

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Volume 49 – Numéro 2-3

Année : 2019

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/19033>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/19033>

Page vide laissée intentionnellement.

La question du droit dans la transformation numérique des administrations publiques

Daniel MOCKLE

Le pouvoir de redevance réglementaire des municipalités du Québec : un outil propice au développement urbain durable et à l'équité fiscale

Marie-Claude PRÉMONT et Fanny TREMBLAY-RACICOT

L'adaptation du droit aux changements climatiques en matière d'érosion des zones côtières

Catherine CHOQUETTE, Charles GAUTHIER, Marie-Pier GOYETTE NOËL et Julia SANTOS SILVA

La pandémie de COVID-19 et le droit européen des droits de la personne : réflexions sur l'application de la *Convention européenne des droits de l'homme* à l'ère du confinement et des masques obligatoires

Anne-Françoise DEBRUCHE

La mise en œuvre du Programme de mesures de rechange général pour adultes au Québec : premiers résultats après 19 mois d'implantation du projet pilote

Catherine ROSSI, Julie DESROSIERS, Xavier LYONNAIS, Vicky BRASSARD, Laurence MARCEAU et Alexandre BÉLAND OUELLETTE

Chronique sectorielle

Le postulat d'inévitabilité de la notion d'atteinte initiale à la base de l'arrêt *Montréal (Ville) c. Dorval* de la Cour suprême du Canada

Patrick FORGET

RDUUS

**REVUE DE DROIT DE
L'UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE**

Volume 49 — Numéros 2-3

RDUS

**REVUE DE DROIT DE
L'UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE**

Volume 49 – Numéros 2 et 3

POLITIQUE DE RÉDACTION

La RDUS est publiée par la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke. Les articles sont aussi disponibles sur le site internet de la RDUS et dans les banques de données suivantes : CAIJ, LexisNexis, Westlaw, Ebsco, Soquij, Hein OnLine, CanLII et Érudit. Les articles publiés dans la RDUS sont répertoriés dans : Annuaire de jurisprudence et de doctrine du Québec, Index of Canadian Legal Periodical Literature, Index of Legal Periodicals, Repère, Index of Foreign Legal Periodicals, Current Law Index et Index à la documentation juridique au Canada / Index of Canadian Legal Literature. Les textes soumis à la RDUS font l'objet d'une double évaluation : l'équipe de rédaction de la Revue effectue d'abord une évaluation interne, puis procède à la formation d'un comité de lecture, composé de deux experts, pour les fins d'une évaluation externe. Au moment de la publication, l'auteur reçoit deux (2) exemplaires de la revue et un fichier électronique correspondant à la mise en page de la version publiée. Les opinions exprimées dans cette revue n'engagent que la responsabilité des auteurs.

Directives aux auteurs

La RDUS reçoit des textes à tout moment de l'année pour la publication dans l'un des numéros annuels. Les auteurs qui soumettent des textes doivent se conformer aux directives suivantes :

1. Les textes soumis à la RDUS doivent l'être en exclusivité. Dans le cas contraire, l'auteur doit informer la direction de la Revue dès la soumission. L'auteur recevra un contrat de cession des droits d'auteur si le texte est accepté pour publication.
2. Les textes doivent être soumis par courrier électronique, à l'attention de la direction de la RDUS, à l'adresse suivante : revue.droit@USherbrooke.ca.
3. La RDUS publie des articles en français et en anglais. Chaque article est accompagné d'un résumé bilingue rédigé par l'auteur. Le résumé compte environ 150 mots.
4. La RDUS publie généralement des articles de moins de 20 000 mots (incluant les notes infrapaginales). Les commentaires d'arrêts doivent au plus compter 10 000 mots et les recensions bibliographiques, 5 000 mots.
5. Les références et citations doivent être conformes à la plus récente édition du *Guide des références pour la rédaction juridique* de Didier Lluellas (Éditions Thémis).

Revue de droit de l'Université de Sherbrooke

Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke
2500, boul. de l'Université, Sherbrooke (Québec) J1K 2R1
Tél. : (819) 821-7508; téléc. : (819) 821-7578; courriel : revue.droit@USherbrooke.ca

Le coût de l'abonnement annuel est de soixante dollars (T.P.S. et T.V.Q. en sus) pour le Canada et de soixante-neuf dollars pour l'étranger. Le prix unitaire de chacun des numéros est de vingt-quatre dollars (T.P.S. et T.V.Q. en sus) pour le Canada et de vingt-sept dollars pour l'étranger. **Les frais de poste sont en sus.** Tout abonné doit donner avis s'il désire interrompre son abonnement. Tous les chèques doivent être faits à l'ordre de l'« Université de Sherbrooke ».

Mise en page : Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke
Impression : Imprimerie HLN

Dépôt légal Bibliothèque et Archives nationales du Québec.
 Bibliothèque et Archives Canada.

© RDUS, 2021.
Tous droits réservés

ISSN 0317-9656
ISSN numérique 2561-7087

DIRECTION

Mathieu DEVINAT, co-directeur
Andréanne MALACKET, co-directrice

COMITÉ SCIENTIFIQUE

Jean-Louis BAUDOIN
Associé, Fasken Martineau

L'honorable Nicholas KASIRER
Cour suprême du Canada

Robert P. KOURI
Professeur titulaire
Université de Sherbrooke

Lucie LAMARCHE
Professeure titulaire
Université du Québec à Montréal

Louis MARQUIS
Doyen et professeur titulaire
Université de Sherbrooke

ÉQUIPE DE RÉDACTION

Trimestre d'automne 2021

Rosalie PATENAUDE,
corédactrice en chef
Esther VILLENEUVE,
corédactrice en chef
Vincent BÉLISLE,
responsable des références
Pénélope CHABOT,
responsable des références
Gabrielle DELAUNAI,
responsable du Balado
Maggie FORTIN,
responsable des archives
Marie-Elizabeth LEBLANC,
responsable des communications

Trimestre d'été 2021

Émile FORCIONE, rédacteur en chef
Roxane BEAUDOIN
Phedly EDOUARD
Mykam LEMIRE-THÉBERGE

COMITÉ DE RÉDACTION

Stéphane BERNATCHEZ
Louise BERNIER
Suzanne COMTOIS
Mathieu DEVINAT
Édith GUILHERMONT
Sébastien LANCTÔT
Carmen LAVALLÉE
Sébastien LEBEL-GRENIER

VÉRIFICATION LINGUISTIQUE

Hélène DUMAIS
Mairtin MAC AODHA

SECRÉTAIRE

Renée PRUNEAU

Trimestre d'hiver 2021

Laurie-Anne FRÉCHETTE,
rédactrice en chef
Ariane DARVEAU
Patrice DUGUAY-PERREAU
Xavier DUPUIS
Yrenne MAYER
Frédéric MORENCY
Michael RZESZUTEK
Martin VACHON

Trimestre d'automne 2020

Laurie-Anne FRÉCHETTE,
corédactrice en chef
Michael RZESZUTEK,
corédacteur en chef
Émile FORCIONE
Maude LAPRISE
Gabrielle LAROUCHE
David PRIMEAU
Martin VACHON

TABLE DES MATIÈRES

La question du droit dans la transformation numérique des administrations publiques Daniel MOCKLE	223
Le pouvoir de redevance réglementaire des municipalités du Québec : un outil propice au développement urbain durable et à l'équité fiscale Marie-Claude PRÉMONT et Fanny TREMBLAY-RACICOT	315
L'adaptation du droit aux changements climatiques en matière d'érosion des zones côtières Catherine CHOQUETTE, Charles GAUTHIER, Marie-Pier GOYETTE NOËL et Julia SANTOS SILVA	409
La pandémie de COVID-19 et le droit européen des droits de la personne : réflexions sur l'application de la <i>Convention européenne des droits de l'homme</i> à l'ère du confinement et des masques obligatoires Anne-Françoise DEBRUCHE	473
La mise en œuvre du Programme de mesures de rechange général pour adultes au Québec : premiers résultats après 19 mois d'implantation du projet pilote Catherine ROSSI, Julie DESROSIERS, Xavier LYONNAIS, Vicky BRASSARD, Laurence MARCEAU et Alexandre BÉLAND OUELLETTE	519
Chronique sectorielle	
Le postulat d'inévitabilité de la notion d'atteinte initiale à la base de l'arrêt <i>Montréal (Ville) c. Dorval</i> de la Cour suprême du Canada Patrick FORGET	551

La question du droit dans la transformation numérique des administrations publiques

par Daniel MOCKLE*

Avec la volonté affichée d'offrir des services publics entièrement numériques, les autorités veulent mener à terme une évolution amorcée il y a plus de vingt ans. Le contexte a toutefois changé depuis la création du premier « gouvernement en ligne ». Le cadre administratif et juridique n'est plus le même compte tenu des enjeux liés à la protection des données, à la création d'une identité numérique, au recours à l'infonuagique publique, à l'utilisation de données biométriques ainsi qu'à l'usage grandissant des algorithmes dans des procédures administratives automatisées. Si ce sont surtout les dimensions techniques et administratives qui retiennent l'attention, le cadre juridique de cette transition numérique offre un net contraste pour le choix des instruments d'intervention. Les solutions retenues montrent l'attrait d'un modèle de gouvernance publique fondé sur des instruments de gestion et du droit souple au détriment de la législation. Compte tenu des impératifs grandissants de protection du public, le cadre législatif est néanmoins en pleine évolution, bien qu'il présente encore plusieurs lacunes, faute d'une véritable loi-cadre pour la transition numérique des administrations publiques.

* Professeur associé, Département des sciences juridiques, Université du Québec à Montréal.

The current reforms in public administration are intended to be the culmination of the move to implement digital government. Those reforms were already informing the implementation process some twenty years ago. However, since the first «e-government», the context has undergone significant changes. The use of clouds, biometric data, as well as the increasing use of algorithms in automated procedures all raise the issue of data protection, both public and private. While the focus is on the technical and administrative dimensions of these changes, their legal framework remains problematic. The choice of legal instruments reveals a preference for soft law as a regulatory tool in preference to legislation. While this preference is standard in the field of public policy, it warrants nonetheless the enhanced protection of citizens' rights and makes the case for the use of robust legislation in the place of administrative instruments. Despite the increasing use of legislation, the absence of a framework law leaves many issues unresolved from a legal perspective.

