent. De plus, la douleur et le plaisir se confondent. Ainsi, lorsqu'une partie retire son consentement en criant « non », cela veut dire « oui » dans le contexte d'une pratique sadomasochiste. Évidemment, en raison de la nature même du sadomasochisme, le consentement qui en découle peut sembler paradoxal et plus difficile à évaluer pour les juges.

Dans l'affaire *Ewanchuk*, l'arrêt de principe en matière d'agression sexuelle, la Cour a clarifié qu'aucune défense de consentement tacite à une agression sexuelle n'existe en droit pénal canadien³⁶. Dans l'interprétation de consentement prévu à l'article 273.1 (1) du *Code criminel*, la Cour a conclu que la formulation « dans l'activité sexuelle en question » avait pour but de suggérer que le consentement de la plaignante doit viser précisément chacun des actes sexuels. En outre, le consentement de la plaignante doit être évalué de manière subjective en tenant compte de ce que la plaignante avait en tête au moment où l'attouchement sexuel a eu lieu. En fait, cette exigence réfute l'argument selon lequel cette disposition vise le consentement préalable large³⁷.

Dans *Ewanchuk*, la Cour a également souligné qu'aucun élément ne peut remplacer le consentement véritable de la plaignante à l'activité sexuelle au moment où cette dernière s'est produite³⁸. Par conséquent, il n'est pas loisible à l'accusé de faire valoir que le consentement de la plaignante était sous-entendu par les circonstances ou par la nature de la relation entre la plaignante et l'accusé. Un accusé ne peut donc pas présumer le consentement de la plaignante parce qu'elle s'est livrée avec lui à des pratiques sadomasochistes similaires dans le passé, ni parce qu'ils avaient discuté de la possibilité de prendre part à certains

35. *R. c. Ewanchuk*, [1999] 1 R.C.S. 330, par. 42.

36. *Ibid.*, par. 31.

37. *R. c. Ewanchuk*, préc., note 35, par. 26 ; *R. c. J.A.*, préc., note 33, par. 34.

38. *R. c. Ewanchuk*, préc., note 35, par. 31.

actes³⁹. Le juge des faits ne peut arriver qu'à deux conclusions quant au consentement : la plaignante avait consenti à l'activité sexuelle ou elle n'y avait pas consenti⁴⁰.

2.1.2 Le consentement aux actes qui se produisent pendant un état d'inconscience

Tout comme le consentement implicite, le consentement préalable aux actes sexuels n'est pas valable en droit pénal canadien⁴¹. La Cour suprême a confirmé dans le dossier *Ewanchuk* que le consentement doit être donné au moment de chaque activité sexuelle. Il s'ensuit donc que le consentement est un état d'esprit continu⁴² et peut être révoqué⁴³ à tout moment. Ainsi, même si une plaignante consent initialement à un rapport sexuel, ce consentement est révoqué au moment où la plaignante devient incapable de le donner⁴⁴.

L'incapacité de donner le consentement peut être due à une déficience mentale, mais elle peut également résulter d'une perte de conscience⁴⁵. En effet, dans la jurisprudence entourant le sado-masochisme, l'inconscience joue souvent un rôle important en raison de la popularité de l'asphyxie érotique. Dans l'affaire célèbre *J.A.*, la Cour suprême a souligné que lorsqu'une plaignante perd connaissance, elle n'est plus en mesure de s'opposer ou de consentir à l'activité sexuelle qui se produit. Présumer qu'une telle personne est consentante aurait pour effet de nier le droit de la plaignante de changer d'avis à tout moment au cours de la rencontre sexuelle et contredirait ainsi la conclusion du dossier *Ewanchuk*⁴⁶. Par conséquent, selon la définition du *Code*, une personne inconsciente ne peut pas être considérée comme consentante sous l'*actus reus*, et ce, même si elle avait exprimé son consentement avant ou après la perte de conscience⁴⁷.

39. *R. c. J.A.*, préc., note 33, par. 6.

40. *R. c. Ewanchuk*, préc., note 35, par. 31.

41. *R. c. J.A.*, préc., note 33.

42. C.cr., art. 273.1 (2)d).

43. C.cr., art. 273.1 (2)e).

44. C.cr., art. 273.1 (2)b).

45. *R. v. Esau*, [1997] 2 S.C.R. 777.

46. *R. c. Ewanchuk*, préc., note 35, par. 26 ; *R. c. J.A.*, préc., note 33, par. 53.

47. *R. c. J.A.*, préc., note 33, par. 42. *R. v. Pedden*, 2000 CanLII 13 (B.C.P.C.) ; *R. v. Ashlee*, 2005 CanLII 287 (AB C.A.).

L'article 273.2 du *Code*, qui porte sur la *mens rea* de l'agression sexuelle, confirme que les individus doivent être conscients tout au long de l'activité sexuelle⁴⁸. Un accusé qui souhaite se prévaloir de la défense de la *mens rea* doit non seulement avoir cru que la plaignante avait communiqué son consentement, mais aussi avoir pris des mesures raisonnables pour vérifier si elle consentait à prendre part à l'activité sexuelle au moment où cette dernière s'est produite⁴⁹. Cela est impossible si la plaignante était inconsciente. Ainsi, comme l'a indiqué la Cour dans *J.A.*, cette disposition du *Code* est aussi fondée sur le fait que la plaignante doit consentir consciemment à chacun des actes sexuels⁵⁰.

Les dispositions pertinentes du *Code* et leur interprétation par les tribunaux indiquent clairement que le consentement continu et conscient est légalement requis pour protéger les individus contre l'exploitation sexuelle potentielle et pour s'assurer que les parties sont en mesure de demander à leur partenaire sexuel de mettre fin aux activités à n'importe quel moment⁵¹. Ainsi, comme c'était le cas dans *J.A.*, une personne qui exécute un acte sexuel sur un partenaire sadomasochiste inconscient s'expose au risque d'être reconnu coupable d'agression sexuelle par la suite.

2.2 Le consentement à des lésions corporelles

2.2.1 Personne ne peut consentir à des lésions corporelles

Le sadomasochisme implique le droit du consentement aux activités sexuelles et aussi le droit distinct du consentement à des lésions corporelles. Le consentement peut être utilisé comme stratégie de défense valable dans le cas des accusations d'agression sexuelle. Il n'en va pas de même pour les lésions corporelles, sauf pour certaines exceptions. En tant que tels, les tribunaux ont statué que, dans le contexte du sadomasochisme, le consentement n'est pas une défense opérative contre une accusation d'agression sexuelle ayant causé des lésions corporelles.

48. *R. c. J.A.*, préc., note 33, par. 37.

49. Art. 273.2b) C.cr. ; *R. c. J.A.*, préc., note 33, par. 42.

50. *R. c. J.A.*, préc., note 33, par. 42.

51. *R. c. J.A.*, préc., note 33, par. 3.

La Cour suprême a précisé dans l'arrêt fondateur *Jobidon* que les dispositions de l'article 265 du *Code*⁵² sur les voies de fait ne constituent pas l'intégralité des limitations pouvant être imposées à la défense de consentement⁵³. Au contraire, il est loisible aux tribunaux d'imposer des limites à la défense de consentement en vertu des principes de common law et des considérations d'ordre public évaluées au cas par cas⁵⁴. Dans le cas de *Jobidon* – une rixe consensuelle ayant causé la mort d'une des deux parties –, la Cour a statué que le consentement de la victime ne légalise pas les voies de fait⁵⁵ si l'accusé a causé délibérément des lésions corporelles⁵⁶. La Cour a raisonné que les intérêts importants de la société, notamment le caractère sacré du corps humain, ont préséance sur l'autonomie personnelle (la liberté de choisir de subir une force appliquée intentionnellement)⁵⁷.

De manière importante, la majorité a souligné que la définition de lésions corporelles est conforme à l'article 2 du *Code* : « blessure qui nuit à la santé ou au bien-être d'une personne et qui n'est pas de nature passagère ou sans importance ». C'est à ce niveau de lésions corporelles que le consentement est vicié, parce que la conduite sous-jacente est susceptible d'entraîner la perturbation de l'ordre public ou l'exploitation des parties vulnérables. D'autre part, des dommages mineurs ou sans importance ne vicient pas le consentement, même si le préjudice a été conçu et causé⁵⁸.

Quelques années après le dossier *Jobidon*, la Cour d'appel de l'Ontario, dans l'arrêt *Welch*, a appliqué les considérations d'ordre public soulevées dans *Jobidon* au sadomasochisme consensuel. Dans ce dossier, l'accusé avait été reconnu coupable d'agression

52. En vertu de l'article 265 (1a) du *Code*, une personne commet des voies de fait quand, sans le consentement d'une autre personne, il applique la force intentionnellement à cette autre personne, directement ou indirectement. Conformément à la sous-section 2 de cet article, cette définition s'applique à toutes les formes d'agression, y compris l'agression sexuelle. La sous-section 3 décrit ensuite qu'aucun consentement n'est obtenu lorsque la plaignante se soumet ou ne résiste pas en raison de : l'application de la force, la menace ou la peur, la fraude ou l'exercice de l'autorité.

53. *R. c. Jobidon*, [1991] 2 R.C.S. 714, 38.

54. Don STUART, *Canadian Criminal Law*, 4^e éd., Toronto, Carswell, 2001, p. 575.

55. C.cr., art. 265.

56. *R. v. Quashie*, 2005 CanLII 23208 (ON C.A.), par. 57 (le consentement est vicié uniquement lorsque les lésions corporelles ont été non seulement visées, mais accomplies).

57. D. STUART, préc., note 54, p. 576.

58. *R. c. Jobidon*, préc., note 53, p. 63.

sexuelle ayant causé des lésions corporelles telles que définies à l'article 272 (1)c du *Code*. Pour ce qui est de la pertinence du consentement, la Cour a estimé qu'en se basant sur *Jobidon*, on ne peut pas prétendre que la législature a défini le consentement de manière exhaustive dans le cas d'une agression sexuelle ayant causé des lésions corporelles⁵⁹. Dans un tel cas, les considérations d'ordre public peuvent vicier le consentement, nonobstant le fait que l'article 273.1 (1) du *Code* fait référence expressément à « l'accord volontaire du plaignant à l'activité sexuelle ».

La décision de *Welch* est considérée comme l'autorité en matière de consentement à des lésions corporelles causées lors d'un rapport sadomasochiste et a été invoquée dans bon nombre de jugements subséquents⁶⁰. En général, les tribunaux canadiens n'ont pas fait preuve d'indulgence dans leur application continue du principe de *Jobidon* au contexte sadomasochiste. Néanmoins, certaines circonstances pourraient-elles constituer des exceptions à la non-pertinence légale du consentement à des lésions corporelles ?

2.2.2 *L'exception des actes ayant une utilité sociale*

Dans l'arrêt *Jobidon*, la Cour suprême a déclaré que le consentement peut exceptionnellement être utilisé comme stratégie de défense contre des actes ayant causé des lésions corporelles au sens du *Code*. Cependant, la jurisprudence subséquente affirme que cette exception ne s'applique pas aux activités sado-masochistes.

Dans *Jobidon*, la Cour a déclaré majoritairement que personne ne peut consentir à des lésions corporelles, sauf dans le cadre d'activités ayant une valeur sociale positive. De plus, l'intention des parties devrait être de produire un bénéfice social favorisant le bien-être des personnes concernées. La Cour a énuméré quelques exemples, dont les activités sportives violentes et le traitement médical, mais a précisé que cette liste n'était pas exhaustive⁶¹.

59. *R. v. Welch*, préc., note 24, par. 39.

60. *R. v. Robinson*, 2001 CanLII 24059 (ON C.A.) ; *R. c. J.A.*, préc., note 33 ; D. TANO-VICH, préc., note 2, 88.

61. *R. c. Jobidon*, préc., note 53, p. 63 ; Maneesha DECKHA, « Pain, Pleasure, and Consenting Women: Exploring Feminist Responses to S/M and its Legal Regulation in Canada through Jelinek's *The Piano Teacher* », (2007) 30 *Harv. J.L. & Gender* 425, 445 (même dans le cas d'activités où la loi autorise les individus à consentir à

Toutefois, dans *Welch*, la Cour a interprété la décision prise dans *Jobidon* comme ayant explicitement exclu les actes de violence sexuelle des exceptions valables⁶². En s'appuyant sur la décision prise dans l'affaire *Brown*, le tribunal a souligné « the distinction between violent activities that have a larger cultural purpose and violent activities that are pursued solely for the gratification of cruel and sadistic desires, whether sexual or not »⁶³.

Autrement dit, la violence est l'objectif principal et non secondaire de la pratique du sadomasochisme, contrairement aux activités socialement utiles énumérées dans *Jobidon*. La Cour a également exprimé sa préoccupation à l'égard du message déshumanisant transmis par le sadomasochisme ainsi que sa dépréciation du caractère sacré de la vie humaine⁶⁴.

En fin de compte, les tribunaux ont refusé d'appliquer une exception au sadomasochisme puisque la probabilité et le degré du mal qui pourrait en résulter sont trop élevés et que l'utilité sociale de la pratique n'est pas convaincante⁶⁵. Ainsi, les plaignants ont souvent eu gain de cause en accusant leur partenaire sadomasochiste d'agression sexuelle ayant causé des lésions corporelles non triviales. En effet, même si le consentement préalable à des lésions corporelles peut être démontré par la défense, ce consentement devient immatériel au tribunal.