SOMMAIRE

Introduction	227
I. Le cadre juridique de la transition numérique	236
A) Les débats contemporains sur le choix des instruments.....	242
B) Le rôle de la législation	249
II. Les enjeux liés à la protection des données	258
A) La confidentialité des renseignements personnels	261
B) Le recours à l'infonuagique publique.....	270
C) L'utilisation des données biométriques	277
III. L'importance grandissante des algorithmes dans les procédures administratives automatisées	282
A) Le droit administratif à l'épreuve de la rationalité algorithmique	284
B) Les garanties disponibles aux fins de contestation.....	296
C) La perspective de la justice prédictive	302
Conclusion	309

Introduction

Au Canada, la transition numérique des administrations publiques offre un net contraste pour le choix des instruments d'intervention. Si cette transition s'est d'abord amorcée par l'élaboration de politiques, de lignes directrices et de stratégies, elle s'est ensuite matérialisée par le recours à la législation. Pour la dimension législative, l'Ontario et le Québec ont adopté des lois spécifiques en 2019 et en 2020. L'Ontario pourrait, selon les apparences, revendiquer la première place avec la *Loi de 2019 pour des services simplifiés, accélérés et améliorés (Simpler, Faster, Better Services Act)*¹. Le Québec suit de près avec l'adoption en octobre 2019 de la *Loi favorisant la transformation numérique de l'administration publique*², ainsi que la création en 2020 d'un organisme spécialisé en matière de technologies de l'information : Infrastructures technologiques Québec³. Il faut néanmoins reconnaître que le Québec a créé, dès 2011, la fonction de dirigeant principal de l'information⁴, et que ce mouvement de réforme est antérieur à la période actuelle, comme le montre la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*⁵ qui remonte à 2001. Même si cette loi ne vise pas les administrations publiques, elle offre plusieurs balises. Malgré ce nouveau cadre législatif de 2019-2020, la transition numérique est déjà une réalité tangible puisque des sites électroniques offrent de l'information et des services suivant le principe du guichet unique⁶.

¹ *Loi de 2019 pour des services simplifiés, accélérés et améliorés*, L.O. 2019, c. 7.

² *Loi favorisant la transformation numérique de l'administration publique*, RLRQ, c. T-11.003.

³ *Loi visant principalement à instituer le Centre d'acquisitions gouvernementales et Infrastructures technologiques Québec*, L.Q. 2020, c. 2. Adoptée en février 2020, cette loi est en vigueur depuis juin 2020.

⁴ *Loi sur la gouvernance et la gestion des ressources informationnelles des organismes publics et des entreprises du gouvernement*, RLRQ, c. G-1.03, art. 6 (ci-après « *Loi sur la gouvernance et la gestion des ressources informationnelles* »).

⁵ *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*, RLRQ, c. C-1.1.

⁶ Pour quelques exemples : DONNÉES QUÉBEC, en ligne : < <https://www.donneesquebec.ca/fr/> >; QUÉBEC.CA, en ligne : < <https://www.quebec.ca> >; QUÉBEC, « La Zone entreprise », en ligne : < <https://www2.gouv.qc.ca/entreprises/portail/quebec/infosite?lang=fr&x=2091483350> >.

En comparaison, les autorités fédérales préfèrent une approche fondée sur des instruments de gestion, comme en témoignent la *Politique sur les services et le numérique* ainsi que la *Directive sur les services et le numérique*, en vigueur depuis le 1^{er} avril 2020⁷. Les autorités fédérales, notamment le Conseil du Trésor, poursuivent une démarche qui se caractérisait déjà par des politiques et des directives, notamment la *Politique sur la gestion des technologies de l'information* qui remonte à 2007⁸. La seule exception date de 2000 avec la deuxième partie de la *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques*⁹ adoptée pour régir l'utilisation de moyens électroniques au sein de l'administration fédérale. En permettant l'usage de moyens électroniques en remplacement du support papier, cette loi, par son esprit et ses finalités, est très éloignée de la transition qui fait désormais l'objet de politiques et de directives au niveau fédéral. Sur un plan plus général, celui du commerce électronique, les autorités fédérales sont moins réticentes afin de proposer un cadre législatif. La *Charte canadienne du numérique*

⁷ SECRÉTARIAT DU CONSEIL DU TRÉSOR DU CANADA, *Politique sur les services et le numérique*, Ottawa, 2020, en ligne : < <https://www.tbs-sct.gc.ca/pol/doc-fra.aspx?id=32603> >; SECRÉTARIAT DU CONSEIL DU TRÉSOR DU CANADA, *Directive sur les services et le numérique*, Ottawa, 2020, en ligne : < <https://www.tbs-sct.gc.ca/pol/doc-fra.aspx?id=32601> >; Secrétariat du Conseil du trésor du Canada, *Directive sur la prise de décision automatisée*, Ottawa, 2019, en ligne : <https://www.tbs-sct.gc.ca/pol/doc-fra.aspx?id=32592§ion=html>. Un plan stratégique est également consultable. Il énonce dix « normes numériques » qui correspondent à des « principes du bon fonctionnement du gouvernement numérique » : SECRÉTARIAT DU CONSEIL DU TRÉSOR DU CANADA, *Plan stratégique des opérations numériques de 2018 à 2022*, Ottawa, 2018, en ligne : < <https://www.canada.ca/fr/gouvernement/systeme/gouvernement-numerique/plan-strategique-operations-numerique-2018-2022.html#ToC6> >. Il remplace le *Plan stratégique de la gestion de l'information et de la technologie de l'information du Gouvernement du Canada de 2017-2021*, en ligne : < <https://www.canada.ca/fr/gouvernement/systeme/gouvernement-numerique/technologiques-modernes-nouveaux/plan-strategique-gestion-information-technologie-information.html> >.

⁸ SECRÉTARIAT DU CONSEIL DU TRÉSOR DU CANADA, *Politique sur la gestion des technologies de l'information*, Ottawa, 2007, en ligne : < <https://www.tbs-sct.gc.ca/pol/doc-fra.aspx?id=12755> >.

⁹ *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques*, L.C. 2000, c. 5, art. 31 et suiv.

diffusée en 2019¹⁰ a été suivie en novembre 2020 par le dépôt du projet de loi C-11 qui ne vise pas les institutions fédérales¹¹.

Pour l'objet de notre étude sur la transition numérique des administrations publiques, la place de la législation est loin d'être exclusive, même au Québec. Ces différences doivent être nuancées puisque l'Ontario et le Québec ont également recours à des politiques et à des approches stratégiques afin de compléter et de mettre en œuvre leur législation¹². Ailleurs au Canada, le recours à la législation aux fins de transformation numérique n'est pas au programme. Si la Colombie-Britannique et le Nouveau-Brunswick ont élaboré des stratégies¹³, l'Alberta a créé un organisme à cette fin¹⁴. Enfin, la transformation numérique peut être organisée suivant des prémisses énoncées dans une politique¹⁵.

La transition numérique des administrations publiques constitue une réalité empirique dont les contours peuvent susciter des interrogations. Depuis déjà trois décennies, plusieurs catégories d'administrations

¹⁰ INNOVATION, SCIENCES ET DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUE CANADA, *Charte canadienne du numérique : la confiance dans un monde numérique*, Ottawa, 2019, en ligne : < https://www.ic.gc.ca/eic/site/062.nsf/fra/h_00108.html >.

¹¹ *Loi de 2020 sur la mise en œuvre de la Charte du numérique*, Projet de loi C-11, 2e session, 43e législature, 69 Elisabeth II, 2020.

¹² SECRÉTARIAT DU CONSEIL DU TRÉSOR DU QUÉBEC, *Stratégie de transformation numérique gouvernementale 2019-2023*, Québec, 2019, en ligne : < https://www.tresor.gouv.qc.ca/fileadmin/PDF/ressources_informatiques/Stategie_TNG.pdf >. Pour l'Ontario : GOUVERNEMENT DE L'ONTARIO, *Directive sur les données ouvertes de l'Ontario*, 2019, en ligne : < <https://www.ontario.ca/fr/page/directive-sur-les-donnees-ouvertes-de-lontario> >.

¹³ GOUVERNEMENT DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE, *BC Digital Government*, en ligne : < <https://digital.gov.bc.ca/> >; GOUVERNEMENT DU NOUVEAU-BRUNSWICK, *Digital New Brunswick*, en ligne : < <https://www2.gnb.ca/content/gnb/en/corporate/promo/dnb.html> >.

¹⁴ GOUVERNEMENT DE L'ALBERTA, *Alberta Digital Innovation Office*, en ligne : < <https://www.alberta.ca/alberta-digital-innovation-office.aspx> >.

¹⁵ GOUVERNEMENT DE TERRE-NEUVE-ET-LABRADOR, *Digital Government and Service NL*, en ligne : < <https://www.gov.nl.ca/digitalgovernment/> >; GOUVERNEMENT DE LA NOUVELLE-ÉCOSSE, *Digital Nova Scotia*, en ligne : < <https://digitalnovascotia.com> >.

publiques (ministères et organismes publics, entreprises publiques, agences, établissements de santé, établissements d'enseignement, collectivités territoriales, personnes morales de droit public de divers types) ont amorcé un virage informatique de grande ampleur, tant pour leur propre fonctionnement que pour les relations avec le public. En dépit de ces acquis, le législateur a priorisé «la transformation numérique de l'administration publique»¹⁶, ce qui laisse prévoir, à tout le moins, une nouvelle étape. La loi de 2019 a été surtout conçue en vue d'établir des règles plus précises pour les «projets en ressources informationnelles d'intérêt gouvernemental» dans la mesure où un cadre juridique plus général pour ce type de ressources remonte déjà à 2011¹⁷. Si cette loi reste silencieuse sur la nature exacte des fins recherchées par les autorités, notamment celles qui sont visées au Québec par le Conseil du trésor, la *Stratégie de transformation numérique* élaborée en 2019 dissipe toute ambiguïté¹⁸. L'objectif principal est de parvenir à une numérisation complète des services publics sur le fondement de la définition de l'expression «organisme public», telle qu'elle est définie dans la loi de 2011¹⁹. L'ambition affichée consiste à offrir des «services publics numériques de bout en bout», en particulier grâce à la «robotisation des opérations administratives manuelles et récurrentes» et par l'énoncé de six vecteurs d'accélération de la transformation numérique²⁰. Pour l'Ontario, c'est la «Priorité au numérique²¹», qui comprend néanmoins une nuance, puisque «les services ne devraient pas être accessibles par voie numérique seulement²²». Pour les autorités fédérales, dès 2007, «le passage aux services électroniques devait être fait

¹⁶ *Loi favorisant la transformation numérique de l'administration publique*, préc., note 2.

¹⁷ *Loi sur la gouvernance et la gestion des ressources informationnelles*, préc., note 4.

¹⁸ SECRÉTARIAT DU CONSEIL DU TRÉSOR DU QUÉBEC, , préc., note 11.

¹⁹ *Loi sur la gouvernance et la gestion des ressources informationnelles*, préc., note 4, art. 2.

²⁰ SECRÉTARIAT DU CONSEIL DU TRÉSOR DU QUÉBEC, préc., note 11, p. 5 et 19 (vecteurs d'accélération).

²¹ GOUVERNEMENT DE L'ONTARIO, *Services numériques de l'Ontario*, en ligne : < <https://www.ontario.ca/fr/page/services-numeriques-ontario> >.

²² *Loi de 2019 pour des services simplifiés, accélérés et améliorés*, préc., note 1, art. 5 (1) al. 3.

progressivement²³ ». En dépit de leurs différences de conception, ces approches convergent par l'utilisation de la méthode « dite de liste » qui fait appel à des annexes ou à une définition pour y énumérer les divers types d'administration publique visés²⁴. Si la thématique de la transformation numérique relève de l'élaboration des politiques publiques, ce que montre l'utilisation prépondérante de politiques et de stratégies, un infléchissement en faveur d'un cadre juridique est de plus en plus manifeste, spécialement au Québec.

Dans les documents élaborés par les autorités publiques, la transformation numérique offre l'image avenante de la rapidité, de la simplicité et de l'accessibilité. Plusieurs enjeux techniques et juridiques ne sont pas forcément répertoriés, ou à peine esquissés, par les autorités concernées dans ces approches de diffusion pour le grand public. Ces enjeux sont la protection des données, le recours à l'infonuagique publique, l'utilisation potentielle de données biométriques, l'automatisation croissante des procédures administratives relatives à des décisions, l'usage grandissant des algorithmes, la perspective de la justice prédictive, pour ne donner que quelques exemples. La question du droit apparaît ainsi sous plusieurs dimensions. S'il semble légitime de s'interroger sur la nature du cadre juridique aux fins de protection du public, le choix des instruments d'intervention s'avère tout aussi important. Le droit est-il en mesure d'apporter des réponses appropriées pour cette transition, et peut-on encore faire état de l'objet « droit » si les autorités utilisent, en tout ou en partie, des instruments de gestion? À toutes fins utiles, cette transition pourrait n'être que technique et administrative, ce qui permettrait de reléguer le droit au second plan, et parfois d'en faire l'économie, comme le font plusieurs provinces canadiennes et les autorités fédérales.

²³ CONSEIL DU TRÉSOR DU CANADA, *Politique sur les services*, Ottawa, 2007 (abrogée en 2020), en ligne : < <https://www.tbs-sct.gc.ca/pol/doc-fra.aspx?id=27916> >.

²⁴ Des différences n'en subsistent pas moins puisque, dans le cas du Québec, la *Loi sur la gouvernance et la gestion des ressources informationnelles*, préc., note 4, offre une énumération qui renvoie aux annexes de la *Loi sur l'administration financière*, RLRQ, c. A-6.001, alors que la *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels*, RLRQ, c. A-2.1, offre un autre type d'énumération aux articles 3 à 7.

Sur ce point, le rôle contrasté de la législation dans cette transition montre une différence qui fait figure de passage obligé pour le droit du numérique. Cette divergence oppose, en réalité, ceux qui, parmi les acteurs publics et privés, préfèrent recourir à des instruments de gestion et au droit souple (*soft law*) par rapport à d'autres intervenants ou observateurs qui préconisent l'utilisation d'instruments plus classiques, notamment la législation et la réglementation sous forme de règlements. Pour l'essentiel, ce débat repose sur les difficultés inhérentes à la réglementation du numérique, des algorithmes et de la robotique, ce qui justifierait une approche fondée sur l'élaboration de principes et d'orientations, par opposition à des règles contraignantes d'origine législative ou réglementaire. Cette prudence serait motivée par le caractère trop évolutif du domaine, de même que par la nécessité d'obtenir un minimum de consensus vu le nombre et la diversité des acteurs en jeu. À l'inverse, plusieurs exigences de protection des usagers et des citoyens rendraient indispensable l'élaboration d'un cadre législatif ou réglementaire issu d'un droit national ou supranational. Après nombre d'années de négociation, le Parlement européen a adopté le 14 avril 2016 le *Règlement général sur la protection des données* (RGPD) : celui-ci est devenu directement applicable dans l'ensemble des 28 États membres de l'Union européenne le 25 mai 2018²⁵.

La transition numérique des administrations publiques reflète ainsi une polarisation entre deux approches. En insistant sur le nombre des acteurs, la première fait appel au cadre conceptuel de la gouvernance pour justifier des lignes directrices et des politiques (instruments souples), mais elle intègre également la terminologie et les instruments du nouveau management public, avec la gestion stratégique et la figure du client. La

²⁵ *Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE*, Journal officiel de l'Union européenne, L 119, 4 mai 2016, en ligne : < <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=OJ:L:2016:119:TOC> > (ci-après « RGPD »).

seconde privilégie la protection du public²⁶ et le contrôle des citoyens sur leurs données personnelles (approche retenue dans le RGPD), ce qui oriente le débat vers l'élaboration de nouvelles lois ou la modification du corpus législatif existant. Les premières publications sur la thématique du droit et de la gouvernance ont mis en lumière le recours accru à des formules de substitution à la réglementation classique issue de lois et de règlements²⁷. Le cadre conceptuel de la gouvernance a aussi été proposé pour privilégier des solutions de rechange mieux adaptées à la spécificité du numérique²⁸. Les exigences propres à la mondialisation offrent une autre piste explicative²⁹. Le recours à « des instruments de droit souple et dépourvus de tout effet juridique », notamment par l'élaboration de chartes, est largement préconisé en matière d'intelligence artificielle³⁰. Si l'usage du droit souple est très répandu, la législation ne perd pas pour autant son rôle traditionnel afin de protéger correctement le public. Cette évolution contribue à accentuer une polarisation connue en droit public entre la figure

²⁶ Si la *Loi de 2019 pour des services simplifiés, accélérés et améliorés*, préc., note 1, fait état de « mise à la disposition du public » pour les données ouvertes, elle vise, par son préambule, à rendre les services plus accessibles « à la population, aux collectivités et aux entreprises de l'Ontario ». Au Québec, la *Loi favorisant la transformation numérique de l'administration publique*, préc., note 2, art. 1, cherche « à promouvoir la confiance du public ».

²⁷ Valérie LASSERRE, *Le nouvel ordre juridique. Le droit de la gouvernance*, Paris, LexisNexis, 2015, p. 349 (« Du droit souple au droit de la gouvernance »); Daniel MOCKLE, *La gouvernance, le droit et l'État*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 107 (outils de gouvernance, mécanismes de substitution, normes de rechange).

²⁸ Luca BELLI, *De la gouvernance à la régulation de l'Internet*, Paris, Berger-Levrault, 2016, partie 2 (« La gouvernance mondiale de l'Internet »), p. 219; Danièle BOURCIER, « Comment s'accorder sur les normes? Le Droit et la Gouvernance face à Internet », (2006) 10-3 *Lex Electronica* 1; Michael E. MILAKOVICH, *Digital Governance. New Technologies for Improving Public Services and Participation*, Londres/New York, Routledge, 2011, chap. 1 (« The Transition from Electronic Government to Digital Governance »), p. 3; Stéphane BERNATCHEZ, « De la démocratie par le droit à la dictature des algorithmes? La théorie juridique à l'ère cybernétique », (2020) 25-3 *Lex Electronica* 10, 28 (La théorie du droit de la gouvernance).

²⁹ Karim BENYEKHLEF, *Une possible histoire de la norme. Les normativités émergentes de la mondialisation*, 2^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2015.

³⁰ Arnaud SÉE, « La régulation des algorithmes: un nouveau modèle de globalisation? », (2019) 5 *Revue française de droit administratif* 830, 836.

de la loi et un modèle de gouvernance fondé sur l'utilisation de politiques et de lignes directrices.

Devant cette alternative dans le choix des instruments, les autorités publiques sont loin d'être isolées, puisque l'actualité récente, marquée par des fuites de données dans des fichiers publics, par la croissance et la disponibilité des technologies de reconnaissance faciale, par le profilage ainsi que par l'accès à des données biométriques, a contribué à alerter l'opinion publique qui réclame des balises juridiques. Cette pression en faveur du droit risque, à court terme, d'infléchir substantiellement le contenu des politiques publiques, avec la réaffirmation de questions récurrentes. Quel est le cadre juridique approprié? Faut-il légiférer? Quel équilibre doit-on atteindre entre l'innovation technique et la protection du public?

Si ces interrogations revêtaient une réelle acuité en 2019, elles présentent désormais une valeur ajoutée dans le contexte de la pandémie de COVID-19 de 2020. Les conditions imposées à la population par l'urgence sanitaire ont favorisé l'accélération de ce processus de transition numérique pour toutes les organisations de nature publique ou privée. Certes, la pandémie a eu l'effet d'un catalyseur pour la dématérialisation du travail, et pour les relations avec les diverses catégories du public (citoyens, justiciables, clients des entreprises), mais elle a fait surgir également des enjeux technologiques qui relèvent du droit du numérique.

Pour limiter la propagation du virus, des moyens inédits ont été proposés³¹. Dans le but d'éviter un confinement trop sévère de leur population, plusieurs États occidentaux se sont montrés désireux de suivre

³¹ Pour une recension plus exhaustive de ces moyens, voir : Alexandra BAHARY-DIONNE et Karine GENTELET, *Les angles morts des réponses technologiques à la pandémie de COVID-19 : Disjonction entre les inégalités en santé et numériques structurantes de la marginalisation de certaines populations*, Ottawa, Observatoire international sur les impacts sociétaux de l'IA et du numérique, 2020, p. 23 (Les technologies numériques développées en réponse à la Covid-19).

l'exemple de quelques pays asiatiques³², en autorisant l'implantation d'une application de traçage dans les téléphones intelligents. Le 29 mai 2020, la France a franchi cette étape pour les applications Contact Covid et SI-DEP (à ne pas confondre avec StopCovid)³³. Au Canada, les autorités fédérales (Santé Canada) offrent depuis juillet 2020 la possibilité d'utiliser, sur une base volontaire, l'application Alerte COVID qui repose sur la technologie Bluetooth³⁴. Au Québec, en mai 2020, plusieurs ministères avaient donné leur aval pour ce dispositif de traçage qui pourrait être mis en œuvre sur une base volontaire³⁵. Réunie en août 2020, la Commission des institutions de l'Assemblée nationale avait recommandé d'éviter de se servir de cette technologie compte tenu des réserves importantes émises par les experts sur l'efficacité réelle de ces moyens, les vulnérabilités de la technologie Bluetooth, ainsi que sur l'inadéquation du cadre juridique³⁶. En dépit de ces réserves, les autorités québécoises ont finalement décidé d'avoir recours à

³² En plus du code QR qui est affiché sur le téléphone intelligent, les autorités chinoises ont ajouté la reconnaissance faciale pour authentifier le porteur du code. Même en faisant exception de la Chine, « la Corée du Sud, Taïwan et Hong Kong ont eu recours à des moyens particulièrement intrusifs comme la géolocalisation, l'agrégation de nombreuses bases de données, voire le bracelet électronique » : Eugénie MÉRIEAU, « Le covid-19 en Asie orientale : Corée du Sud, Hong Kong, Japon, Singapour, Taïwan », (2020) 4 *Revue française de droit administratif* 695, 699.