CONCLUSION

Dans l'ensemble, la jurisprudence qui a suivi l'arrêt *Jobidon* démontre clairement que la pratique sexuelle du sadomasochisme est criminalisée en droit pénal canadien. Même si la conceptualisation juridique appropriée continue d'être débattue dans la doctrine, les tribunaux ont appuyé à l'unanimité la position catégorisant le sadomasochisme comme un acte de violence contre lequel les participants vulnérables et le grand public doivent être protégés. Par conséquent, en l'absence d'une infraction explicite sur le sadomasochisme dans le *Code*, les juges ont eu tendance à subsumer le sadomasochisme sous un chef d'accusation d'agres-

des lésions corporelles, la loi ne sanctionnera que le mal infligé dans les limites de ce à quoi on peut raisonnablement s'attendre en participant à l'activité).

62. *R. v. Welch*, préc., note 24, par. 87.

63. M. DECKHA, préc., note 61, p. 446.

64. *R. v. Welch*, préc., note 24, par. 84.

65. C. HANNA, préc., note 16, 242.

sion sexuelle ou d'agression sexuelle ayant causé des lésions corporelles. Dans les deux cas, la défense fondée sur le consentement a échoué puisque, dans le contexte d'une agression sexuelle, le consentement préalable et implicite est inadmissible, ou parce qu'il n'est pas pertinent de prétendre qu'une victime a consenti à des lésions corporelles.

À la lumière de cette situation actuelle, il est intéressant de se demander dans quelle mesure la criminalisation du sadomasochisme est une forme de discrimination. Après tout, comme le mentionne Tanovich, « Canada's sodomy laws and criminalization of homosexuality is evidence of a history of intolerance and overt discrimination of sexual minorities »⁶⁶. Ce n'est qu'en 1969 que le Canada a officiellement décriminalisé les relations sexuelles homosexuelles entre deux adultes consentants et en privé, après le commencement du mouvement des droits des homosexuels dans les années 1960⁶⁷. Puisque le sadomasochisme n'a que récemment commencé à perdre son statut culturel de sujet tabou, et que les juges actuels sont plus âgés, peut-on raisonnablement anticiper que les générations de juristes à venir démontreront un assouplissement similaire envers le sadomasochisme consensuel ?

BIBLIOGRAPHIE

Législation

Charte canadienne des droits et libertés, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11 (R.-U.)].

Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46.

Loi de 1968-69 modifiant le droit pénal, S.C. 1968-69, c. 38.

Jurisprudence

R. v. Amos, 1998 CanLII 2814 (ON C.A.).

R. v. Ashlee, 2005 CanLII 287 (AB C.A.).

66. D. TANOVICH, préc., note 2, 90.

67. Donald MCLEOD, *Lesbian and Gay Liberation in Canada: A Selected Annotated Chronology 1964-1975*, Toronto, ECW Press, 1996, p. 2.

R. v. Brown, [1993] 2 All E.R. 75.
R. c. Ewanchuk, [1999] 1 R.C.S. 330.
R. c. Hutchinson, [2014] 1 R.C.S. 346.
R. c. J.A., [2011] 2 R.C.S. 440.
R. c. Jobidon, [1991] 2 R.C.S. 714.
R. v. Pedden, 2000 CanLII 13 (B.C.P.C.).
R. v. Quashie, 2005 CanLII 23208 (ON C.A.).
R. v. Robinson, 2001 CanLII 24059 (ON C.A.).
R. v. Welch, 1995 CanLII 282 (ON C.A.).
Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général), [1993] 3 R.C.S. 519.

Doctrine

APOSTOLIDES, M., « The Pleasure of Pain: Why Some People Need S&M », dans ERICH GOODE et ANGUS VAIL (dir.), *Extreme Deviance*, London, Sage Publications, 2008, p. 270.
 DECKHA, M., « Pain, Pleasure, and Consenting Women: Exploring Feminist Responses to S/M and its Legal Regulation in Canada through Jelinek's *The Piano Teacher* », (2007) 30 *Harv. J.L. & Gender* 425.
 ESKRIDGE, W., « The Many Faces of Sexual Consent », (1995) 37 *Wm. & Mary L. Rev.* 47.
 HANNA, C., « Sex is Not a Sport: Consent and Violence in Criminal Law », (2001) 42 *B.C.L. Rev* 239.
 MCLEOD, M., *Lesbian and Gay Liberation in Canada: A Selected Annotated Chronology 1964-1975*, Toronto, ECW Press, 1996.
 MURRAY, T.E., et T.R. MURRELL, *The Language of Sadomasochism: A Glossary and Linguistic Analysis*, Connecticut, Greenwood Publishing Group, 1989.
 PA, M., « Beyond the Pleasure Principle: The Criminalization of Consensual Sadomasochist Sex », (2001) 11 *Tex. J. Women & L.* 51.
 STUART, D., *Canadian Criminal Law*, 4^e éd., Toronto, Carswell, 2001.

TANOVICH, D., « Criminalizing Sex at the Margins », (2010) 74 *C.R.* 86.

TAYLOR, G.W., et USSHER, J.M., « Making Sense of S&M: A Discourse Analytic Account », (2001) 4 *Sexualities* 293.

Autres documents

Association américaine de psychiatrie, *Manuel diagnostique et statistique des troubles mentaux*, 3^e éd., Paris, Masson, 1980.

CBC DIGITAL ARCHIVES, « Trudeau's Omnibus Bill: Challenging Canadian Taboos », en ligne : <http://archives.cbc.ca/politics/rights_freedoms/topics/538/> (site consulté le 7 novembre 2012).

CHRONIQUE

DROIT DISCIPLINAIRE

Une enquête mouvementée au Conseil canadien de la magistrature

Luc HUPPÉ*

C'est une affaire bien embarrassante pour le Conseil canadien de la magistrature que celle de l'honorable Lori Douglas, juge en chef adjointe de la Cour du banc de la reine du Manitoba. Non pas tant à cause des allégations à caractère sexuel dont elle est l'objet¹, ni même parce que le Conseil enquête à propos de l'un de ses membres². Mais plutôt en raison de nombreux incidents procéduraux, qui entravent le processus disciplinaire et alourdissent, dans ce dossier, la mission principale attribuée au Conseil par la *Loi sur les juges* : celle d'enquêter sur toute plainte ou accusation rela-

tive à un juge d'une juridiction supérieure³.

Pour exercer cette fonction, le Conseil a mis en place un processus comportant plusieurs étapes devant ses instances internes, lorsqu'il est mené à terme⁴ : réception de la plainte par le directeur exécutif du Conseil, examen par le président du comité sur la conduite des juges, analyse par un comité d'examen, constitution d'un comité d'enquête chargé de faire enquête et de remettre un rapport au Conseil et, finalement, recommandation du Conseil au ministre de la Justice du Canada

* LL.D., avocat.

1. Pour un aperçu des événements ayant conduit à la plainte visant la juge Douglas, voir : Adam DODEK, « Sex on the Internet and Fitness for Judicial Office », (2010) 13 *Legal Ethics* 215. Le dossier de la juge Douglas a été décrit par une auteure comme « high risk proceedings » : Amy SALYZYN, « The Long, Sometimes Winding, Road of Professional Discipline », (2012) 15 *Legal Ethics* 381, 385. Les informations contenues au présent texte concernant le déroulement du dossier de la juge Douglas sont tirées du site Internet du Conseil.
2. En vertu de l'article 59 de la *Loi sur les juges*, L.R.C. (1985), ch. J-1, le Conseil est notamment composé des juges en chef, juges en chef associés et juges en chef adjoints des juridictions supérieures ou de leurs sections ou chambres.
3. *Ibid.*, par. 60(2)c) et 63(2).
4. Pour une analyse détaillée de ce processus, voir : Luc HUPPÉ, « Les ambiguïtés du processus disciplinaire applicable aux juges de nomination fédérale », (2008-2009) 39 *R.D.U.S.* 71. Une réforme apportée en 2010 n'a pas substantiellement allégé ce processus, sinon pour attribuer à un comité d'examen, plutôt qu'au Conseil lui-même, la décision de constituer un comité d'enquête.

quant à l'aptitude du juge à continuer d'exercer ses fonctions⁵.

Le déroulement de ce processus est explicité dans un *Règlement administratif*⁶, des *Procédures*⁷ ainsi que des *Politiques*⁸, qui précisent notamment le rôle et l'autorité de chacun des participants et détaillent, pour chaque étape, les garanties accordées au juge visé par la plainte⁹. Cet encadrement complexe s'ajoute aux dispositions plus générales de la *Loi sur les juges* et aux principes dégagés par une jurisprudence encore en développement en ce qui a trait aux juges de nomination fédérale : la Cour suprême du Canada s'est prononcée trois fois en ce qui a trait au régime disciplinaire des juges

de nomination provinciale¹⁰, mais elle a rejeté les demandes de permission d'en appeler dans les trois dossiers dont elle a été saisie relativement à celui des juges de nomination fédérale¹¹.

Bien qu'il puisse représenter une épreuve sérieuse pour le juge qui en est l'objet, le mécanisme d'enquête confié au Conseil par la *Loi sur les juges* devrait permettre à la société canadienne de se pencher sereinement et objectivement sur la conduite qui lui est reprochée. Les multiples rebondissements du dossier de la juge Douglas ont cependant mis en lumière que ce mécanisme peut donner lieu à une certaine rivalité entre ses participants institutionnels.

5. L'article 65 de la *Loi sur les juges* prévoit qu'à l'issue de l'enquête, le Conseil présente au ministre de la Justice du Canada un rapport sur ses conclusions et lui communique le dossier. Il peut recommander la destitution du juge s'il est d'avis que ce dernier est inapte à remplir utilement ses fonctions en raison de son âge ou de son invalidité, d'un manquement à l'honneur et à la dignité, d'un manquement aux devoirs de sa charge ou encore d'une situation d'incompatibilité, qu'elle soit imputable au juge ou à toute autre cause.
6. *Règlement administratif du Conseil canadien de la magistrature sur les enquêtes*, DORS/2002-371, modifié par DORS/2010-216 (appelé le « Règlement administratif » dans le présent texte).
7. *Procédures relatives à l'examen des plaintes déposées au Conseil canadien de la magistrature au sujet de juges de nomination fédérale* (appelées les « Procédures » dans le présent texte).
8. Il y en a trois : une *Politique sur les comités d'enquête*, une *Politique sur l'avocat indépendant* et une *Politique sur l'examen du rapport du comité d'enquête par le Conseil* (globalement appelées les « Politiques » dans le présent texte).
9. Au stade de l'enquête, l'article 64 de la *Loi sur les juges* donne au juge le droit d'être informé, suffisamment à l'avance, de son objet ainsi que du lieu et du moment où elle se tiendra ; il peut s'y faire entendre, personnellement ou par procureur, contre-interroger les témoins et présenter une preuve.
10. *Ruffo c. Conseil de la magistrature*, [1995] 4 R.C.S. 267 ; *Re Therrien*, [2001] 2 R.C.S. 3 ; *Moreau-Bérubé c. Nouveau-Brunswick (Conseil de la magistrature)*, [2002] 1 R.C.S. 249. Elle a par la suite refusé les demandes de permission d'en appeler dans trois autres dossiers : *Re Ruffo*, [2006] 1 R.C.S. xiv ; *Dubois c. Conseil de la magistrature du Québec*, [2011] 2 R.C.S. vii ; *Provost c. Conseil de la magistrature du Québec*, [2011] 3 R.C.S. x.
11. *Taylor c. Canada (Procureur général)*, [2003] 2 R.C.S. xi ; *Cosgrove c. Procureur général du Canada*, [2007] 3 R.C.S. x ; *Slansky c. Procureur général du Canada*, 2014 CanLII 5977 (CSC).

Le contrôle de l'enquête

Selon les règles applicables¹², le comité d'enquête chargé par le Conseil d'entendre la preuve à propos de la plainte est formé d'un ou plusieurs membres du Conseil, nommés par le président du comité sur la conduite des juges, auxquels le ministre de la Justice du Canada peut adjoindre des avocats. La *Politique sur les comités d'enquête* lui reconnaît « la responsabilité entière et le contrôle du champ et de la portée de son enquête ». Le président du comité sur la conduite des juges nomme aussi un avocat indépendant¹³, chargé de présenter l'affaire au comité d'enquête et tenu d'agir avec impartialité et conformément à l'intérêt public. Exerçant ses fonctions sans lien de dépendance avec le Conseil et le comité d'enquête, selon la *Politique sur l'avocat indépendant*, il agit « en conformité avec le droit et d'après son avis

professionnel de ce qu'exige l'intérêt public ». Il demeure néanmoins soumis aux directives du comité d'enquête et doit se conformer à ses décisions.

L'enquête à propos de la juge Douglas commence par une controverse lorsque le comité d'enquête indique, peu après sa formation et avant que l'avocat indépendant n'ait transmis à la juge Douglas un avis faisant état des sujets qui seront traités au cours de l'enquête¹⁴, qu'il souhaite prendre connaissance de la plainte et de la décision du comité d'examen qui a décidé de la tenue de l'enquête. L'avocat indépendant oppose une certaine résistance à cette façon de procéder. Il est d'avis qu'il lui appartient d'abord de faire ses recommandations quant à savoir si l'enquête doit avoir lieu et, le cas échéant, quel doit en être l'objet. Une telle prise de position sous-entend que l'avocat indépendant est investi d'une certaine marge d'appréciation quant au con-

12. *Loi sur les juges*, art. 63(3) ; *Règlement administratif*, art. 2 (1). Le comité formé pour enquêter à propos de la juge Douglas était composé de la juge en chef de l'Alberta à titre de présidente, du juge en chef de l'Ontario (qui sera remplacé par le juge en chef de la Cour suprême de Terre-Neuve-et-Labrador avant le début de l'enquête), de la juge en chef de la Cour suprême de l'Île-du-Prince-Édouard, ainsi que d'un avocat ontarien et d'un avocat québécois : *Communiqué du 7 septembre 2011* et *Communiqué du 6 décembre 2011*.