³³ *Décret n° 2020-650 du 29 mai 2020 relatif au traitement de données dénommé StopCovid*, (2020) 0131 J.O.R.F., texte n° 17.

³⁴ Bernard BARBEAU, « L'application Alerte COVID est en ligne », *Radio-Canada*, 31 juillet 2020, en ligne : < <https://ici.radio-canada.ca/nouvelle/1723570/application-tracage-covid-19-coronavirus-ottawa> >.

³⁵ Karim BENESSAIEH, « Traçage de la COVID-19 : une application québécoise prête en quelques semaines », *La Presse*, 20 juillet 2020, en ligne : < <https://www.lapresse.ca/affaires/techno/2020-07-20/tracage-de-la-covid-19-une-application-quebecoise-prete-en-quelques-semaines.php> >.

³⁶ COMMISSION DES INSTITUTIONS, ASSEMBLÉE NATIONALE DU QUÉBEC, *Rapport – Consultations particulières et auditions publiques au sujet d'outils technologiques de notification des contacts ainsi que sur la pertinence de ce type d'outils, leur utilité et le cas échéant, les conditions de leur acceptabilité sociale dans le cadre de la lutte contre la COVID-19*, Québec, 14 août 2020, en ligne : < <http://www.assnat.qc.ca/fr/travaux-parlementaires/commissions/ci-42-1/index.html#documentsReflexion> >.

l'application Alerte COVID en septembre 2020³⁷. Cette avancée technique a été ainsi réalisée sans modification du cadre législatif.

Ces dimensions montrent que la transition numérique des administrations publiques ne soulève pas que des enjeux organisationnels et institutionnels, mais qu'elle est susceptible également d'infléchir substantiellement les modalités de l'action publique. Sur le plan chronologique, il est inévitable que l'innovation technologique précède le droit. Cependant, sous réserve de ce constat, le choix d'un cadre juridique et des instruments d'action ne peut que réactualiser les questions récurrentes pour le droit du numérique. Si l'intervention du législateur est requise, faut-il modifier à la pièce des lois préexistantes ou prévoir la nécessité d'une loi plus générale de transition numérique? Malgré le fait que notre étude ait pour objet l'évolution du droit au Canada, et de façon plus précise ce qui a été réalisé au Québec, des perspectives de droit comparé s'avèrent essentielles afin de mesurer ce que font les Américains et les Européens dans ce domaine.

I. Le cadre juridique de la transition numérique

Pour la vaste majorité des États occidentaux, la première transition numérique correspond au « moment 2000 ». Les premières années du XXI^e siècle correspondent en effet à la reconversion électronique des administrations publiques afin d'offrir le « gouvernement en ligne » (*e-administration/e-gouvernement*). Cet impératif avant tout technologique devait promouvoir l'efficacité et la qualité des services publics³⁸. La Conférence internationale de Copenhague en 2005 a permis de réunir une

³⁷ Le Québec est devenu ainsi la cinquième province qui utilise ce dispositif après l'Ontario, le Nouveau-Brunswick, la Saskatchewan, Terre-Neuve-et-Labrador ainsi que le Manitoba.

³⁸ Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), *L'administration électronique : un impératif*, Paris, Études de l'OCDE, 2004, p. 29; Edwin LAU, « Principaux enjeux de l'administration électronique dans les pays membres de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) », (2004) 110 *Revue française d'administration publique* 225.

trentaine de textes sur le sujet où la question du droit reste peu étudiée³⁹. Dans les publications de cette période, le droit semble peu pertinent, à la lumière d'un cadre conceptuel qui a pour objet la réforme de l'État⁴⁰. Au Canada, le droit n'était pas encore un élément de réflexion pour le développement de l'État électronique⁴¹. L'orientation consumériste était visible dans les réflexions générales⁴². Dans une perspective élargie, qui dépasse les limites du droit canadien, l'ouvrage dirigé par Georges Chatillon et Bertrand du Marais a néanmoins été une exception notable en incluant plusieurs enjeux juridiques⁴³.

La première transition peut paraître éloignée de celle qui a cours actuellement⁴⁴. Il y a vingt ans, la terminologie de l'intelligence artificielle,

³⁹ Maria A. WIMMER et autres (dir.), *Electronic Government*, Linz, Springer-Verlag Berlin Heidelberg, 2009; Maria A. WIMMER et autres (dir.), *Electronic Government*, Copenhagen, Springer-Verlag Berlin Heidelberg, 2005.

⁴⁰ Hsinchun CHEN et autres (dir.), *Digital Government. E-Government Research, Case Studies, and Implementation*, New York, Springer US, 2008; Michael BÖHLEN et autres (dir.), *E-Government: Towards Electronic Democracy*, Bolzano, Springer-Verlag Berlin Heidelberg, 2005; Francis JUBERT, Elizabeth MONTFORT et Robert STAKOWSKI (dir.), *La e-administration. Levier de la réforme de l'État*, Paris, Dunod, 2005; Ake GRÖNLUND, *Electronic Government: Design, Applications and Management*, Hershey, Idea Group Publishing, 2002, p. 23.

⁴¹ Voir le cadre conceptuel proposé par Sandford BORINS et autres (dir.), *Digital State at the Leading Edge*, Toronto, University of Toronto Press, 2007, p. 14 (« Conceptual Framework »). Pour un premier bilan de cette période, voir Daniel MOCKLE, « La virtualité et l'État de droit », dans Karim BENYEKHLEF et Pierre TRUDEL, *État de droit et virtualité*, Montréal, Éditions Thémis, 2009, 9, à la p. 37.

⁴² John CLARKE et autres, *Creating Citizen-Consumers: Changing Publics & Changing Public Services*, Thousand Oaks, Sage Publications, 2007; Tae Hyun KIM, Kwang Hyuk IM et Sang Chan PARK, « Intelligent Measuring and Improving Model for Customer Satisfaction Level in e-Government », dans M.A. WIMMER et autres, *Electronic Government (2005)*, préc., note 37, p. 38.

⁴³ Georges CHATILLON et Bertrand DU MARAIS, *eGovernment for the Benefit of Citizens : proceedings from the Colloquium*, Bruxelles, Bruylant, 2004, partie I (« The Law applicable to eGovernment »).

⁴⁴ Des nuances plus fines peuvent être proposées afin d'expliquer le déroulement chronologique de cette transition numérique : Tomasz JANOWSKI, « Digital Government Evolution: From Transformation to Contextualisation », (2015) 32 *Government Information Quarterly* 221 (évolution en quatre étapes).

des algorithmes, de l'infonuagique, des mégadonnées (*big data*), ainsi que celle de l'apprentissage automatique (*machine learning*) était peu répandue, voire encore inconnue pour quelques termes et concepts, notamment en droit⁴⁵. La deuxième transition numérique apparaît plus ambitieuse par son objet et ses finalités⁴⁶. Outre une numérisation complète et exhaustive des services publics aux fins de consultation et d'élaboration des politiques publiques, elle est également orientée vers l'ouverture des données publiques, l'accès sécurisé, la protection des données personnelles, dans le contexte du traitement algorithmique de grandes bases de données⁴⁷. L'expression « gouvernement 3.0 » (*government 3.0*) a été proposée en 2017⁴⁸ pour marquer la transition par rapport au gouvernement 2.0 (*government 2.0*) dont l'usage découle du terme « Web 2.0 » (essor des médias sociaux)⁴⁹.

⁴⁵ Tung-Hui HU, *A Prehistory of the Cloud*, Londres, MIT Press, 2015, chap. 4 (« Seeing the Cloud of Data »), p. 112 (« crossover between military practices and marketing practices »); Donald E. KNUTH, *Éléments pour une histoire de l'informatique*, Californie/Paris, Stanford University, CSLI Publications/Société mathématique de France, 2011, p. 363 (origine de l'expression « analyse des algorithmes »). En informatique, la première édition de l'ouvrage fondateur remonte à 1968 : Donald E. KNUTH, *Fundamental Algorithms*, Reading (MA), Addison-Wesley, 1968.

⁴⁶ « For this cultural perception may well be the main divide between the first digital revolution, in the 1990s, and the second, in the 2010s » : Mario CARPO, *The Second Digital Turn: Design beyond Intelligence*, Cambridge (MA), Londres, The MIT Press, 2017, p. 18. Voir également M.E. MILAKOVICH, préc., note 27, p. 14 (« The Transition from Electronic Government to Digital Governance »).

⁴⁷ Andrea KÖ et autres (dir.), *Electronic Government and the Information Systems Perspective*, 8^e Conférence internationale, EGOVIS 2019, Linz, Springer, 2019, notamment les deux premières parties (« Open Data and Open Innovation » et « Data-Driven Approaches in e-Government »); Rob KITCHIN, *The Data Revolution: Big Data, Open Data, Data Infrastructures and their Consequences*, Thousand Oaks (CA), Sage, 2014, p. 114 (« Governing People »).

⁴⁸ Adegboyega OJO et Jeremy C. MILLARD (dir.), *Government 3.0 – Next Generation Government Technology Infrastructure and Services*, Londres, Springer, 2017.

⁴⁹ Soon Ae CHUN et autres, « Government 2.0: Making Connections between Citizens, Data and Government », (2010) 15-1 *Information Polity* 2 (Web 2.0 Technologies); Brian E. DIXON, « Towards E-Government 2.0: An Assessment of where E-Government 2.0 is and where it Is Headed », (2010) 15-2 *Public*

Cette transition met parfois en lumière des dimensions qui vont au-delà des administrations publiques. Comme le montre l'exemple de la France avec la *Loi pour une République numérique* (2016)⁵⁰, le législateur peut devenir plus ambitieux afin d'assurer la neutralité du Net, le droit au maintien de la connexion à Internet, l'accessibilité du numérique et la couverture numérique du territoire. À plus ou moins court terme, c'est la numérisation complète des relations du public avec toutes les catégories d'administrations publiques qui est visée⁵¹, et la conséquence en sera l'informatisation des processus administratifs de demandes et de réclamations en fonction d'une identité numérique et d'accès sécurisés⁵². Il en résulte une mobilisation où la capacité technique des administrations publiques constitue le premier objet de réflexion⁵³. La construction d'un modèle unifié apparaît comme l'une des principales préoccupations⁵⁴.

La deuxième transition pose avec plus d'acuité le problème récurrent du choix des instruments d'intervention. En droit administratif, le

Administration and Management 418; Daniel MINTZ, « Government 2.0 – Fact or Fiction », (2007-2008) 36-4 *Public Manager* 21. Pour l'analyse du rôle accru des internautes dans l'environnement du type Web 2.0, voir Vincent GAUTRAIS et Pierre TRUDEL, *Circulation des renseignements personnels et Web 2.0*, Montréal, Éditions Thémis, 2010, p. 30.

⁵⁰ *Loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique*, J.O. 8 octobre 2016.

⁵¹ Pour une perspective comparée (Danemark) : Jannick SCHOU et Morten HJELHOLT, *Digitalization and Public Sector Transformations*, Cham, Palgrave Macmillan, 2018. Pour repenser les notions d'espace et de territoire : Jannick SCHOU et Morten HJELHOT, « Digital State Spaces: State Rescaling and Advanced Digitalization », (2019) 7-4 *Territory, Politics, Governance* 438, 441 (« The Digital and the Spatial »).

⁵² Pour un recul temporel, voir Paul HENMAN, *Governing Electronically: E-Government and the Reconfiguration of Public Administration, Policy and Power*, Basingstoke (GB), Palgrave Macmillan, 2010, chap. 7 (« Reconfiguring Public Administration »), p. 115 et suiv.

⁵³ Isaac Kofi MENSAH, « Impact of Government Capacity and E-government Performance on the Adoption of E-government Service », (2020) 43 *International Journal of Public Administration* 303.

⁵⁴ Yogesh K. DWIVEDI et autres, « An Empirical Validation of a Unified Model of Electronic Government Adoption (UMEGA) », (2017) 34 *Government Information Quarterly* 211.

choix des formes d'action étatique représente une thématique connue, ne serait-ce que pour expliquer de nouvelles formes de réglementation, la mise en œuvre de techniques non réglementaires ou l'existence de formules de substitution du droit par le recours à des instruments de gestion⁵⁵. Cette diversification des formes d'intervention de l'État peut également être justifiée à la lumière des travaux sur les « outils de gouvernance⁵⁶ ». La véritable ligne de partage n'en reste pas moins le choix de la législation et de la réglementation, par opposition à la vaste catégorie des formules de substitution. Rappelons, par exemple, que le Québec a conféré à la nouvelle gestion publique un cadre législatif, en adoptant en 2000, la *Loi sur l'administration publique*⁵⁷. À titre comparatif, les autorités fédérales ont préféré une solution plus proprement politique et administrative avec la parution du rapport intitulé *Fonction publique 2000*⁵⁸. En dépit de cette différence, notre analyse n'a pas pour objet de réintroduire des clichés à propos du rôle de la législation en monde de common law contrairement aux systèmes de tradition romaniste. Le droit américain offre un démenti à ce type de stéréotype puisque, en matière de nouvelle gestion publique, la *Government Performance and Results Act*⁵⁹ a été adoptée en 1993.

⁵⁵ Daniel MOCKLE, « Politiques, directives et instruments de gestion », dans JurisClasseur Québec, coll. « Droit public », *Droit administratif*, fasc. 5, Montréal, LexisNexis Canada, 2019 (LAd/QL); Daniel MOCKLE, « L'évincement du droit par l'invention de son double : les mécanismes néo-réglementaires en droit public », (2003) 44 *C. de D.* 297; Pierre ISSALYS, *Répartir les normes. Le choix entre les formes d'action étatique*, Québec, Société de l'assurance automobile du Québec, 2002; Daniel MOCKLE, « Gouverner sans le droit? Mutation des normes et nouveaux modes de régulation », (2002) 43 *C. de D.* 143.

⁵⁶ Pearl ELIADIS, Margaret M. HILL et Michael HOWLETT (dir.), *Designing Government. From Instruments to Governance*, Montréal/Kingston, McGill/Queen's University Press, 2005; Pierre LASCOURMES et Patrick LE GALÈS, *Gouverner par les instruments*, Paris, Presses de Sciences Po, 2005; Lester M. SALOMON (dir.), *The Tools of Government. A Guide to the New Governance*, Oxford, Oxford University Press, 2002.

⁵⁷ *Loi sur l'administration publique*, L.R.Q. c. A-6.01.

⁵⁸ GOUVERNEMENT DU CANADA, *Fonction publique 2000. Guide de la gestion du changement dans la Fonction publique : les voies de l'innovation*, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1990.

⁵⁹ *Government Performance and Results Act*, 31 U.S.C., § 20, (1993).

À l'échelle canadienne, la polarisation se situe davantage entre une culture de gestion fondée sur l'utilisation de lignes directrices et de politiques en regard des impératifs de légitimité fondés sur le recours à la loi. En filigrane, c'est le poids politique et juridique du Conseil du Trésor qui se révèle souvent déterminant, puisqu'au niveau fédéral ses nombreuses interventions puisent principalement leur fondement dans la *Loi sur la gestion des finances publiques*⁶⁰. Dans la perspective de la transition numérique, cette culture peut être confortée par deux influences. La première est britannique, compte tenu de la mise en œuvre, depuis 2012, de la stratégie *Digital by Default*⁶¹, laquelle permet de faire l'économie d'une loi de transition numérique. Cette approche est répandue au sein des États du Commonwealth, comme en témoignent les stratégies élaborées en Australie⁶² et en Nouvelle-Zélande⁶³. La seconde reflète à maints égards l'utilisation des mécanismes du droit souple, ainsi que la place souvent déterminante de procédés administratifs (qui ne sont pas des instruments juridiques) dans ce qui peut paraître comme un processus plus général de substitution de la législation aux fins de transition numérique. Cette dimension est importante compte tenu de l'association du droit mou (*soft law*) à plusieurs champs du numérique.

⁶⁰ *Loi sur la gestion des finances publiques*, L.R.C. 1985, c. F-11, art. 7 (1) a). Le Conseil du Trésor peut agir au nom du gouvernement fédéral pour définir « les grandes orientations applicables à l'administration publique fédérale ».

⁶¹ GOUVERNEMENT DU ROYAUME-UNI, CABINET OFFICE, *Government Digital Strategy*, Londres, 2012, en ligne : < <https://www.gov.uk/government/publications/government-digital-strategy> >.

⁶² GOUVERNEMENT AUSTRALIEN, *Vision 2025. Digital Transformation Strategy*, Canberra, Digital Transformation Agency, 2018, en ligne : < <https://www.dta.gov.au/digital-transformation-strategy> >. La Commission du service public, de concert avec l'agence responsable de la transition numérique, a produit un autre document en 2020 : Australian Public Service Commission / Digital Transformation Agency, *APS Digital Professional Stream Strategy*, 2020, en ligne : <https://dta-www-drupal-20180130215411153400000001.s3.ap-southeast-2.amazonaws.com/s3fs-public/files/digital-professional-stream-strategy.pdf>.

⁶³ GOUVERNEMENT DE NOUVELLE-ZÉLANDE, *Strategy for a Digital Public Service*, en ligne : < <https://www.digital.govt.nz/digital-government/strategy/strategy-summary/strategy-for-a-digital-public-service/> >.

A) Les débats contemporains sur le choix des instruments

Dans une perspective générale, les débats contemporains sur l'intelligence artificielle, la robotique, le numérique et la gouvernance d'Internet ouvrent des perspectives pour le choix des instruments. La thématique liée à Internet est riche d'enseignements pour le mode d'intervention, ainsi que le choix de l'autorité compétente, même si la dimension internationale reste prépondérante. Pour la réglementation et la gouvernance requise par la mise en œuvre d'Internet, le nombre de propositions reflète la variété des intervenants. Si plusieurs documents ont été élaborés par des personnes engagées dans la tenue de conférences scientifiques ou par des groupes de recherche, d'autres émanent d'organisations internationales comme l'Unesco, l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) ou le Conseil de l'Europe. En 2015, l'Unesco a publié une analyse chronologique comparative de 52 déclarations, lignes directrices et principes⁶⁴. Bien que la majorité de ces documents apparaissent sous forme de déclarations, comme la *Déclaration de Paris*⁶⁵ de 2014, ainsi que la *Déclaration africaine des droits et des libertés de l'Internet*⁶⁶ adoptée la même année, moins nombreux sont ceux qui ont été élaborés sous forme de chartes⁶⁷, de

⁶⁴ Rolf H. WEBER, *Principes de la gouvernance de l'Internet, Analyse comparative*, Paris, Unesco, 2015, p. 25 et suiv., en ligne : < <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000235370> >.

⁶⁵ UNESCO, *Déclaration de Paris*, 5 mai 2014, en ligne : < https://en.unesco.org/sites/default/files/wpfd_2014_statement_final.pdf >, présentée à l'occasion de la Conférence internationale pour la Journée mondiale de la liberté de presse (organisée par l'Unesco) par des experts des médias et des libertés publiques.

⁶⁶ *Déclaration africaine des droits et des libertés de l'Internet*, Association pour le progrès des communications (APC), 28 août 2014, en ligne : < <https://www.apc.org/fr/project/securiser-les-droits-de-lhomme-en-ligne-en-afrique-par-le-biais-dun-reseau-fort-et-actif-de> >.

⁶⁷ *Charte des droits de l'Internet*, Association pour le progrès des communications (APC), 2001 (révisée en 2006), en ligne : < <https://www.apc.org/fr/pubs/charte-des-droits-dinternet> >; Grégor BRANDY et Vincent MANILÈVE, « Charte mondiale des droits sur Internet », *Slate FR*, 6 novembre 2015, en ligne : < <http://www.slate.fr/story/109205/charte-mondiale-droits-internet> >.

principes⁶⁸, de codes d'éthique⁶⁹ ou de recommandations⁷⁰. Malgré cette diversité, à la différence des traités, « ils ne sont pas juridiquement contraignants », car ils offrent, de façon générale, des recommandations et des principes. En revanche, les textes élaborés par les organisations internationales compétentes en cette matière ont une portée beaucoup plus grande sur leurs États membres⁷¹. Il faut surtout retenir de cette évolution la place prépondérante des principes⁷² même si, par ailleurs, des droits sont revendiqués pour les usagers d'Internet.