13. *Règlement administratif*, art. 3. L'article 62 de la *Loi sur les juges* autorise le Conseil à employer le personnel nécessaire à l'exécution de sa mission et, plus spécifiquement, à engager des conseillers juridiques pour l'assister dans la tenue des enquêtes prévues à l'article 63. La Cour d'appel fédérale considère comme une « protection substantielle » la nomination d'un avocat indépendant lors d'une enquête à propos d'un juge : *Cosgrove c. Canada (Conseil de la magistrature)*, [2007] 4 R.C.F. 714 (C.A.F.), p. 738 (par. 82).

14. Le paragraphe 5(2) du *Règlement administratif* prévoit que l'avocat indépendant donne au juge, à l'égard des plaintes ou des accusations que le comité d'enquête entend examiner, un préavis suffisant pour lui permettre de présenter une réponse complète. La *Politique sur les comités d'enquête* prévoit aussi qu'avant le début des audiences, l'avocat indépendant doit informer le comité d'enquête et le juge du dossier qu'il a l'intention de présenter.

tenu de l'enquête et que son opinion à ce sujet doit être prise en compte.

Dans sa première décision¹⁵, le comité d'enquête saisit cette occasion pour asseoir son autorité. Il établit sa maîtrise totale de l'enquête, sa complète autonomie par rapport à l'avocat indépendant, ainsi que la subordination des fonctions de celui-ci par rapport à celles qui lui sont attribuées. Le comité d'enquête détermine aussi que son autorité ne dépend pas de la façon dont l'avocat indépendant apprécie le dossier, mais de la décision du comité d'examen de tenir une enquête¹⁶. En outre, il ne reconnaît pas à l'avocat indépendant le pouvoir de limiter l'enquête en fonction de la valeur probante qu'il accorde à la preuve qu'il recueille : « to do so amounts to taking over the role of the inquiry committee »¹⁷. L'avocat indépendant ne fait que l'assister dans la réalisation de sa mission et demeure assujéti à ses directives¹⁸.

Une autre confrontation survient néanmoins pendant l'audition de la preuve. Tel que le permet le

Règlement administratif, le comité d'enquête est alors assisté de son conseiller juridique¹⁹. Quoique la *Politique sur les comités d'enquête* énonce que cet avocat ne participe pas aux auditions, il procède néanmoins au contre-interrogatoire de deux témoins – dont l'époux de la juge Douglas – à la réquisition du comité d'enquête. Son attitude conduit la juge Douglas à demander la récusation de l'ensemble des membres du comité d'enquête, sur la base d'une crainte raisonnable de partialité de leur part. De son côté, l'avocat indépendant insiste pour conserver le contrôle de la présentation de la preuve.

Le comité d'enquête écarte ces prétentions²⁰. Puisqu'il considère de son devoir de poser des questions aux témoins afin de bien s'acquitter de ses fonctions, il rejette l'idée qu'il devrait s'en remettre entièrement à l'avocat indépendant ou aux autres procureurs en ce qui concerne l'administration de la preuve²¹. Il réaffirme aussi son autorité par rapport à l'avocat indépendant : il n'a pas à lui soumettre ses questions

15. *Décision du Comité d'enquête au sujet de l'hon. Lori Douglas concernant certaines questions préliminaires*, 15 mai 2012.

16. *Ibid.*, par. 18, 36 et 78-79.

17. *Ibid.*, par. 82.

18. *Ibid.*, par. 101. Le comité d'enquête écrit aussi ce qui suit : « the inquiry committee is ultimately responsible for the collection and presentation of the evidence for the benefit of the Council and the public » (par. 42) ; « the assistance of independent counsel and counsel for the judge is necessary but it is the inquiry committee that is in control » (par. 47) ; « the inquiry committee must take full responsibility for fact-finding and cannot delegate this function to independent council » (par. 69).

19. « Le comité d'enquête peut s'adjoindre un conseiller juridique pour lui fournir des conseils et l'assister de toute autre manière » : *Règlement administratif*, art. 4.

20. *Décision du Comité d'enquête au sujet de l'hon. Lori Douglas concernant la demande en récusation de tous les membres du Comité d'enquête en raison d'une allégation de crainte raisonnable de partialité*, 20 août 2012 ; la décision avait été rendue verbalement par le comité d'enquête le 27 juillet 2012.

21. *Ibid.*, par. 27 et 42.

pour qu'il les pose aux témoins²². Plutôt, il peut demander à l'avocat qui l'assiste de les interroger en son nom et lui donner des instructions à cette fin²³. Anticipant sans doute que sa décision pourrait déplaire à l'avocat indépendant, le comité d'enquête lui témoigne toutefois sa confiance et exprime le souhait de poursuivre sa mission dans la plus grande coopération possible avec lui²⁴.

Pour l'avocat indépendant, cette décision constitue un point de rupture. En marge d'une demande de révision judiciaire introduite par la juge Douglas devant la Cour fédérale²⁵, il conteste lui aussi cette décision du comité d'enquête, dans une procédure séparée²⁶. Se posant en adversaire du comité d'enquête, il demande notamment à la Cour fédérale de déclarer que la présentation de la preuve au cours de l'enquête relève de sa responsabilité et de celle des parties et que l'avocat assistant le comité d'enquête ne peut interroger les témoins. C'est un geste de dissension sans précédent au sein même de l'institution disciplinaire : parce qu'il ne veut pas

compromettre les pouvoirs qu'il estime détenir, l'avocat indépendant attaque le comité d'enquête qu'il a pourtant pour fonction d'assister, d'instruire et d'éclairer.

Dans un communiqué émis quelques jours plus tard, le Conseil annonce toutefois qu'il a accepté la démission de l'avocat indépendant²⁷. L'échange de correspondance ayant conduit à cette démission²⁸ montre des perspectives diamétralement opposées quant à l'interprétation des normes et des politiques du Conseil qui encadrent les rôles respectifs de l'avocat indépendant et du comité d'enquête.

L'avocat indépendant y justifie sa décision d'introduire une demande de révision judiciaire par le fait que « continuing the practice adopted by the Committee seriously runs the risk of violating the very raison d'être of the Independent Counsel ». Il soutient aussi ne pas être lié par les décisions du comité d'enquête lorsque celui-ci excède sa compétence. De son côté, le vice-président du comité sur la conduite des juges ne reconnaît pas à l'avocat

22. *Ibid.*, par. 49-56. Le comité d'enquête déclare ainsi que « there is no basis for independent counsel imposing restrictions on the manner in which an inquiry committee considers it necessary to conduct its hearing in the search for the truth » (par. 43).

23. *Ibid.*, par. 45. Il ne considère pas problématique que les questions soient posées de manière ferme et persistante par cet avocat : *Ibid.*, par. 72-76.

24. *Ibid.*, par. 86.

25. Dossier T-1567-12.

26. Dossier T-1562-12. La procédure de l'avocat indépendant est datée du 20 août 2012.

27. *Communiqué du 27 août 2012*.

28. Cet échange de correspondance n'est divulgué par le Conseil que près de deux ans plus tard, à la suite du jugement rendu par la Cour fédérale à l'égard de la demande de révision judiciaire présentée par la juge Douglas : *Communiqué du 25 avril 2014*. Il est composé de trois lettres, respectivement datées du 20, du 24 et du 26 août 2012. Selon le Conseil, cette correspondance était protégée par le secret professionnel.

indépendant l'autorité, à sa seule discrétion, de demander la révision judiciaire d'une décision rendue par le comité d'enquête. Il lui indique que ses procédures en Cour fédérale soulèvent des questions « that are essentially policy matters that are properly for the Canadian Judicial Council itself to raise or to consider » et que ses objections concernant l'autorité du comité d'enquête sont incompatibles avec les fonctions de ce dernier. À son avis, le lien de confiance entre le Conseil et l'avocat indépendant est dorénavant brisé.

La situation trouble dans laquelle se retrouve alors l'enquête se brouille encore davantage lorsque l'auteur de la plainte concernant la juge Douglas – à qui le comité d'enquête avait accordé un statut limité d'intervenant²⁹ – conteste devant la Cour fédérale le droit de l'avocat indépendant de démissionner de ses fonctions sans obtenir d'abord l'autorisation du comité d'enquête³⁰. Le lendemain du jour où cette pro-

cédure est intentée, le Conseil annonce la nomination d'une nouvelle avocate indépendante³¹ ; elle ne donnera pas suite à la demande de révision judiciaire initiée par son prédécesseur à l'encontre du comité d'enquête³².

L'imputabilité du Conseil

Le débat se déplace ensuite en Cour fédérale, devant laquelle s'amorce une autre forme de rivalité. Assigné comme défendeur dans les procédures de la juge Douglas³³, le Procureur général du Canada demande d'être remplacé par le Conseil ou l'avocat indépendant. Il se déclare incapable d'assumer ce rôle étant donné qu'à titre de ministre de la Justice, c'est à lui qu'incombera la responsabilité de décider des suites à donner aux recommandations du Conseil, une fois l'enquête terminée. La protonotaire saisie de la question juge pourtant indispensable la présence au dossier du Procureur général³⁴. Elle exprime le

29. *Décision du Comité d'enquête au sujet de l'hon. Lori Douglas concernant la demande d'Alex Chapman pour statut d'intervenant et paiement d'avocat*, 11 juillet 2012.

30. Dossier T-1789-12. Il se désiste par la suite de cette demande : *Douglas c. Procureur général du Canada*, *infra*, note 54, par. 51.

31. *Communiqué du 27 septembre 2012*.

32. *Douglas c. Procureur général du Canada*, *infra*, note 54, par. 49.

33. *Règles des cours fédérales*, DORS/98-106, art. 303. Dans un jugement rendu à l'égard de la demande de révision judiciaire d'une décision du président du comité sur la conduite des juges de fermer un dossier de plainte, la Cour fédérale avait déjà décidé que c'est le Procureur général du Canada, et non le Conseil, qui devait être désigné à titre de défendeur : *Akladyous c. Conseil canadien de la magistrature*, 2008 CF 50 (CanLII), par. 34-37. Le Procureur général du Canada avait aussi participé seul à une autre demande de révision judiciaire dirigée contre la décision interlocutoire d'un comité d'enquête du Conseil canadien de la magistrature : *Cosgrove c. Procureur général du Canada*, 2008 CF 941 (CanLII).

34. *Douglas v. Procureur général du Canada*, 2013 CF 451 (CanLII), par. 80. Ce jugement rejette aussi la demande de l'auteur de la plainte d'être désigné comme défendeur. Le même jour est aussi rejetée une demande similaire du Procureur général d'être mis hors de cause dans le dossier initié par l'auteur de la plainte : *Chapman v. Attorney General of Canada*, dossier T-1789-12, jugement du 30 avril 2013.

point de vue que la *Loi sur les juges* n'a pas délégué au Conseil toutes les questions reliées à la discipline judiciaire et n'a pas non plus constitué ce dernier comme le gardien exclusif de l'intérêt public en cette matière³⁵. Le rôle essentiel du Procureur général dans ce contexte est lié au maintien de la primauté du droit en ce qui a trait à l'exercice des fonctions déléguées au comité d'enquête³⁶.

Par ailleurs, le comité d'enquête, la nouvelle avocate indépendante et le Conseil cherchent tous trois à intervenir au débat devant la Cour fédérale. Leur démarche en ce sens ne produit qu'un résultat mitigé³⁷. La protonotaire rejette la demande du comité d'enquête, considérant qu'il n'est pas placé dans une meilleure position que le Procureur général pour faire des représentations. Elle autorise la nouvelle avocate indépendante à intervenir, mais uniquement pour traiter des divers attributs de cette fonction. En ce qui concerne le Conseil, dont l'indépendance est remise en cause « by reason of its internal organization, structure and process »³⁸, son intervention est permise à l'égard d'une nouvelle allégation formulée par la juge Douglas,

selon laquelle l'existence d'une relation avocat/client entre l'avocat indépendant et le vice-président du comité sur la conduite des juges qui l'a nommé suscite une apparence de partialité institutionnelle au sein du Conseil.

Ce jugement a pour conséquence de limiter considérablement les sujets que le Conseil et ses instances internes peuvent aborder devant la Cour fédérale. Il laisse au Procureur général la responsabilité principale des représentations relativement au refus des membres du comité d'enquête de se récuser.

L'avocate indépendante et le comité d'enquête soulèvent en vain, par un appel, des interrogations quant à la participation concrète du Procureur général au dossier. Confirmant le jugement de la protonotaire, la Cour prévient qu'il serait « irresponsible, totally contrary to the public interest and close to contemptuous of this Court » que le Procureur général s'abstienne de faire des représentations au mérite de la demande de révision judiciaire³⁹. À la demande de la juge Douglas, la Cour ordonne aussi le sursis des procédures du comité d'enquête⁴⁰ ;

35. *Ibid.*, par. 80.