Il existe encore peu d'instruments plus classiques au niveau national ou supranational. À titre d'exemple, le Brésil a adopté une loi en 2014 qui concerne de façon spécifique l'usage d'Internet⁷³. Le but principal de cette loi est l'élaboration de principes, de garanties, de droits et de devoirs pour l'usage d'Internet au Brésil. L'article 3 énumère de nombreux principes, tandis que l'article 7 offre une liste de droits et de garanties pour les usagers. Cependant, comme en témoigne le dernier Forum sur la gouvernance d'Internet (tenu à Berlin, en 2019), les initiatives strictement nationales sont critiquées dans le but d'inclure tous les acteurs intéressés⁷⁴.

⁶⁸ IEEE STANDARDS UNIVERSITY, « Open Standard Principles », 1^{er} novembre 2012, en ligne : < <https://www.standardsuniversity.org/article/open-standards-principles/> >; OCDE, *Recommandations du Conseil sur les principes pour l'élaboration des politiques de l'Internet*, 2011, en ligne : < <https://legalinstruments.oecd.org/public/doc/270/270.fr.pdf> >.

⁶⁹ *Code d'éthique pour la société de l'information proposé par le Conseil intergouvernemental du programme information pour tous*, Paris, Unesco, Conférence générale, 36^e sess., 2011, en ligne : < https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000212696_fre >.

⁷⁰ OCDE, préc., note 68.

⁷¹ R. WEBER, préc., note 64, p. 84 (« Valeur normative des documents »).

⁷² Le rôle prépondérant des principes a été signalé par Pierre TRUDEL, « État de droit et E-Gouvernement », dans K. BENYEKHLEF et P. TRUDEL, préc., note 41, 373, 387 (« Un droit exprimé sous la forme de principes directeurs »).

⁷³ *Marco Civil da Internet*, Loi n° 12 965 du 23 avril 2014. Pour la présentation de cette loi (avec traduction vers l'anglais), on consultera le document suivant : CHAMBER OF DEPUTIES, *The Brazilian Civil Framework of the Internet*, Brasilia, 2016.

⁷⁴ À l'occasion de cette rencontre, l'UNESCO, *Steering AI and Advanced ICTS for Knowledge Societies, A Rights, Openness, Access and Multi-stakeholder*

La loi brésilienne met toutefois en lumière ce qui apparaît comme le véritable enjeu de l'usage d'Internet et, par extension, des réseaux numériques qui lui sont associés : la protection des données nominatives des usagers et, de façon plus générale, le droit à la confidentialité des communications, sans oublier le droit à la vie privée. C'est à la lumière de ces dimensions qu'il faut comprendre l'élaboration du RGPD de l'Union européenne⁷⁵, en vigueur depuis le 25 mai 2018. Dans sa version définitive du 27 avril 2016, ce règlement est l'aboutissement de quatre années de délibération⁷⁶. Contrairement aux directives, les règlements sont directement applicables dans l'ensemble des 28 États membres, et ne requièrent pas une loi de transposition pour ce faire, ce qui signifie désormais qu'il y a un seul ensemble de règles relatives à la protection des données pour l'Union européenne. Les entreprises non européennes sont également soumises au RGPD lorsqu'elles proposent des biens et des services à des résidents européens ou qu'elles visent ces derniers par le profilage⁷⁷. Le RGPD offre aux citoyens de l'Union européenne un contrôle accru sur leurs données privées, notamment pour l'acceptation des témoins (*cookies*) sur les sites Web et l'utilisation qui est faite des données transmises par les internautes (consentement explicite). À l'article 17, le RGPD crée en outre un droit à l'effacement des données à caractère personnel sur demande de la personne intéressée (version allégée du droit à l'oubli). La question sensible du « profilage⁷⁸ » fait l'objet d'une disposition spécifique (art. 22) en interdisant toute décision fondée sur un traitement automatisé, si cette dernière a des effets juridiques sur une personne ou se

Perspective, Berlin, 2019, p. 120, affirme en conclusion dans cette étude : « it is important to note that a purely national and unilateral decision-making at the level of principles, norms, rules, and policies can be potentially detrimental to rights, openness and access pillars discussed in this publication » .

⁷⁵ Le sigle GDPR, issu de la version anglaise *General Data Protection Regulation*, est très répandu.

⁷⁶ RGPD, préc., note 25.

⁷⁷ Le COMMISSARIAT À LA PROTECTION DE LA VIE PRIVÉE DU CANADA, « Le nouveau règlement sur la protection des données aura des répercussions sur les entreprises canadiennes », 22 février 2018, en ligne : < https://www.priv.gc.ca/fr/nouvelles-du-commissariat/nouvelles-et-annonces/2018/an_180222/ >, a commenté ces nouvelles obligations pour les entreprises canadiennes.

⁷⁸ Le profilage est défini à l'article 4 du RGDP (« Définitions »).

trouve susceptible de la toucher « de manière significative de façon similaire ». Cette disposition est importante compte tenu d'enjeux qui relèvent plus précisément du droit administratif. Le RGPD définit aussi à l'article 25 le principe de protection des données dès la conception (*privacy by design*), dans le but de prévoir des exigences relatives à la protection des données personnelles dès la conception des produits, des services et des systèmes qui exploitent des données à caractère personnel. En outre, il établit une nouvelle règle, celle de la « sécurité par défaut », qui impose à toute organisation de disposer d'un système d'information sécurisé⁷⁹. Enfin, l'article 37-1.a prévoit que la désignation d'un délégué à la protection des données est obligatoire lorsque le traitement des données est effectué par une autorité publique ou un organisme public, à l'exception des autorités qui exercent une fonction juridictionnelle (ce sont les différentes catégories de cours et de tribunaux).

En dépit de son applicabilité directe au sein des États membres de l'Union européenne, le RGPD a été complété à l'échelon national par des lois d'adaptation qui ont eu pour conséquence la modification de la législation antérieure. Ainsi, pour donner l'exemple de la France, la *Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés*⁸⁰ a été modifiée par la *Loi n° 2018-493 du 20 juin 2018 relative à la protection des données personnelles*⁸¹. Tous les États membres de l'Union européenne ont fait ce suivi⁸². Le RGPD fait désormais figure de

⁷⁹ Pour le traitement, la conservation et l'accessibilité des données à caractère personnel, des « mesures techniques et organisationnelles appropriées » doivent garantir que ces données ne seront pas rendues accessibles à un nombre indéterminé de personnes physiques sans l'intervention de la personne physique visée (art. 71 RGDP).

⁸⁰ *Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés*, JORF du 7 janvier 1978, 227.

⁸¹ *Loi n° 2018-493 du 20 juin 2018 relative à la protection des données personnelles*, JORF n° 0141 du 21 juin 2018.

⁸² La liste de ces lois nationales figure à l'annexe 2 de l'ouvrage d'Olivia TAMBOU, *Manuel de droit européen de la protection des données à caractère personnel*, Bruxelles, Bruylant, 2020, p. 415.

modèle, et son rayonnement international est incontestable⁸³. À titre d'exemple, le Brésil a adopté sa propre version en août 2018⁸⁴. Les autorités européennes veulent désormais franchir une autre étape avec l'élaboration d'une loi qui vise les plateformes numériques. À l'été 2020, la Commission européenne a mené une consultation sur ce projet (*Digital Services Act*)⁸⁵. Dans une longue résolution rédigée sur le fondement de 31 considérants et de 89 principes, le Parlement européen a donné son appui en octobre 2020⁸⁶. Cette évolution montre que des impératifs de protection favorisent l'élaboration d'un cadre législatif et réglementaire. Sur ce plan, les autorités européennes ne sont pas isolées, car la Californie a adopté en 2018 la *California Consumer Protection Act (CCPA)*⁸⁷ qui est en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2020 et qui concerne les informations personnelles utilisées par les grandes entreprises⁸⁸. Pour l'essentiel, cette loi offre aux consommateurs le droit de savoir quel est le type d'information personnelle utilisée par

⁸³ « Le RGPD à la conquête du monde », *Magazine Décideurs*, 22 mars 2019, en ligne : < <https://www.magazine-decideurs.com/news/le-rgpd-a-la-conquete-du-monde> >.

⁸⁴ *Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais*, Lei n° 13.709/2018.

⁸⁵ *Consultation on the Digital Services Act Package*, en ligne : < <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/consultation-digital-services-act-package> >. Pour un commentaire, voir Florence G'SELL et Filippo LANCIERI, « Nouvelle législation européenne sur l'économie numérique : ce qu'on peut attendre du Digital Services Act », *Blog du Club des juristes*, 23 octobre 2020, en ligne : < <https://blog.leclubdesjuristes.com/digital-services-act/> >.

⁸⁶ *Résolution du Parlement européen du 20 octobre 2020 contenant des recommandations à la Commission sur la législation relative aux services numériques : améliorer le fonctionnement du marché unique*, 2020/2018(INL). La résolution comprend une annexe. D'autres résolutions ont été adoptées pour les services numériques et l'intelligence artificielle.

⁸⁷ *California Consumer Privacy Act of 2018*, CAL. STAT. ch. 55 (2018) (ci-après « CCPA »).

⁸⁸ Une entreprise est assujettie aux dispositions du CCPA, préc., note 87, art. 1798.140 (c) (1) (A), (B) et (C), si l'une des conditions suivantes est remplie : 1) elle a un revenu annuel supérieur à 25 millions de dollars américains; 2) elle achète ou vend de l'information personnelle provenant de plus de 50 000 consommateurs, familles, ménages et appareils électroniques; 3) elle tire plus de la moitié de ses revenus annuels de la vente d'informations personnelles.

l'entreprise⁸⁹, le droit à l'oubli numérique ou de supprimer des données personnelles (*right to delete personal information*) et le droit de retrait (*right to opt out*) par rapport aux entreprises qui vendent de l'information personnelle⁹⁰. De plus, la CCPA reconnaît aux consommateurs qui se prévalent de ces droits la garantie de ne pas faire l'objet de discrimination sous forme d'exclusion, de diminution de service ou de tarification accrue. Pour sa part, l'État de Washington a manifesté son intention d'élaborer un cadre législatif comparable, mais en incluant également des mesures spécifiques pour les mécanismes de reconnaissance faciale⁹¹.