36. « À titre de protecteur de la suprématie du droit, le procureur général a le rôle de veiller à ce que les organismes publics – par exemple, le comité d'enquête – exercent leurs fonctions conformément à la loi et que, lorsque tel est le cas, leurs décisions soient respectées » : *ibid.*, par. 86.

37. *Douglas v. Attorney General of Canada*, dossier T-1567-12, jugement du 11 juin 2013. Est aussi rejetée la demande d'intervention de l'Association canadienne des juges des cours supérieures.

38. *Ibid.*, p. 15.

39. *Douglas v. Attorney General of Canada*, 2013 FC 775, par. 18, jugement du 12 juillet 2013. La Cour qualifie le Procureur général de « reluctant Respondent » (par. 17).

40. *Douglas v. Attorney General of Canada*, 2013 FC 776, jugement du 12 juillet 2013. Le comité d'enquête avait annoncé son intention de continuer l'enquête malgré la demande de révision judiciaire (par. 4).

le Procureur général ne prend pas position sur cette question, bien qu'il soit le seul opposant de la juge Douglas à ce sujet.

De son côté, le Conseil souhaite élargir les sujets sur lesquels il a été autorisé à intervenir. En se fondant sur l'article 63(4) de la *Loi sur les juges*, qui énonce que « le Conseil ou le comité formé pour l'enquête est réputé former une juridiction supérieure », il veut notamment invoquer l'absence de compétence de la Cour fédérale pour réviser la décision du comité d'enquête, ou tout autre aspect du fonctionnement du Conseil⁴¹. Cet argument est inusité, étant donné que la Cour fédérale avait déjà exercé son pouvoir de révision à l'égard de décisions interlocutoires rendues par des comités d'enquête⁴², ainsi que d'autres décisions émanant du Conseil⁴³. La protonotaire autorise néanmoins le Conseil à faire valoir ces moyens additionnels⁴⁴.

N'ayant pas réussi à intervenir au dossier de la Cour fédérale,

les membres du comité d'enquête posent ensuite un geste d'éclat : quelques jours avant que ne débute l'audition de la demande de révision judiciaire, ils remettent en bloc leur démission⁴⁵. Soulignant le retard occasionné par la demande de révision judiciaire avant que l'enquête ne puisse être complétée⁴⁶, ils mentionnent également que la juge Douglas soulève devant la Cour fédérale des arguments à propos desquels ils n'ont pu se prononcer⁴⁷ ; ils prennent d'ailleurs l'initiative d'y répondre en détail⁴⁸.

Mais leur décision contient aussi une critique ouverte – et tout à fait surprenante – de la gestion du dossier de révision judiciaire devant la Cour fédérale. Le comité d'enquête souligne d'abord que les jugements rendus par la Cour fédérale quant à l'identité des participants aux procédures font en sorte que « there is now no one to take a position contrary to the Judge on the apprehension of bias issues and defend the process and challenged rulings on their merits »⁴⁹. Dans la

41. Deux autres comités d'enquête avaient auparavant conclu que cette disposition ne leur donnait pas le statut d'une cour supérieure : *Décision du comité d'enquête en vertu des paragraphes 63(2) et 63(3) de la Loi sur les juges relativement à M. le juge F.L. Gratton de la Cour de l'Ontario, division générale*, février 1994 ; *Décision du comité d'enquête établi par le Conseil canadien de la magistrature pour mener une enquête publique concernant M. le juge Robert Flahiff*, 9 avril 1999.

42. *Gratton c. Conseil canadien de la magistrature*, [1994] 2 C.F. 769 (1^{re} inst.) ; *Cosgrove c. Canada (Conseil de la magistrature)*, [2007] 4 R.C.F. 714 (C.A.F.) ; *Cosgrove c. Procureur général du Canada*, 2008 CF 941 (CanLII).

43. *Taylor c. Procureur général du Canada*, [2003] 3 C.F. 3 (C.A.F.) ; *Akladyous* 2008 CF 50 (CanLII). La Cour d'appel fédérale avait aussi déjà établi que les décisions du Conseil peuvent faire l'objet d'un contrôle judiciaire devant la Cour fédérale : *Crowe c. Canada (Procureur général)*, 2008 C.A.F. 298 (CanLII), par. 21.

44. *Douglas v. Attorney General of Canada*, dossier T-1567-12, jugement du 23 septembre 2013.

45. *Motifs de démission du comité d'enquête*, 20 novembre 2013.

46. *Ibid.*, par. 1-2.

47. *Ibid.*, par. 3.

48. *Ibid.*, par. 15-24.

49. *Ibid.*, par. 5.

perspective du comité d'enquête, le Procureur général du Canada, à qui incomberait cette tâche, a adopté une position passive culminant dans son intention annoncée de demeurer neutre quant au mérite de la demande de révision judiciaire⁵⁰.

Plus encore, le comité d'enquête s'insurge contre le fait même que ses travaux puissent être assujettis à la révision de la Cour fédérale⁵¹. Sa position à ce sujet est exposée avec fermeté : « The Committee does not consider itself entitled to concede any jurisdiction on the part of the Federal Court to interfere in the judicial conduct proceedings of an inquiry committee or the Council »⁵².

Cette démission réoriente le débat devant la Cour fédérale⁵³ : les allégations d'apparence de partialité n'ont plus d'objet et la Cour s'abstient donc, dans le jugement rendu au mérite de la demande de révision judiciaire, d'apprécier la conduite du comité d'enquête⁵⁴. Elle se penche plutôt sur la nature de la relation juridique existant entre le

Conseil et le premier avocat indépendant. À cet égard, les appréhensions du comité d'enquête quant à la participation du Procureur général du Canada se réalisent : ce dernier ne se prononce pas concernant l'allégation de partialité institutionnelle du Conseil et ne soulève pas la prématurité du recours intenté par la juge Douglas⁵⁵. Il adopte même une position opposée à celle du Conseil relativement à la compétence de la Cour fédérale d'exercer la révision judiciaire de ses activités et décisions⁵⁶.

La Cour fédérale conclut que le rôle de l'avocat indépendant, tel que défini par les *Politiques* du Conseil, est incompatible avec la création d'une relation avocat/client. Elle rejette donc les prétentions du Conseil relativement à la confidentialité des communications entourant la démission du premier avocat indépendant⁵⁷, mais confirme que la responsabilité de mener une enquête équitable incombe au Conseil et au comité d'enquête, et non à l'avocat indépendant⁵⁸. Ce dernier n'occupe pas une

50. *Ibid.*, par. 9-11.

51. *Ibid.*, par. 25-36.

52. *Ibid.*, par. 35.

53. Les membres du comité d'enquête anticipaient d'ailleurs que leur démission produirait cet effet : « However, if this Committee resigns now and a new inquiry committee is appointed, the necessity for the judge's proceedings with the interlocutory judicial review proceedings relating to the Committee's Ruling would be obviated » : préc., note 45, par. 40.

54. *Douglas c. Procureur général du Canada*, 2014 CF 299 (CanLII), par. 2 ; la Cour indique que « les décisions rendues par le comité d'enquête ne sont plus en cause dans la présente instance » (par. 60).

55. *Ibid.*, par. 67. La participation du Procureur général au débat se limite à « aider la Cour à parvenir à une décision qui est compatible avec le droit applicable ».

56. *Ibid.*, par. 72.

57. *Ibid.*, par. 167 et 190-191.

58. *Ibid.*, par. 198. Selon la Cour, la charge de l'avocat indépendant « est liée aux instances du comité d'enquête et la seule fonction de l'avocat indépendant est d'apporter son aide dans le cadre de ces instances en présentant des éléments de preuve et des observations ».

charge publique autonome et, selon la Cour, il n'est pas nécessaire de lui reconnaître la qualité requise pour demander de son propre chef la révision judiciaire des décisions du comité d'enquête lorsque le juge visé par l'enquête ou les autres personnes concernées peuvent le faire⁵⁹.

La Cour fédérale consacre aussi une partie substantielle de ses motifs⁶⁰ à expliquer pourquoi le Conseil et ses instances internes sont assujettis au contrôle de la Cour fédérale. Consolidant ainsi sa propre autorité, elle explique notamment que le pouvoir de surveillance qu'elle exerce à leur égard « joue un rôle important dans l'intérêt du public, à savoir celui de voir à ce que la procédure relative à la conduite des juges soit équitable et conforme au droit »⁶¹.

Deux semaines avant que la Cour fédérale ne rende ce jugement, le Conseil avait formé un nouveau comité d'enquête pour prendre la relève du comité démissionnaire⁶². Après avoir rendu plusieurs décisions d'ordre procédural⁶³, ce second comité suspend ses activités lorsque la juge Douglas annonce son intention de prendre sa retraite⁶⁴ ; plus de trois ans s'étaient alors écoulés depuis la formation du premier comité d'enquête et tout près de quatre ans et demi depuis le dépôt de la plainte. Un court commentaire du comité clôt lucidement le dossier : « Many “dérapages” have occurred since 2010 in this matter »⁶⁵.

Conclusion

Il y a quelques années, la longue bataille menée par l'honorable

59. *Ibid.*, par. 199.

60. *Ibid.*, par. 72 à 126. Dans un appel à l'encontre de ce jugement, le Conseil remet notamment en cause son assujettissement à la compétence de la Cour fédérale : *Notice of Appeal*, 22 avril 2014, dossier A-216-14. La juge Douglas loge aussi un appel à l'encontre de ce jugement (dossier A-224-14).

61. *Ibid.*, par. 121.

62. *Communiqué du 13 mars 2014*. Ce nouveau comité était réduit à trois membres : le juge en chef de la Cour supérieure du Québec, qui le préside, le juge en chef adjoint de la Cour suprême de Colombie-Britannique et une avocate dont le rattachement territorial n'est pas précisé.

63. *Ruling of the Inquiry Committee on Independent Counsel's Motion to seek Directions*, 30 septembre 2014 ; *Ruling of the Inquiry Committee on the Time and Place of the Hearing on the Preliminary Motions on October 27-29, 2014*, 13 octobre 2014 ; *Ruling of the Inquiry Committee on Preliminary Motions of Associate Chief Justice Lori Douglas*, 4 novembre 2014 ; *Ruling of the Inquiry Committee regarding the Disclosure of Clinical Notes pertaining to Associate Chief Justice Lori Douglas*, 19 novembre 2014.

64. *Reasons of the Inquiry Committee for Granting the Motion for Adjournment of the Hearing to May 21, 2015*, 24 novembre 2014. Quelques jours avant cet ajournement, la Cour fédérale avait prononcé le sursis d'une décision du comité d'enquête concernant l'admissibilité de certains éléments de preuve : *Douglas v. Attorney General of Canada*, 2014 FC 1115 (CanLII).

65. *Ibid.*, note 64, par. 55. Dans un *Communiqué du 24 novembre 2014*, le Conseil convenait avec la juge Douglas qu'il ne serait pas dans l'intérêt public de poursuivre les procédures alors pendantes devant la Cour fédérale et la Cour d'appel fédérale, ni de poursuivre l'examen des autres plaintes alors en suspens à son sujet.

Andrée Ruffo contre le Conseil de la magistrature du Québec⁶⁶ a donné une idée des complications qui peuvent survenir dans la mise en œuvre de la discipline judiciaire lorsque tout est « prétexte à contestation » et qu'une « attitude de confrontation » qui dépasse le « droit légitime du juge de se défendre face à une plainte » conduit à une « dérive du processus disciplinaire »⁶⁷. L'enquête menée par le Conseil canadien de la magistrature à propos de la juge Douglas ouvre une nouvelle perspective : la part de responsabilité que pourrait avoir l'institution disciplinaire dans les difficultés de l'enquête qu'elle mène.

L'une des caractéristiques essentielles du régime établi par le Conseil consiste dans la fragmentation de sa fonction disciplinaire entre diverses instances internes exerçant séparément les pouvoirs qui leur sont délégués par le Conseil. Au cours des étapes préalables à l'enquête, le directeur exécutif du Conseil, puis le président du comité

sur la conduite des juges, et ensuite le comité d'examen, peuvent être tour à tour appelés à apprécier le mérite de la plainte⁶⁸. Puisque le Conseil ne s'est doté d'aucun moyen pour approuver, réviser ou rectifier ce que décident ces instances internes⁶⁹, il lui est impossible de corriger leurs décisions, de prévenir leurs débordements ou de stopper leurs abus, le cas échéant. Les personnes affectées par un éventuel dysfonctionnement de ce système ne peuvent espérer trouver de secours que devant un autre organisme.

La jurisprudence fournit d'ailleurs plusieurs exemples de tentatives en ce sens : plainte disciplinaire contre l'avocat agissant à titre de directeur exécutif du Conseil à l'égard de son refus d'ouvrir un dossier lors de la réception d'une plainte⁷⁰ ; demande de révision judiciaire de la décision, prise par le directeur exécutif du Conseil⁷¹ ou le président du comité sur la conduite des juges⁷², de rejeter une plainte sans qu'elle ne fasse l'objet d'un examen plus poussé ; plainte auprès

66. À ce sujet, voir : Luc HUPPÉ, « Rétrospective de l'Affaire Ruffo », (2006) 66 *Revue du Barreau* 121.

67. *Re Ruffo*, [2006] R.J.Q. 26 (C.A.), p. 85 (par. 419 et 420).

68. Pour un exposé des problèmes structurels que pose cette séquence d'appréciations successives, voir Luc HUPPÉ, préc., note 4, p. 76-92.

69. C'est uniquement au moment où un comité d'enquête lui remet son rapport que le Conseil exerce un pouvoir de révision. Il peut alors corriger des erreurs de droit et annuler, rectifier ou modifier des conclusions de faits ou des inférences du comité d'enquête s'il a des motifs valables de le faire : *Rapport du Conseil canadien de la magistrature au ministre de la Justice concernant l'honorable Theodore Matlow*, 3 décembre 2008, par. 67 des motifs majoritaires. De plus, l'article 12 du *Règlement administratif* lui permet alors, s'il estime que le rapport du comité d'enquête est incomplet ou obscur et que des éclaircissements ou un complément d'enquête sont nécessaires, de renvoyer tout ou partie de l'affaire au comité d'enquête en lui communiquant ses directives.

70. Le conseil de discipline du Barreau du Québec s'est considéré sans compétence à l'égard de cette plainte : *Bédard c. Sabourin*, 2009 QCCDBQ 021 (CanLII), par. 98-112, confirmé par *Bédard c. Sabourin*, 2010 QCTP 8 (CanLII), par. 64-80.

71. *Mazhero v. Fox*, 2011 CF 392 (CanLII), par. 34.

72. Voir la jurisprudence citée à la note 43, *supra*.

d'un tribunal des droits de la personne à la suite du rejet d'une plainte par le Conseil⁷³ ; demande de mandamus pour forcer le Conseil à reconsidérer une plainte⁷⁴ ; demande de divulgation du rapport préparé lors d'une enquête supplémentaire précédant la décision du président du comité sur la conduite des juges concernant une plainte⁷⁵.

Au moment de l'enquête, les responsabilités respectivement attribuées par le Conseil au comité d'enquête et à l'avocat indépendant confèrent à chacun d'eux une source séparée de pouvoir et de discrétion, qu'ils exercent de manière concomitante à propos du même objet, soit les allégations concernant le juge visé par l'enquête. Le comité d'enquête et l'avocat indépendant jouissent non seulement d'une autonomie l'un par rapport à l'autre, mais ils sont également tous deux autonomes par rapport au Conseil. Ils peuvent ainsi agir, sans intervention du Conseil, sur la base de leur propre interprétation de la séparation des fonctions établie par ce dernier aux fins de l'enquête.

Comme le montre avec éloquence la confrontation relative à la direction de l'enquête concernant la juge Douglas, cette structure est susceptible de conduire à une concurrence, voire une opposition, entre eux.

La liberté complète accordée par le Conseil aux instances à qui il délègue ses pouvoirs peut conduire à des excès. Il conviendrait de réviser cet encadrement afin que le Conseil conserve la pleine maîtrise du processus de traitement des plaintes, pendant toute sa durée. Car c'est au Conseil, et non à ses instances internes, que la *Loi sur les juges* attribue la responsabilité des enquêtes à propos des juges de nomination fédérale⁷⁶. Une compartimentation trop prononcée des diverses composantes de cette fonction disciplinaire risque de diluer la responsabilité publique que la société confie au Conseil.

Plus grave encore est le refus du premier comité d'enquête saisi de l'affaire Douglas de reconnaître l'autorité des tribunaux à l'égard de ses activités⁷⁷. La Cour fédérale

73. *Soschin v. Canadian Judicial Council*, 2013 HRT0 192 (CanLII).

74. *Regina v. Nourhaghighi*, 2007 CanLII 7576 (ON SC), confirmé par *R. v. Nourhaghighi*, 2008 ONCA 456 (CanLII). La Cour fédérale a par ailleurs décidé que l'omission du Conseil d'enquêter à propos d'une plainte n'est pas une cause d'action reconnue en droit : *Carten c. Canada*, 2009 CF 1233 (CanLII), par. 55, confirmé par *Carten c. Canada*, 2010 FC 857 (CanLII) et *Carten c. Canada*, 2011 CAF 289 (CanLII) ; autorisation de pourvoi à la Cour suprême du Canada refusée : *Carten c. Canada*, [2012] 1 R.C.S. vi.

75. *Slansky v. Attorney General of Canada*, 2013 FCA 199 (CanLII), autorisation de pourvoi à la Cour suprême refusée : *Slansky c. Procureur général du Canada*, 2014 CanLII 5977 (CSC).

76. Le paragraphe 63(2) de la *Loi sur les juges* énonce que le Conseil peut enquêter sur toute plainte ou accusation relative à un juge d'une juridiction supérieure et le paragraphe 63(3) ajoute qu'il peut constituer un comité d'enquête. Aux termes du paragraphe 60(3)c), le Conseil peut régir la procédure relative à ces enquêtes par règlement administratif.

77. Cette position est aussi défendue par un juge de la Cour du Québec qui, avant d'accéder à la magistrature, avait été membre du comité d'enquête établi par le Conseil pour enquêter à propos du juge Robert Flahiff de la Cour supérieure :

a rappelé à juste titre que tous les titulaires d'un pouvoir public doivent rendre compte de la façon dont ils l'exercent⁷⁸. Était-il légitime de la part du comité d'enquête de revendiquer un statut qui le placerait à l'écart des mécanismes fondamentaux du système juridique permettant d'assurer la primauté du droit et de réduire les risques d'abus de pouvoir au sein des institutions publiques ?

Comme le rappelle fréquemment la Cour suprême du Canada, l'objectif principal des normes qui encadrent les institutions judiciaires est le maintien de la confiance des justiciables. Une plainte déontologique constitue le seul canal par lequel ceux-ci peuvent légitimement, sans porter atteinte à l'indépendance judiciaire, exprimer leur insatisfaction à l'égard des membres de la magistrature. En cherchant à se soustraire à l'autorité des tribunaux, le comité d'enquête et le Conseil laissent une bien curieuse impression quant à leur imputabilité et, par voie de conséquence,

quant à la valeur réelle du mécanisme disciplinaire mis en place par la *Loi sur les juges*.

Depuis sa création, le Conseil canadien de la magistrature a contribué de manière exceptionnelle au développement de la déontologie et de la discipline judiciaires au Canada. Ses *Principes de déontologie judiciaire*, énoncés en 1998, constituent depuis une source d'inspiration constante pour les tribunaux et la doctrine. Les rapports de ses comités d'enquête contiennent souvent des analyses élaborées à propos de sujets inédits. Mais le laborieux processus de traitement des plaintes qu'il a mis en place doit être repensé. Peu après avoir constitué le second comité d'enquête à propos de la juge Douglas, le Conseil a d'ailleurs lancé une consultation publique sur le processus d'examen des plaintes concernant les juges, afin de demeurer « sensible aux attentes du public en matière d'équité, d'efficacité et de transparence »⁷⁹.

Patrick HEALY, « The Unique Jurisdiction of the Canadian Judicial Council », (2009) 13 *Revue canadienne de droit pénal* 103. Un jugement de la Cour supérieure du Québec suscite aussi des interrogations quant à la compétence des tribunaux supérieurs provinciaux à l'égard des procédures du Conseil. Sans autrement expliquer le fondement de sa compétence, un juge de la Cour supérieure ayant fait l'objet d'une plainte auprès du Conseil a notamment interdit à un justiciable – qu'il considérait quérulent – d'introduire ou de poursuivre toute procédure devant le Conseil sans l'autorisation préalable du juge en chef de la Cour supérieure (lui-même membre du Conseil) : *Droit de la famille – 141961*, 2014 QCCS 3773 (CanLII), par. 302.

78. Précité, note 54, par. 119. Dans l'arrêt *Slansky*, un juge de la Cour d'appel fédérale soulignait à ce sujet que « immunization weakens the accountability and transparency of the Council and the judicial disciplinary system it administers. With less accountability and transparency, public confidence in the judiciary will fall, ultimately threatening judicial independence » : précité, note 75, par. 316.

79. *Communiqué du 26 mars 2014*. Aux fins de cet examen, le Conseil a préparé un substantiel *Document de travail*, qu'il a mis en ligne et qui aborde de nombreux aspects du processus de traitement des plaintes.

LISTE DES MÉMOIRES DE MAÎTRISE ET THÈSES DE DOCTORAT ACCEPTÉS EN 2013

UNIVERSITÉ LAVAL

DOCTORAT (LL.D.)

DESJARDINS, Marie-Claude, Contribution à l'analyse critique de la certification du commerce équitable depuis une perspective juridique. L'exemple du secteur viticole.

MOTARD, Geneviève, Le principe de personnalité des lois comme voie d'émancipation des peuples autochtones ? Analyse critique des ententes d'autonomie gouvernementale au Canada.

ST-HILAIRE, Maxime, La lutte pour la pleine reconnaissance des droits ancestraux. Problématique juridique et enquête philosophique.

Maîtrise en droit avec mémoire

ALEXANDRE, Caecilia, L'insertion du concept de développement durable aux règles internationales et aux programmes nationaux et locaux de sauvegarde du patrimoine culturel immatériel. Regard croisé Québec – Maroc.

ALLAMEHZADEH, Mani, Organisation légale de la médiation extrajudiciaire en procédure civile québécoise. Concordance avec la théorie psychosociologique de l'engagement.

BÉGIN-ROBITAILLE, Maude, L'impact de l'application des clauses de non-concurrence par voie d'injonction provisoire et interlocutoire sur le droit du travail.

ELASSAL, Édith-Farah, Coupable ! L'exécution des sentences prononcées par les instances pénales internationales: (in)égalité de traitement entre les condamnés ?

HESSOU, Tohouindji G. Christian, L'application du principe du non-refoulement comme critère de détermination d'un lieu sûr de débarquement pour les boat people secourus en mer : quelles obligations pour l'État côtier ?

- JOHNSON-BÉGIN, Simon, L'application des instruments de protection des droits et libertés de la personne chez les peuples autochtones du Canada.
- LÉTOURNEAU, Audrey, Le champ d'application des contrats de mandat et de service dans une perspective historique.
- MATHIEU, Catherine, La réforme du Sénat canadien en marge des procédures complexes d'amendement constitutionnel.
- MKADMI, Basma, La juridicité du concept de développement durable dans la jurisprudence au Québec.
- SABALBAL, Hélène, L'évolution des fonctions du Secrétaire général de l'ONU.
- SANTERRE, Christine, La notion d'intimidation en droit criminel canadien: un schème interrelationnel bordé par des repères temporels, identitaires et contextuels.
- ST-MICHEL, William, Le lien entre les actes incriminés en tant que crimes contre l'humanité et l'attaque généralisée ou systémique. Qui trop embrasse peut mal étreindre.

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Maîtrise en droit et politiques de la santé

- LAPOINTE, Simon, Imposer un cadre législatif et normatif pour favoriser l'utilisation des données ouvertes en santé et ainsi augmenter la sécurité des soins au Québec.
- LE GUILLOU, Laurence, La procréation médicalement assistée et le droit des enfants qui en sont issus à la connaissance de leurs origines.
- MARTINEAU, Marie-Ève, La Loi sur l'assurance automobile fait-elle échec à un recours en responsabilité médicale et/ou hospitalière ?
- PARISEAU-LEGAULT, Pierre, De la stérilisation au droit à la procréation, quel est l'intérêt réel du majeur inapte en situation de déficience intellectuelle ?
- PIERRE-LOUIS, Marie-Lynda, Les interdictions relatives à la lutte contre le tabagisme au Canada : un possible déséquilibre entre les fumeurs et les compagnies.

PLANTE, Lorraine, Projet de Loi C-14 : Avancée pour la sécurité du public ou recul des droits fondamentaux ?

SPÉNARD, Karine, La liberté du médecin de refuser de traiter un patient : mythe ou réalité ?

Mémoires de Maîtrise en droit (LL.M.)

AZER, Leslie, Tolérance zéro en matière d'inconduite sexuelle chez les professionnels de la santé : utopie ou réalité ?

UNIVERSITÉ DE MONTRÉAL

DOCTORAT (LL. D.)

HEL, Sambath, Le formalisme du contrat électronique dans l'ASEAN : définition et interprétation des notions d'écrit et de signature.

LAPIERRE, Jean Marcel, Le droit québécois du travail et la mise en œuvre du principe d'égalité dans les milieux de travail syndiqués.

MIGNAULT, Patrick, La réglementation des risques associés à la gouvernance des régimes complémentaires de retraite.

PAPY, Jacques, Vers un marché du carbone au Québec : éléments de réflexion à la lumière de l'analyse économique du droit.

SAINT-GERMAIN, Christian, Le néo-sujet du droit criminel. Effets secondaires des psychotropes sur l'anthropologie pénale.

SEFFAR, Karim, La régulation du commerce électronique global.

VÉZINA, Christine, Les pratiques communautaires de lutte au VIH et le droit à la santé : une exploration de l'effectivité inter-normative du droit.

MAÎTRISE (LL.M.)

BARBE, Richard, Rôle et pouvoirs de l'officier de justice lors de l'ouverture du régime de protection : le majeur inapte est-il protégé adéquatement ?

BARONI, Anne-Gaëlle, L'offre-finale baseball : un mécanisme arbitral particulier et utile.