Avec le dépôt en novembre 2020 du projet de loi C-11 relatif à la protection de la vie privée des consommateurs, le Canada a rompu avec sa réserve en proposant un premier cadre législatif susceptible de régir l'utilisation des renseignements personnels recueillis et utilisés aux fins du commerce électronique⁹². La partie 1 a notamment pour fonction de remplacer la première partie de la *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques* (laquelle aura dorénavant le titre de *Loi sur les documents électroniques*). La partie 2 précise le rôle du Commissaire à la protection de la vie privée tout en instituant un tribunal administratif (le Tribunal de la protection des renseignements personnels et des données) afin d'entendre les appels formés contre certaines décisions rendues par le Commissaire. La comparaison du cadre juridique offert par ce projet de loi avec celui du RGPD est une piste de réflexion qui dépasse le cadre de notre étude sur les administrations publiques. Si le projet de loi C-11 ne vise pas les institutions fédérales qui sont énumérés en annexe de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*⁹³, en revanche, il n'est pas dénué de tout intérêt pour la divulgation de renseignements

⁸⁹ Ce droit inclut l'accès aux finalités commerciales de la vente d'informations personnelles et l'accès aux catégories d'entreprises pour le partage de ces informations.

⁹⁰ Pour ce type de requête, l'entreprise doit offrir sur son site WEB un lien de type « *Do not Sell my Info* ».

⁹¹ *Washington Privacy Act*, Bill S. 6281, 66th Leg., Sess. §1 (Wash., 2020). Ce projet de loi est encore en discussion au début de l'année 2021.

⁹² *Loi de 2020 sur la mise en œuvre de la Charte du numérique*, Projet de loi C-11, préc., note 11.

⁹³ *Id.*, par. 6 (4) a.

personnels à des administrations publiques. À condition que les renseignements personnels d'un individu soient dépersonnalisés⁹⁴, ils peuvent être communiqués à l'insu de la personne intéressée « à une institution gouvernementale au Canada » ou à d'autres établissements publics pour « une fin socialement bénéfique »⁹⁵. De même, des renseignements personnels peuvent être communiqués, à l'insu ou sans le consentement d'un individu, à une institution gouvernementale pour l'application du droit fédéral ou provincial, notamment dans la perspective de contravention au droit⁹⁶.

Avec le dépôt du projet de loi 64 en juin 2020⁹⁷, le Québec a également manifesté sa volonté de modifier la loi relative à la protection des renseignements personnels dans le secteur privé⁹⁸. En comparaison du cadre juridique proposé au niveau fédéral, sa démarche favorise davantage la protection des renseignements personnels que leur circulation.

Ces interventions législatives et réglementaires relatives à la protection des renseignements personnels au sein des entreprises n'ont pas pour objet direct la transition numérique des administrations publiques. Ainsi, la loi québécoise de 2019 cherche avant tout à prévoir « des règles applicables dans le cadre de la réalisation de projets en ressources informationnelles d'intérêt gouvernemental ». Si le législateur prend soin de rappeler le respect du droit à la vie privée et le principe de transparence, les renseignements personnels obtenus ne peuvent être utilisés qu'aux seules fins du projet en ressource informationnelle, ce qui exclut, *a priori*, la transmission de ces informations à des fins commerciales⁹⁹. L'objectif

⁹⁴ Le projet de loi ne fait pas de distinction entre la dépersonnalisation et l'anonymisation dans sa définition du terme « dépersonnaliser » à l'art. 2.

⁹⁵ *Loi de 2020, Id.*, par. 39 (1).

⁹⁶ *Id.*, art. 43 à 48.

⁹⁷ Projet de loi no. 64, *Loi modernisant des dispositions législatives en matière de protection des renseignements personnels*, Première session, 42^e législature, 12 juin 2020, arts. 93 et suiv.

⁹⁸ *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé*, L.R.Q. c. P-39.1.

⁹⁹ Sous réserve des normes relatives « aux données ouvertes » qui peuvent ainsi autoriser leur disponibilité pour le public, l'utilisation commerciale n'est pas

premier ne semble pas la protection du public au sens strict, mais davantage l'accessibilité des données et la confiance du public¹⁰⁰. Ce n'est qu'avec le dépôt du projet de loi 64 que le Québec cherche à proposer un nouveau cadre juridique pour la protection des renseignements personnels dans le secteur public¹⁰¹.

B) Le rôle de la législation

Malgré sa proximité géographique avec les États-Unis, le Canada a réalisé sa première transition numérique sans recours à une loi d'orientation. Dans cette première phase qui correspond au début de la décennie 2000¹⁰², il n'existe pas de loi comparable à l'*E-Government Act* de 2002¹⁰³. Dans une période relativement courte (1999-2006), l'initiative dite du « Gouvernement en direct (GED) » a été réalisée au vu des objectifs fixés¹⁰⁴. Lors de l'ouverture initiale du site Web du gouvernement du Canada (www.Canada.gc.ca) en 1995, des liens avaient été créés vers plus de 400 sites Web du gouvernement fédéral au détriment d'un effort de synthèse et d'accessibilité. La création d'un portail intégré et l'instauration de voies de communication protégée comme ePass, afin d'assurer un

exclue en Ontario : *Loi de 2019 pour des services simplifiés, accélérés et améliorés*, préc., note 1, art. 5 (2) al. 3.

¹⁰⁰ Si la *Loi de 2019 pour des services simplifiés, accélérés et améliorés*, préc., note 1, fait état de « mise à la disposition du public » pour les données ouvertes, elle vise, par son préambule, à rendre les services plus accessibles « à la population, aux collectivités et aux entreprises de l'Ontario »; au Québec, l'article premier de la *Loi favorisant la transformation numérique de l'administration publique*, préc., note 2, cherche « à promouvoir la confiance du public ».

¹⁰¹ Projet de loi no. 64, préc., note 97. Ce projet qui vise à modifier la *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels*, L.R.Q. c. A-2.1, est commenté plus loin dans ce texte.

¹⁰² David BROWN, « 2. The Government of Canada: Government On-Line and Citizen-Centred Service », (2016) *Digital State at the Leading Edge* 37.

¹⁰³ *E-Government Act of 2002*, Pub. L. No. 107-347, 116 Stat. 2899 (2002); 44 U.S.C. § 101. Cette loi inclut la *Federal Information Security Management Act of 2002*, qui correspond au titre III, ainsi que la *Confidential Information Protection and Statistical Efficiency Act*, qui constitue le titre V.

¹⁰⁴ GOUVERNEMENT DU CANADA, *Gouvernement en direct 2004*, Ottawa, Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, 2004.

service sécuritaire de paiement en direct, ont permis au Canada d'être, au début du XXI^e siècle, l'un des États les plus avancés dans la transformation électronique des services publics¹⁰⁵. En revanche, celle-ci a été faite sans cadre législatif¹⁰⁶.

Durant cette période, l'Australie avait créé en 1997 un guichet unique, Centrelink, qui a été institué sous forme d'agence¹⁰⁷. Le recul du temps montre néanmoins que l'*E-Government Act* de 2002 a été très novatrice en offrant un canevas qui sera suivi par plusieurs États. Aux fins du droit fédéral, les autorités américaines ont créé le poste de responsable en chef fédéral de l'information (*federal chief information officer*), qui s'occupe de l'ensemble des politiques pour la transformation électronique du gouvernement fédéral¹⁰⁸. Même si ce haut fonctionnaire ne correspond pas à l'autorité de protection des données, telle qu'elle a été recommandée par le RGPD, il offre un modèle qui prévoit ce que le Canada propose désormais avec le dirigeant principal de l'information¹⁰⁹. Sur le plan

¹⁰⁵ En 2005, « Canada was ranked first by the Accenture consulting firm in its annual international survey of e-government service delivery » : D. BROWN, préc., note 91, p. 37. Les études contemporaines insistent davantage sur la progression numérique des États en fonction de plusieurs facteurs qui dépassent la numérisation des administrations publiques. En 2016, un rapport commandé par la Commission européenne classait la Finlande, la Suède, le Danemark, la Corée du Sud, les États-Unis et le Japon bons premiers : *International Digital Economy and Society Index (I-DESI)*, en ligne : < <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/2016-i-desi-report> >.

¹⁰⁶ Ce constat avait déjà été fait par Karim BENYEKHLEF, « L'administration publique en ligne au Canada : précisions terminologiques et état de la réflexion », (2004) 110-2 *Revue française d'administration publique* 267, 275.

¹⁰⁷ *Commonwealth Services Delivery Agency Act (1997)*, Acts of Parliament of the Commonwealth of Australia, No. 31 of 1997, art. 6.

¹⁰⁸ Il a été désigné comme l'autorité responsable du nouveau bureau (Office of Electronic Government) au sein du ministère du Budget (Office of Management and Budget).

¹⁰⁹ SECRÉTARIAT DU CONSEIL DU TRÉSOR DU CANADA, *Politique sur les services et le numérique*, préc., note 7, art. 4.3.

chronologique, c'est néanmoins la Corée du Sud qui peut revendiquer la première place en ayant élaboré dès 2001 l'*E-Government Act*¹¹⁰.

La loi de 2002 énonce sept constats, auxquels s'ajoutent onze objectifs¹¹¹, avec une approche analogue à celle de la *Privacy Act* qui remonte à 1974¹¹². Dans le premier titre (« Office of Management and Budget Electronic Government Services »), la loi de 2002 a permis de créer un conseil afin d'assister le responsable en chef de l'information (art. 3603)¹¹³ et un fonds spécifique (E-Government Fund) à des fins budgétaires (art. 3604). Le deuxième titre (« Federal Management and Promotion of Electronic Government Services ») énumère les responsabilités attribuées aux agences fédérales en vue de la transition numérique. Il oblige ces dernières à tenir compte de l'existence des individus qui n'ont pas accès à Internet et à reconnaître la nécessité d'assurer l'accessibilité au réseau aux personnes souffrant de handicaps. Au sein de chaque agence, un poste de responsable en chef de l'information (*chief information officer*) est créé afin d'assurer l'application de la loi et pour faire rapport (*E-Government Status Report*). La loi règle la question de la compatibilité des méthodes acceptables afin de sécuriser les transactions électroniques avec le gouvernement. Elle pose notamment le principe de l'accès unique par un portail intégré (Federal Internet Portal), tout en réservant l'utilisation d'un site Web distinct pour les différentes cours fédérales¹¹⁴.