- BOURGEOIS, Isabelle, Le droit international localement pour et par les femmes indiennes : la protection contre la violence domestique à Mumbai, Inde.
- CHIKOC BARREDA, Naivi, Les dispositions spéciales de la lex situs en droit international privé des successions.
- COURNIER, Marine, Sociétés minières canadiennes, violations des droits de l'homme à l'étranger : le Canada respecte-t-il les prescriptions internationales en la matière ?
- DOIX, Vincent, Les difficultés d'application du droit international au conflit du Haut-Karabagh : effectivités et causes géopolitiques.
- DUFRESNE, Fred Aly, Le port des signes religieux dans la sphère publique : une réflexion à partir du droit international et d'une comparaison de la France, de la Suisse, des États-Unis et du Canada.
- DUMONT ROBILLARD, Myriam, Garantir un réel accès à la justice efficace aux travailleuses domestiques migrantes : obstacles systémiques et conceptualisation du droit – perspectives canadiennes et internationales.
- DWYER, Sean, L'application de la Grande Loi de la Paix (Kaianerekowa) de la Haudenosaunee dans la pratique de la médiation à Kahnawake.
- EBATA, Rodrigue N., La résolution du contrat de vente en droit OHADA : d'une réforme à l'autre.
- FIMPA TUWIZANA, Twison, Opportunités du REDD+ pour l'aménagement durable des forêts tropicales et obstacles à son implantation en République démocratique du Congo : perspective juridique
- GARCEAU-LEBEL, Martine, Détermination de la peine en matière de pédophilie : aspects médico-légaux.
- GENIN-CHARETTE, Anne-Marie, La gouvernance autochtone en milieu urbain : le cas de Montréal.
- GERVAIS, Josée, Le partage de la compétence constitutionnelle en matière de relations de travail pour les entreprises et services dont les activités et la vocation sont intimement liées aux Autochtones.

- IAVARONE TURCOTTE, Cléa, La résolution en ligne des conflits de consommation à l'aune de l'accès à la justice.
- LABRANCHE, Sonia, Fuir pour mieux s'établir : Étude sur la gouvernance des déplacés climatiques au Bangladesh dans le cadre de l'adaptation au changement climatique.
- LAFONT, Isabelle, L'efficacité du régime de responsabilité civile comme mesure de contrainte au respect de l'obligation de sécurité des renseignements personnels.
- LAFRENIÈRE, Isabelle, Conflits d'intérêts et courtage immobilier au Québec : un constat mitigé sur l'état du droit, 50 ans après l'entrée en vigueur de la première Loi sur le courtage immobilier.
- LANGVIN, Cécile, La comparaison entre les ressortissants travailleurs turcs et les citoyens de l'UE concernant leur protection contre l'expulsion de l'Union Européenne.
- LUIGI, Vincent, Droits de l'homme, principes éthiques et industrie pétrolière.
- MONTPETIT, Manon, L'absorption des recours spécifiquement prévus à la charte des droits et libertés de la personne par le régime général de la responsabilité civile.
- PARENT, Valérie, L'humanité et le droit international.
- RANDRIANARISON, Hanitra Michele, À travers les expériences canadiennes en matière d'industries minières, les leçons à tirer pour Madagascar pour bâtir une croissance économique sans grande répercussion sur l'environnement.
- ROLDAN, Carlos Andres, Le statut de Rome de la cour pénale internationale et le droit interne d'un pays en situation de conflit armé : le cas de la Colombie.
- SAADÉ, Nadine, Le Canada et l'article 1F de la Convention relative au statut des réfugiés : une application large en réponse aux menaces à la sécurité nationale.
- SIMARD, Jimmy, La défense de provocation : une articulation des principes de détermination de la peine.

UNIVERSITÉ DU QUÉBEC À MONTRÉAL

DOCTORAT EN DROIT (LL.D.)

FONSECA, Patricia, L'émergence d'un droit autonome de la consommation au Brésil et au Québec.

NITU, Cristina, Les limites du droit dans la transition : rétablir le respect de l'intégrité du corps des femmes dans la Roumanie postcommuniste.

OBERTAN, Pamela, Les stratégies de contestation des pays en voie de développement face à l'universalisation du brevet sur le vivant.

UNIVERSITÉ MCGILL

DOCTORAT (LL.D.)

BOONE BARRERA, Enrique, Fragmentation of property rights in the Mexican "Ejido" and its effects on the exercise of constitutionally protected rights.

BITENOV, Gani, Regulating trade in petroleum under the WTO Regime: trade rules vs. reality of the petroleum industry.

COUTURE MÉNARD, Marie-Eve, Les collaborations public-privé en santé publique au Canada et la responsabilité publique des acteurs participants: une analyse juridique d'un phénomène émergent.

FUENTES, Carlos, Normative plurality in international law: the impact of international human rights law in the doctrine of sources of international law.

HODZIC, Edin, The (not so) gentle civilizer of consociations?: international human rights law and the challenges of group political rights.

KASTNER, Philipp, Law-Rest in peace? Legal normativity in the resolution of internal armed conflicts.

KHODAY, Amar, Legitimizing resistance? International refugee law and the protection of individuals resisting oppression.

MAÎTRISE (LL.M.)

ABER, Mouna, Réflexion critique sur la méthode moderne d'interprétation.

- ARGIBAY MOLINA, Juan Agustin, The phenomenon of trade mispricing: untying the knot for a legal analysis.
- BLAKE, Duncan, The laws of Star Wars-the need for a 'manual of international law applicable to space warfare'.
- DASGUPTA, Upasana, On-orbit transfer of satellites between states: legal issues with special emphasis on liability and registration.
- DIPAOLLO, Andrea, Space law and the protection of cultural heritage: the uncertain fate of humanity's heritage in space.
- DOBROTA, Danijela, ICTY/ICTR referrals and extradition: room for due process?
- EKWEOZOH, Irene, Rethinking state responsibility in international space "environmental" law: a case for collective responsibility for space debris prevention.
- GANJEDANESH, Farhang, The sacred law: the philosophical origin of René Girard's scapegoat mechanism and Giorgio Agamben's « Homo sacer ».
- HURSH, John, Women's rights and women's land rights in post-colonial Tunisia and Morocco : legal institutions, women's rights discourse, and the need for continued reform.
- HUSSAIN, Salma, Faith-based arbitration in Ontario: promoting the option to exit and building fraternity.
- KENNEDY, Jeffrey, Exploring 'ownership' of conflict: legal wrongs in a new world order.
- McHUGH-RUSSELL, Liam Sean M., Beyond protection: an informal economy perspective on labour law.
- MIKADZE, Kirsten, Uninvited guests: NGOs, "amicus curiae briefs", and the environment in the international investment regime.
- MOUNTIN, Sarah, The legality and implications of intentional interference with commercial communication satellite signals.
- MSIPA, Dianah, Survivors of sexual assault with intellectual disabilities: accommodating difference in the courtroom.
- OU, Jing, The backlash against state's over-intervention in treaty-based investor-state arbitration proceedings – an examination of procedural transparency provisions in Canada-China bilateral investment treaty from Chinese perspective.

- PHILLIPS, Sara, Property and prosperity: examining contemporary private property ownership in light of increased oil and gas development in the United States.
- SADAFI-CHAGHOOSHI, Farshad, Is international commercial arbitration an autonomous legal system?
- SERETIS, Marios, Airline mergers in the European Union and the United States: a retrospective account and the ways forward.
- VEALE MARTIN, Orla, Advance care directives and medical treatment decision-making: preserving patient autonomy.
- WIDRIG, Daniel, Resource allocation of pharmaceuticals within the Swiss health insurance system from a legal and ethical perspective.
- ZHOU, Sijia, Research on entrapment in China – with reference to the experience in Canada.

UNIVERSITÉ D'OTTAWA

Thèses et mémoires approuvés en 2013-2014

Thèses de Doctorat

- COX, Rachel, Les effets du rôle accordé aux Syndicats par le Projet de loi 143 sur la mise en œuvre et la réception du droit à un milieu de travail exempt du harcèlement psychologique ainsi que sur l'action syndicale au Québec.
- DENG, Kai, A Comparative Study on the Future Developments of Human Rights for Tongzhi in China.
- GIDEON, Christian, Sustainable Legal Framework for Trans-boundary Movement of Electronic Waste.
- PROVENCHER, Annick, From the Invisible Hand to the Invisible Woman: The Politics of Neutrality in the Context of Social Tax Expenditures.
- SALEH, Al-Sharieh, A Roadmap for Assimilating Authors' and Users' Human Rights into International Copyright Law.
- ST-LOUIS, Carole, The Notion of Equity in the Determination of Maritime Boundaries and its Application to the Canada-United States Boundary in the Beaufort Sea.

Thèses de Maîtrise en droit (LL.M.)

DESCHÊNES, Julie, La légitimité de la compétence des tribunaux militaires canadiens.

GAGNÉ, Marie-Ève, L'aménagement raisonnable en milieu scolaire pour assurer le droit à l'éducation des enfants handicapés: entre consensus international et volontés politiques, quels obstacles rencontrent le Canada et l'Australie dans la mise en œuvre de cet idéal juridique?

KING, Andrew George, Making Sense of Law Reform. A Case Study of Workers' Compensation Law Reform in Ontario 1980 to 2012.

LAVOIE, Antoine, L'interaction entre le phénomène social et le droit: l'exemple de l'hétéronormativité issue de la Convention de sauvegarde des droits et des libertés fondamentales.

LITOWSKI, Anne, Military Boards of Inquiry and Military Police Investigations: Cooperation and the limits to the Power to Compel Information.

MATHIEU, Fedora, La réalisation du droit au logement par les acteurs non-étatiques de l'humanitaire en contexte post-catastrophe: le cas haïtien.

ROSS, Sara Gwendolyn, *Res Extra Commercium* and the Barriers Faced when Seeking the Repatriation and Return of Potent Cultural Objects: A Transsystemic Critical Post-Colonial Approach.

THÉRIAULT, Pierre-André, No Time to Explain: Access to Justice Issues in the Canadian Reformed Refugee Status Determination Procedure.

VIENNEAU, Geneviève Natacha, La discrimination basée sur l'apparence physique des salariés.

Mémoires de Maîtrise en droit avec concentration en droit notarial

ALBITES, Adriana Tomaylla, Les conséquences patrimoniales de la rupture conjugale en milieu autochtone: étude d'une évolution législative.

COULOMBE, Marie-Gaëlle, Quand la jouissance du droit de propriété s'oppose au bien-être collectif: les responsabilités du notaire au regard de l'impératif de protection des bandes riveraines.

GALIPEAU-RENY, Marie-Christine, L'article 1103 C.c.Q. : l'annulation des décisions de l'assemblée des copropriétaires.

LALIBERTÉ, Véronique, La création du mariage à terme dans un cadre législatif québécois.

MARJANOVIC, Ana, Le statut de l'épouse entre le droit musulman et le droit civil québécois.

TURPIN, Mathieu, Une des répercussions du choix d'un siège au Québec dans le cadre d'une clause d'arbitrage commercial: l'intervention du juge québécois dans le cadre de la procédure arbitrale.

Mémoires de Maîtrise en droit avec concentration en droit et technologie

ACEVEDO, Juan, IIED Torts as the Best Option for Victims: When Cyberbullying Conduct Falls through the Cracks of the U.S. Criminal Law System.

BI, Ran, Future Strategies for Improving Consent in E-Contracting.

GARCIA IZAGUIRRE MONTEMAYOR, Monica Daniela, User-Generated Content in North America: A Commentary on Regional Asymmetries in Copyright Limitations and Exceptions and the Unintended Consequences of Entering the Trans Pacific Partnership Agreement.

REGHAVAN SMITH, Patrick, NAFTA After 20: A Comparative Study of American and Canadian Patent Law Integration.

RICHARDSON, Bruce, With Great Power Comes Little Responsibility: The Role of Online Payment Service Providers with Regards to Websites Selling Counterfeit Goods.

VILLEMAIRE, Maxime, La protection des interfaces graphiques par les dessins industriels et le droit d'auteur canadien et américain: jamais l'un sans l'autre.

Mémoires de Maîtrise en droit avec concentration en droit humanitaire et droit de la sécurité internationale

BROUZE, Émilie, International Uncertainty: The Criminal Responsibility of Child Soldiers.

DAVIES, Marcus, International Business, Corruption, and Asset Recovery: No Longer Business as Normal in Canada.

QUIROZ-BORRERO, Felipe, Trust, but Verify: The Suitability of Traditional Accountability Mechanisms for Defence Intelligence Agencies in Democratic States.

VELLANI, Fayyaz, The Responsibility to Protect and State Sovereignty.

Mémoires de Maîtrise en droit avec concentration en droit du commerce international et des investissements étrangers

BURAK, Iryna, Proportionality in Investment Treaty Jurisprudence: Consistency, Structure and Potential.

FANNON, Damien, Which Road Should It Take: Evolution or Design?

GERLICH, Olga, State Immunity from Execution in the Collection of Awards Rendered in International Investment Arbitration: The Achilles Heel of the Investor-State Arbitration System?

GUIMARON, Beverly, La politique commerciale de l'Union européenne face aux déséquilibres sur les marchés publics internationaux.

KHAMEHCEIFY, Kasra, Sovereign Investment Agreements (SIAs) Between State-Owned Enterprises (SOEs) and Host-States in the Energy Industry.

Mémoires de Maîtrise en droit avec concentration en droit de l'environnement et du développement durable

KOVACEC, Luka, The Right to Adequate Food and the Intellectual Property Regime.

OKAHIA, Nnaemeka Geoffrey, Sustainable Development in the Supreme Court of Canada: The Role of the *Amicus Curiae*.

INDEX DES AUTEURS

Note : Sous chaque entrée de l'index des auteurs vous trouverez les informations nécessaires pour repérer les articles ou les chroniques de la *Revue du Barreau*, soit le titre suivi, en caractères gras des pages.

BUREAU, Marie-France et Edith GUILHERMONT, Le droit de connaître ses origines : chronique d'une réforme annoncée, **597-632**

CHIKOC BARREDA, Naivi, La preuve de la succession internationale en droit québécois : ces étranges lettres de vérification destinées à l'étranger, **393-434**

COATES, Edmund, Hommage to Roderick Alexander Macdonald (1948-2014), **319-325**

DENAULT, Vincent D., Le polygraphe devant les tribunaux civils québécois : croyances, science et jurisprudence, 33-58

FOURNIER, Anne, La situation des enfants autochtones du Canada en regard de la *Convention relative aux droits de l'enfant*, **327-351**

GUAY, Hélène, Abus et maltraitance envers les aînés : quel est l'apport du droit ?, **263-317**

GUILMAIN, Antoine, Le nouveau *Code de procédure civile* au prisme des technologies de l'information, **471-507**

HADDAD, Mouna, La détention des mineurs étrangers non accompagnés dans le contexte de l'immigration, **115-133**

HUPPÉ, Luc, Une enquête mouvementée au Conseil canadien de la magistrature, **655-667**

LAFOND, Pierre-Claude, L'énigmatique article 1045 C.p.c. : un espace de créativité pour le juge gestionnaire d'un recours collectif, **1-31**

- LEMIEUX, Marc, L'affaire *Groupe Aldo* : réflexions sur l'encadrement juridique de la cybercriminalité dans les opérations bancaires et l'industrie des paiements, **179-236**
- LORTIE, Jean, Lisa CHAMANDY and Shaun FINN, Putting a price on legal services : determining reasonable class counsel fees in the settlement context, **237-262**
- PICHÉ, Catherine, La disposition préliminaire du *Code de procédure civile*, **135-178**
- PLANTE, Katherine, Les tests de dépistage de drogues et d'alcool en milieu de travail : soupeser les droits fondamentaux du salarié et les droits et obligations de l'employeur, **59-92**
- PRATTE, Pierre, La demande judiciaire relative à la prescription acquisitive d'un immeuble, **509-595**
- ROBERGE, Jean-François et Elvis GRAHOVIC, L'accès à la justice et le succès en conférence de règlement à l'amiable (CRA) : mythes et réalités, **435-469**
- THIAW, Abdou, L'affaire *R. c. MacDonald* ou lorsqu'il n'y en a jamais de facile, **93-114**
- TREMBLAY, Hugo, La délimitation du pouvoir réglementaire des municipalités à la lumière de l'affaire *Courses automobiles Mont-Tremblant inc. c. Iredale*, **353-392**
- WEINSTEIN, Kerry, La criminalisation des pratiques sexuelles sadomasochistes en droit pénal canadien, **633-653**

INDEX ANALYTIQUE

Note : Sous chaque entrée de l'index analytique vous trouverez les informations nécessaires pour repérer les articles ou les chroniques de la *Revue du Barreau*, soit le titre suivi, en caractères gras, des pages.

ACCÈS À LA JUSTICE

La disposition préliminaire du *Code de procédure civile*, **135-178**

L'accès à la justice et le succès en conférence de règlement à l'amiable (CRA) : mythes et réalités, **435-469**

ACCÈS À LA JUSTICE – COÛT

Putting a price on legal services : determining reasonable class counsel fees in the settlement context, **237-262**

ACCÈS ÉLECTRONIQUE – GARANTIE DE SÉCURITÉ

L'affaire *Groupe Aldo* : réflexions sur l'encadrement juridique de la cybercriminalité dans les opérations bancaires et l'industrie des paiements, **179-236**

ACCOMMODEMENT RAISONNABLE

Les tests de dépistage de drogues et d'alcool en milieu de travail : soupeser les droits fondamentaux du salarié et les droits et obligations de l'employeur, **59-92**

ACTE AUTHENTIQUE

La preuve de la succession internationale en droit québécois : ces étranges lettres de vérification destinées à l'étranger, **393-434**

ADMINISTRATION DE LA JUSTICE

Une enquête mouvementée au Conseil canadien de la magistrature, **655-667**

Le nouveau *Code de procédure civile* au prisme des technologies de l'information, **471-507**

AGRESSION SEXUELLE

La criminalisation des pratiques sexuelles sadomasochistes en droit pénal canadien, **633-653**

ALCOOTEST

Les tests de dépistage de drogues et d'alcool en milieu de travail : soupeser les droits fondamentaux du salarié et les droits et obligations de l'employeur, **59-92**

ASSURANCE CYBER-RISQUES

L'affaire *Groupe Aldo* : réflexions sur l'encadrement juridique de la cybercriminalité dans les opérations bancaires et l'industrie des paiements, **179-236**

BANQUE

L'affaire *Groupe Aldo* : réflexions sur l'encadrement juridique de la cybercriminalité dans les opérations bancaires et l'industrie des paiements, **179-236**

CODE DE PROCÉDURE CIVILE

La demande judiciaire relative à la prescription acquisitive d'un immeuble, **509-595**

La disposition préliminaire du *Code de procédure civile*, **135-178**

Le nouveau *Code de procédure civile* au prisme des technologies de l'information, **471-507**

COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE

Abus et maltraitance envers les aînés : quel est l'apport du droit ?, **263-317**

CONCILIATION JUDICIAIRE

La disposition préliminaire du *Code de procédure civile*, **135-178**

CONFÉRENCE DE RÈGLEMENT À L'AMIABLE (CRA)

L'accès à la justice et le succès en conférence de règlement à l'amiable (CRA) : mythes et réalités, **435-469**

CONFLIT DE LOIS

La délimitation du pouvoir réglementaire des municipalités à la lumière de l'affaire *Courses automobiles Mont-Tremblant inc. c. Iredale*, **353-392**

La preuve de la succession internationale en droit québécois : ces étranges lettres de vérification destinées à l'étranger, **393-434**

CONSEIL CANADIEN DE LA MAGISTRATURE

Une enquête mouvementée au Conseil canadien de la magistrature, **655-667**

CONSENTEMENT

La criminalisation des pratiques sexuelles sado-masochistes en droit pénal canadien, **633-653**

CONSOMMATEUR

L'affaire *Groupe Aldo* : réflexions sur l'encadrement juridique de la cybercriminalité dans les opérations bancaires et l'industrie des paiements, **179-236**

COUR D'APPEL DU QUÉBEC – CONTRÔLE JUDICIAIRE

La délimitation du pouvoir réglementaire des municipalités à la lumière de l'affaire *Courses automobiles Mont-Tremblant inc. c. Iredale*, **353-392**

COUR DU QUÉBEC – CONFÉRENCE DE RÈGLEMENT À L'AMIABLE

L'accès à la justice et le succès en conférence de règlement à l'amiable (CRA) : mythes et réalités, **435-469**

COUR FÉDÉRALE – COMPÉTENCE

Une enquête mouvementée au Conseil canadien de la magistrature, **655-667**

COUR SUPÉRIEURE DU QUÉBEC – CONFÉRENCE DE RÈGLEMENT À L'AMIABLE

L'accès à la justice et le succès en conférence de règlement à l'amiable (CRA) : mythes et réalités, **435-469**

CRIME INFORMATIQUE

L'affaire *Groupe Aldo* : réflexions sur l'encadrement juridique de la cybercriminalité dans les opérations bancaires et l'industrie des paiements, **179-236**

CURATEUR PUBLIC

Abus et maltraitance envers les aînés : quel est l'apport du droit ?, **263-317**

DÉCLARATION EXTRAJUDICIAIRE

Le polygraphe devant les tribunaux civils québécois : croyances, science et jurisprudence, **33-58**

DÉTENTION

La détention des mineurs étrangers non accompagnés dans le contexte de l'immigration, **115-133**

DÉONTOLOGIE – JUGE

Une enquête mouvementée au Conseil canadien de la magistrature, **655-667**

DISCIPLINE – JUGE

Une enquête mouvementée au Conseil canadien de la magistrature, **655-667**

DOSSIER DE L'ENFANT – CONFIDENTIALITÉ

Le droit de connaître ses origines : chronique d'une réforme annoncée, **597-632**

DROIT À LA VIE PRIVÉE

L'affaire *R. c. MacDonald* ou lorsqu'il n'y en a jamais de facile, **93-114**

Le droit de connaître ses origines : chronique d'une réforme annoncée, **597-632**

Les tests de dépistage de drogues et d'alcool en milieu de travail : soupeser les droits fondamentaux du salarié et les droits et obligations de l'employeur, **59-92**

DROGUE – TEST DE DÉPISTAGE

Les tests de dépistage de drogues et d'alcool en milieu de travail : soupeser les droits fondamentaux du salarié et les droits et obligations de l'employeur, **59-92**

DROIT CRIMINEL

La criminalisation des pratiques sexuelles sadomasochistes en droit pénal canadien, **633-653**

DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

La preuve de la succession internationale en droit québécois : ces étranges lettres de vérification destinées à l'étranger, **393-434**

DROITS ET LIBERTÉS

La criminalisation des pratiques sexuelles sadomasochistes en droit pénal canadien, **633-653**

DROITS ET LIBERTÉS – DIGNITÉ HUMAINE

Abus et maltraitance envers les aînés : quel est l'apport du droit ?, **263-317**

EMPLOYEUR – DROITS ET OBLIGATIONS

Les tests de dépistage de drogues et d'alcool en milieu de travail : soupeser les droits fondamentaux du salarié et les droits et obligations de l'employeur, **59-92**

ENFANT

La détention des mineurs étrangers non accompagnés dans le contexte de l'immigration, **115-133**

Le droit de connaître ses origines : chronique d'une réforme annoncée, **597-632**

La situation des enfants autochtones du Canada en regard de la *Convention relative aux droits de l'enfant*, **327-351**

ENQUÊTE CRIMINELLE

Le polygraphe devant les tribunaux civils québécois : croyances, science et jurisprudence, **33-58**

ENVIRONNEMENT – MUNICIPALITÉ

La délimitation du pouvoir réglementaire des municipalités à la lumière de l'affaire *Courses automobiles Mont-Tremblant inc. c. Iredale*, **353-392**

FAMILLE D'ACCUEIL – INTÉRÊT DE L'ENFANT

La situation des enfants autochtones du Canada en regard de la *Convention relative aux droits de l'enfant*, **327-351**

FILIATION

Le droit de connaître ses origines : chronique d'une réforme annoncée, **597-632**

FOUILLE

L'affaire *R. c. MacDonald* ou lorsqu'il n'y en a jamais de facile, **93-114**

HONORAIRES PROFESSIONNELS – AVOCAT

Putting a price on legal services : determining reasonable class counsel fees in the settlement context, **237-262**

IMMEUBLE – TITRE

La demande judiciaire relative à la prescription acquisitive d'un immeuble, **509-595**

IMMIGRATION

La détention des mineurs étrangers non accompagnés dans le contexte de l'immigration, **115-133**

INFORMATION ÉLECTRONIQUE – PROTECTION

L'affaire *Groupe Aldo* : réflexions sur l'encadrement juridique de la cybercriminalité dans les opérations bancaires et l'industrie des paiements, **179-236**

INTÉRÊT DE L'ENFANT

Le droit de connaître ses origines : chronique d'une réforme annoncée, **597-632**

La situation des enfants autochtones du Canada en regard de la *Convention relative aux droits de l'enfant*, **327-351**

INTERROGATOIRE

Le polygraphe devant les tribunaux civils québécois : croyances, science et jurisprudence, **33-58**

Le nouveau *Code de procédure civile* au prisme des technologies de l'information, **471-507**

JUGE – IMAGE

Une enquête mouvementée au Conseil canadien de la magistrature, **655-667**

JUGE – POUVOIR

L'énigmatique article 1045 C.p.c. : un espace de créativité pour le juge gestionnaire d'un recours collectif, **1-31**

JUGE – POUVOIR DISCRÉTIONNAIRE

L'énigmatique article 1045 C.p.c. : un espace de créativité pour le juge gestionnaire d'un recours collectif, **1-31**

JUGEMENT – RÉDACTION

La demande judiciaire relative à la prescription acquisitive d'un immeuble, **509-595**

LÉGISLATION PROVINCIALE

La délimitation du pouvoir réglementaire des municipalités à la lumière de l'affaire *Courses automobiles Mont-Tremblant inc. c. Iredale*, **353-392**

LETTRE DE VÉRIFICATION

La preuve de la succession internationale en droit québécois : ces étranges lettres de vérification destinées à l'étranger, **393-434**

LITIGE

La disposition préliminaire du *Code de procédure civile*, **135-178**

MACDONALD, RODERICK ALEXANDER

Hommage to Roderick Alexander Macdonald (1948-2014), **319-325**

MAISON D'HÉBERGEMENT

Abus et maltraitance envers les aînés : quel est l'apport du droit ?, **263-317**

MOYEN DE DÉFENSE

La criminalisation des pratiques sexuelles sadomasochistes en droit pénal canadien, **633-653**

MUNICIPALITÉ – POUVOIR SUR LES NUISANCES (NORME DE BRUIT)

La délimitation du pouvoir réglementaire des municipalités à la lumière de l'affaire *Courses automobiles Mont-Tremblant inc. c. Iredale*, **353-392**

NOTIFICATION

Le nouveau *Code de procédure civile* au prisme des technologies de l'information, **471-507**

OBLIGATION DE CONSIDÉRATION

La disposition préliminaire du *Code de procédure civile*,
135-178

PARENT ADOPTIF ET PARENT BIOLOGIQUE

Le droit de connaître ses origines : chronique d'une réforme
annoncée, **597-632**

PERSONNE ÂGÉE

Abus et maltraitance envers les aînés : quel est l'apport du
droit ?, **263-317**

PLAINTE

Abus et maltraitance envers les aînés : quel est l'apport du
droit ?, **263-317**

PLAINTE CONTRE UN JUGE

Une enquête mouvementée au Conseil canadien de la magis-
trature, **655-667**

POLICE – POUVOIR

L'affaire *R. c. MacDonald* ou lorsqu'il n'y en a jamais de
facile, **93-114**

POLYGRAPHE

Le polygraphe devant les tribunaux civils québécois : croyan-
ces, science et jurisprudence, **33-58**

POUVOIR DISCRÉTIONNAIRE

L'énigmatique article 1045 C.p.c. : un espace de créativité
pour le juge gestionnaire d'un recours collectif, **1-31**

PRESCRIPTION ACQUISITIVE

La demande judiciaire relative à la prescription acquiescive
d'un immeuble, **509-595**

PREUVE

Le polygraphe devant les tribunaux civils québécois : croyances, science et jurisprudence, 33-58

PROCÉDURE CIVILE

La demande judiciaire relative à la prescription acquisitive d'un immeuble, **509-595**

La disposition préliminaire du *Code de procédure civile*, **135-178**

Le nouveau *Code de procédure civile* au prisme des technologies de l'information, **471-507**

PROCRÉATION ASSISTÉE

Le droit de connaître ses origines : chronique d'une réforme annoncée, **597-632**

PROTECTEUR DU CITOYEN

Abus et maltraitance envers les aînés : quel est l'apport du droit ?, **263-317**

PROTECTION DU PUBLIC

L'affaire *Groupe Aldo* : réflexions sur l'encadrement juridique de la cybercriminalité dans les opérations bancaires et l'industrie des paiements, **179-236**

QUALITÉ DE L'ENVIRONNEMENT

La délimitation du pouvoir réglementaire des municipalités à la lumière de l'affaire *Courses automobiles Mont-Tremblant inc. c. Iredale*, **353-392**

RECOURS COLLECTIF

L'énigmatique article 1045 C.p.c. : un espace de créativité pour le juge gestionnaire d'un recours collectif, **1-31**

RÉFUGIÉ – PROTECTION

La détention des mineurs étrangers non accompagnés dans le contexte de l'immigration, **115-133**

RELATIONS SEXUELLES

La criminalisation des pratiques sexuelles sado-masochistes en droit pénal canadien, **633-653**

RENSEIGNEMENT PERSONNEL – CONFIDENTIALITÉ

L'affaire *Groupe Aldo* : réflexions sur l'encadrement juridique de la cybercriminalité dans les opérations bancaires et l'industrie des paiements, **179-236**

REQUÊTE INTRODUCTIVE D'INSTANCE

La demande judiciaire relative à la prescription acquisitive d'un immeuble, **509-595**

RÉSOLUTION DE CONFLIT

La disposition préliminaire du *Code de procédure civile*, **135-178**

SADOMASOCHISME

La criminalisation des pratiques sexuelles sado-masochistes en droit pénal canadien, **633-653**

SALARIÉ – DROITS ET OBLIGATIONS

Les tests de dépistage de drogues et d'alcool en milieu de travail : soupeser les droits fondamentaux du salarié et les droits et obligations de l'employeur, 59-92

SERVICE JURIDIQUE

Putting a price on legal services : determining reasonable class counsel fees in the settlement context, **237-262**

SERVICES DE SANTÉ ET SERVICES SOCIAUX

La situation des enfants autochtones du Canada en regard de la *Convention relative aux droits de l'enfant*, **327-351**

SUCCESSION

La preuve de la succession internationale en droit québécois : ces étranges lettres de vérification destinées à l'étranger, **393-434**

TECHNOLOGIE DE L'INFORMATION

Le nouveau *Code de procédure civile* au prisme des technologies de l'information, **471-507**

TEST DE DÉPISTAGE

Les tests de dépistage de drogues et d'alcool en milieu de travail : soupeser les droits fondamentaux du salarié et les droits et obligations de l'employeur, **59-92**

TESTAMENT

La preuve de la succession internationale en droit québécois : ces étranges lettres de vérification destinées à l'étranger, **393-434**

TRAVAIL

Les tests de dépistage de drogues et d'alcool en milieu de travail : soupeser les droits fondamentaux du salarié et les droits et obligations de l'employeur, **59-92**

UNIVERSITÉ MCGILL, FACULTÉ DE DROIT

Hommage to Roderick Alexander Macdonald (1948-2014), **319-325**

TABLE DE LA JURISPRUDENCE COMMENTÉE

Note : Sous chaque entrée de la table de jurisprudence commentée, vous trouverez, en caractères gras, les pages pour repérer les articles ou les chroniques de la *Revue du Barreau*.

Aldo Group Inc. c. Chubb Insurance Company of Canada, 2013 QCCS 2006, **179-236**

Aldo Group Inc. c. Moneris Solutions Corporation, 2012 ONSC 2581 ; 221 ACWS (3d) 563, **179-236**

Béland, R. c., 1987 CSC 27, [1987] 2 RCS 398, **33-58**

Brown, R. v., [1993] 2 All E.R. 75, **633-653**

Chubb Insurance Company of Canada, Aldo Group Inc. c., 2013 QCCS 2006, **179-236**

Compagnie d'assurance reliance, Hotel Central (Victoriaville) inc. c., 1998 CanLII12934 (QC CA), **33-58**

Courses automobiles Mont-Tremblant inc. c. Iredale, 2013 QCCA 1348, **353-392**

De Freitas (Succession de), BE 2004BE-56 (CS), **393-434**

Hotel Central (Victoriaville) inc. c. Compagnie d'assurance reliance, 1998 CanLII12934 (QC CA), **33-58**

Iredale, Courses automobiles Mont-Tremblant inc. c., 2013 QCCA 1348, **353-392**

Jobidon, R. c., [1991] 2 R.C.S. 714, **633-653**

MacDonald, R. c., 2014 CSC 3, **93-116**

Mann, R. c., [2004] 3 R.C.S. 59, **93-116**

Moneris Solutions Corporation, Aldo Group Inc. c., 2012 ONSC 2581 ; 221 ACWS (3d) 563, **179-236**

R. c. Béland, 1987 CSC 27, [1987] 2 RCS 398, **33-58**

R. v. Brown, [1993] 2 All E.R. 75, **633-653**
R. c. Jobidon, [1991] 2 R.C.S. 714, **633-653**
R. c. MacDonald, 2014 CSC 3, **93-116**
R. c. Mann, [2004] 3 R.C.S. 59, **93-116**
R. v. Welch, 1995 CanLII 282 (ON C.A.), **633-653**
Welch, R. v., 1995 CanLII 282 (ON C.A.), **633-653**

TABLE DE LA LÉGISLATION COMMENTÉE

Note : Sous chaque entrée de la table de la législation commentée, vous trouverez, en caractères gras, les pages pour repérer les articles ou les chroniques de la *Revue du Barreau*.

CONSTITUTION

Charte canadienne des droits et libertés, (L.R.C. 1985, app. II, n° 44, annexe B, partie I), **59-92**

Charte canadienne des droits et libertés, (L.R.C. 1985, app. II, n° 44, annexe B, partie I), art. 8, **93-116**

CODE CIVIL DU QUÉBEC*

Code civil du Québec, (RLRQ), **135-178**

Code civil du Québec, (RLRQ), art. 64, **59-92**

Code civil du Québec, (RLRQ), art. 538, **597-632**

Code civil du Québec, (RLRQ), art. 613, 615 et 635, **393-434**

Code civil du Québec, (RLRQ), art. 921 à 936 et 1707, **509-595**

Code civil du Québec, (RLRQ), art. 2089, **393-434**

Code civil du Québec, (RLRQ), art. 2134, **237-262**

Code civil du Québec, (RLRQ), art. 2877 à 2898, **509-595**

Code civil du Québec, (RLRQ), art. 2910 à 2918, **509-595**

Code civil du Québec, (RLRQ), art. 3002, 3019 et 3043, **509-595**

* « Dans les textes non intégrés au Recueil, on utilise « Code civil du Québec (RLRQ). » L'acronyme RLRQ ne sert qu'à identifier le Recueil des lois et règlements du Québec dans lequel se retrouve la version officielle du Code civil. » *Politique sur le recueil des lois et des règlements du Québec*, (2014) 146 *G.O.* II, 1303, 1304.

CODE DE PROCÉDURE CIVILE

Code de procédure civile, (RLRQ, c. C-25), art. 4.2, **471-507**

Code de procédure civile, (RLRQ, c. C-25), art. 73, **509-595**

Code de procédure civile, (RLRQ, c. C-25), art. 138, **471-507**

Code de procédure civile, (RLRQ, c. C-25), art. 482, 483, 489 et 494.1, **509-595**

Code de procédure civile, (RLRQ, c. C-25), art. 805, 806 et 808, **509-595**

Code de procédure civile, (RLRQ, c. C-25), art. 892, 893 et 895, **393-434**

Code de procédure civile, (RLRQ, c. C-25), art. 1045, **1-31**

Code de procédure civile (Loi instituant le nouveau), (L.Q., 2014, c. 1), **135-178**

Code de procédure civile (Loi instituant le nouveau), (L.Q., 2014, c. 1), art. 18, 26 et 29, **471-507**

Code de procédure civile (Loi instituant le nouveau), (L.Q., 2014, c. 1), art. 73, **509-595**

Code de procédure civile (Loi instituant le nouveau), (L.Q., 2014, c. 1), art. 110, 133 et 134, **471-507**

Code de procédure civile (Loi instituant le nouveau), (L.Q., 2014, c. 1), art. 158, **1-31**

Code de procédure civile (Loi instituant le nouveau), (L.Q., 2014, c. 1), art. 303 (9), 322 et 349, **509-595**

Code de procédure civile (Loi instituant le nouveau), (L.Q., 2014, c. 1), art. 463 et 465, **393-434**

Code de procédure civile (Loi instituant le nouveau), (L.Q., 2014, c. 1), art. 468, **509-595**

Code de procédure civile (Loi instituant le nouveau), (L.Q., 2014, c. 1), art. 581, **1-31**

CODE CRIMINEL

Code criminel (L.R.C. 1985, c. C-46), art. 265, 273.1 et 273.2,
633-653

LÉGISLATION FÉDÉRALE

Code canadien du travail, (L.R.C. 1985, c. L-2), **59-92**

Droits de la personne (Loi canadienne sur les), (L.R.C. 1985, c. H-6), **59-92**

Immigration et la protection des réfugiés (Loi sur l'), (L.C. 2001, c. 27), **115-133**

Juges (Loi sur les), (L.R.C. 1985, c. J-1), **655-667**

RÉGLEMENTATION FÉDÉRALE

Conseil canadien de la magistrature sur les enquêtes (Règlement administratif du), (2002) 136 *Gaz. Can. II*, 2263 (DORS/2002-371), modifié par (2010) 144 *Gaz. Can. II*, 1995 (DORS/2010-216), **655-667**

Immigration et la protection des réfugiés (Règlement sur l'), (2002) 136 *Gaz. Can. II*, 1546 (DORS/2002-227), **115-133**

LÉGISLATION PROVINCIALE

Aménagement et l'urbanisme (Loi sur l'), (RLRQ, c. A-19.1), art. 246, **353-392**

Biens non-réclamés (Loi sur les), (RLRQ, c. B-5.1), **509-595**

Cadre juridique des technologies de l'information (Loi concernant le), (RLRQ, c. C-1.1) art. 29, **471-507**

Charte des droits et libertés de la personne, (RLRQ, c. C-12), **135-178, 263-317**

Charte des droits et libertés de la personne, (RLRQ, c. C-12), art. 9.1, **59-92**

Compétences municipales (Loi sur les), (RLRQ, c. C-47.1), art. 3, **353-392**

Qualité de l'environnement (Loi sur la), (RLRQ, c. Q-2), art. 20,
353-392

Réforme du cadastre québécois (Loi favorisant la), (RLRQ,
c. R-3.1), art. 19.2, **509-595**

Santé et la sécurité du travail (Loi sur la), (RLRQ, c. S-2.01), art. 2
et 51, **59-92**

Services de santé et les services sociaux (Loi sur les), (RLRQ,
c. S-4.2), **263-317**

RÉGLEMENTATION PROVINCIALE

Code de déontologie des avocats, (RLRQ, c. B-1, r. 3), art. 3.08.01 et
3.08.03, **237-262**

TRAITÉS ET CONVENTIONS

Convention relative aux droits de l'enfant, [1992] R.T. Can., n° 3,
115-133, 327-351, 597-632

Barreau

du Québec



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

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

M^e Michel Deschamps, président

M^e Élise Charpentier

M^e Pierre Giroux

M^e Claude Laferrière

M^e François Montfils

M^e Alain-Robert Nadeau

M^e Hubert Reid

M^e Pierre Séguin

M^e Marc Sauvé, secrétaire

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

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

L'abonnement annuel 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 fidéicomis des avocats. L'abonnement annuel à la version papier est de 125\$. 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: Les Éditions Yvon Blais Inc.

ISSN-383669-X

Dépôt légal

Bibliothèque et Archives nationales du Québec, 2015

Bibliothèque et Archives Canada, 2015

Barreau

du Québec



445, boulevard St-Laurent
Montréal (Québec) H2Y 3T8
514-954-3400 1 800 361-8495
www.barreau.qc.ca