¹¹⁰ Choong-Sik CHUNG et Sung-Bou KIM, « A Comparative Study of Digital Government Policies, Focusing on E-Government Acts in Korea and the United States », (2019) 8 *Electronics* 1362.

¹¹¹ *E-Government Act of 2002*, préc., note 103, art. 2; 44 U.S.C. § 3601 (*Findings and Purposes*).

¹¹² *Privacy Act of 1974*, 5 U.S.C. § 552a.

¹¹³ Parmi ses fonctions, ce conseil doit veiller, de concert avec le National Institute of Standards and Technology, à l'élaboration de recommandations pour la mise en œuvre de standards (*information technology standards*). Le législateur a été plus ambitieux dans la *Privacy Act of 1974*, préc., note 112, art. 5, en créant la Privacy Protection Study Commission, composée de sept membres (trois membres sont nommés par le président; deux membres le sont par le président du Sénat; et deux autres, par l'orateur (*speaker*) de la Chambre des représentants).

¹¹⁴ L'*E-Government Act of 2002*, préc., note 103, aborde également la gestion et la conservation des dossiers électroniques au sein des cours fédérales.

La loi de 2002 ne néglige pas la question sensible de l'accessibilité, de l'usage et de la préservation de l'information gouvernementale. À cette fin, elle crée un comité de coordination (Interagency Committee) entre les agences fédérales. Dans ce contexte, de nombreuses questions font l'objet de dispositions détaillées, notamment pour le classement des données, les modalités de leur accès, le type d'information que les agences doivent présenter sur leur site Web, ainsi que la création d'un répertoire des sites Web offerts par le gouvernement fédéral. Pour la confidentialité des données, la loi propose des nuances sous la rubrique de l'information sensible (*classified, sensitive or private information*). Elle oblige surtout les agences à faire des études d'impact (*privacy impact assessment*) et à afficher sur leur site Web le type de données recueillies, l'usage qui en est fait, la question du partage, la nature du consentement requis, de même que la sécurisation des données, le tout en conformité avec les dispositions de la *Privacy Act* de 1974¹¹⁵. Sur le plan chronologique, cette loi de 1974 est à l'origine de la règle *No Disclosure without Consent* (qui compte néanmoins 12 exceptions). Enfin, la loi de 2002 offre de nombreuses dispositions en vue de faciliter la circulation des spécialistes de l'informatique entre les secteurs public et privé, de déterminer des règles relatives aux contrats de type partenariat (*share-in-savings contracts*), ainsi que celles qui sont relatives à l'acquisition des technologies de l'information par les États et les collectivités locales. Enfin, la loi insiste sur la nécessité des protocoles communs pour faciliter l'échange d'information.

Le contenu très détaillé de la loi américaine de 2002 offre un net contraste avec le caractère empirique de l'approche canadienne durant cette période. Malgré l'usure du temps et l'apparition de nouveaux enjeux technologiques, la loi américaine offrait d'emblée un cadre général afin de poser des balises. Sur le plan législatif, le Canada a préféré remédier à certaines lacunes en créant Services partagés Canada (SPC) en 2012¹¹⁶. Même si la formulation de la *Loi sur Services partagés Canada* reste peu explicite quant aux enjeux numériques, les systèmes de technologie de

¹¹⁵ *Privacy Act of 1974*, préc., note 112.

¹¹⁶ *Loi sur Services partagés Canada*, L.C. 2012, c. 19. Pour améliorer et simplifier les services numériques de l'administration fédérale américaine, l'United States Digital Service a été créé le 11 août 2014 au sein du Bureau exécutif de la présidence américaine.

l'information offerts par SPC ont pour objet l'amélioration et l'uniformisation du traitement des données suivant des protocoles communs. La principale mission de SPC reste l'harmonisation du stockage de données pour éviter les problèmes de duplication entre chaque agence, organisme et ministère au niveau fédéral. SPC doit également veiller à la cybersécurité des systèmes et des réseaux au sein des ministères et des organismes fédéraux, ainsi qu'offrir des services infonuagiques¹¹⁷.

Dans le même esprit, le Québec avait créé dès 2005 le Centre de services partagés afin de mettre à la disposition de la population, parmi de nombreux services, « des produits et services en matière de technologie de l'information et de télécommunication et en assurer la gestion et la maintenance¹¹⁸ ». Par le dépôt du projet de loi n° 37 en septembre 2019, le Québec a préféré scinder cette mission générale en créant le Centre d'acquisitions gouvernementales pour l'offre de biens et services, tout en réservant à Infrastructures technologiques Québec un rôle de soutien afin d'assurer la transition numérique des organismes publics¹¹⁹. Ce nouvel organisme permet la concentration et le développement d'une expertise en matière d'infrastructures technologiques¹²⁰, et l'offre de services infonuagiques aux « organismes publics » tels qu'ils sont définis par l'article 2 de la *Loi sur la gouvernance et la gestion des ressources informationnelles des organismes publics et des entreprises du*

¹¹⁷ Cette information est consultable en ligne : < <https://www.canada.ca/fr/services-partages.html> >.

¹¹⁸ *Loi sur le Centre de services partagés du Québec*, RLRQ, c. C-8.1.1., art. 5 (3). La portée de cette loi était restreinte aux organismes publics tels qu'ils sont définis par l'article 7 (annexe 1 de la *Loi sur l'administration financière*, préc., note 24), ainsi qu'aux organismes dont le personnel est nommé suivant la *Loi sur la fonction publique*, RLRQ, c. F-3.1.1.

¹¹⁹ *Loi visant principalement à instituer le Centre d'acquisitions gouvernementales et Infrastructures technologiques Québec*, projet de loi n° 37, (adoptée – 2020), 1^{re} sess., 42^e légis. (Qc); La *Loi sur le Centre de services partagés du Québec* est abrogée depuis.

¹²⁰ À titre comparatif, la France avait créé en 2003 l'Agence pour le développement de l'administration électronique. Dès 2005, elle sera intégrée, au fil de diverses réformes, au sein de l'Administration centrale. Depuis octobre 2019, une direction interministérielle du numérique a été créée en étant toujours rattachée au Secrétariat général du Gouvernement.

*gouvernement*¹²¹. Cette loi a été rédigée de façon à assurer la prépondérance du Conseil du trésor dans la détermination des orientations et des priorités. À titre d'exemple, Infrastructures technologiques Québec peut fournir ses services à toute autre personne ou à toute autre entité désignée par le président du Conseil du trésor¹²². Cette loi énumère néanmoins des missions spécifiques qui concernent la prestation de services aux organismes publics¹²³. Enfin, pour compléter ce tableau législatif, le Québec a suivi l'approche américaine de l'*E-Government Act* en créant, en 2011, la fonction de dirigeant principal de l'information au sein du Secrétariat du Conseil du trésor¹²⁴, de même que celle de dirigeant de l'information pour chaque ministère, et sur autorisation du Conseil du trésor, dans un organisme public¹²⁵.

Comme l'a fait le Québec, l'Ontario a institué un poste de directeur du numérique et des données¹²⁶, ce qui répond à l'exigence minimale de désignation d'un délégué à la protection des données (obligatoire pour toute autorité publique ou tout organisme public) prévue par le RGPD¹²⁷. Ce directeur a la responsabilité d'élaborer des normes relatives aux services numériques et pour les données ouvertes¹²⁸. Dans le cas des services numériques, ces normes « peuvent régir toute question », notamment les exigences liées aux programmes et à la prestation des services, ainsi que les

¹²¹ *Loi sur la gouvernance et la gestion des ressources informationnelles*, préc., note 4.

¹²² *Loi visant principalement à instituer le Centre d'acquisitions gouvernementales et Infrastructures technologiques Québec*, préc., note 3, art. 6 de la loi édictée par l'article 2 de la loi omnibus.

¹²³ *Id.*, art. 4.

¹²⁴ Le dirigeant principal de l'information a son propre site Web : en ligne : < <https://www.tresor.gouv.qc.ca/ressources-informationnelles/dirigeante-principale-de-linformation/> >.

¹²⁵ *Loi sur la gouvernance et la gestion des ressources informationnelles*, préc., note 4, art. 6 et 8.

¹²⁶ *Loi de 2019 pour des services simplifiés, accélérés et améliorés*, préc., note 1, art. 3.

¹²⁷ RGPD, préc., note 25, art. 37-1 a).

¹²⁸ Pour ces normes, le directeur du numérique et des données reste soumis à l'approbation du Conseil de gestion du gouvernement; *Loi de 2019 pour des services simplifiés, accélérés et améliorés*, préc., note 1, art. 4 (1).

exigences ayant pour objet le type de technologies qui peut être utilisé¹²⁹. Ces normes peuvent également viser l'évaluation de l'efficacité de ces services¹³⁰, sans oublier la collecte, la gestion et l'utilisation des données. Le législateur a néanmoins prévu un régime plus spécifique pour les « données ouvertes » qui peuvent être mises à la disposition du public, particulièrement en vue de l'élaboration de conditions relatives à des permis d'utilisation qui peuvent être attribués par un organisme du secteur public¹³¹. Si ces normes sont contraignantes pour les organismes du secteur public, elles échappent néanmoins aux exigences de la *Loi de 2006 sur la législation*¹³², ce qui signifie qu'elles ne sont pas de nature réglementaire. Le directeur doit toutefois les divulguer sur un site Web du gouvernement de l'Ontario¹³³.

Le législateur ontarien a néanmoins prévu d'autres critères qui relèvent directement de la loi, en particulier pour les principes. Pour les organismes publics qui créent et utilisent des services numériques, ces principes insistent sur l'importance des utilisateurs, sur l'évaluation continue, sur la sécurité et la confidentialité des renseignements personnels, ainsi que sur l'utilisation « de plateformes technologiques évolutives, interopérables et réutilisables¹³⁴ ». En ce qui a trait aux données ouvertes, le législateur énumère des principes relatifs à la lisibilité technique, à la gratuité ou à la modération des frais, à l'exactitude ou à l'utilisation commerciale et non commerciale, pour ne donner que quelques exemples. Les organismes publics doivent offrir au directeur du numérique et des données un recensement et une description de leurs données et justifier, le

¹²⁹ *Id.*, art. 4 (2).

¹³⁰ Pour cette dimension, des mécanismes issus de la nouvelle gestion publique seront utilisés aux fins de mesure.

¹³¹ *Loi de 2019 pour des services simplifiés, accélérés et améliorés*, préc., note 1, par. 4 (3) d.

¹³² *Loi de 2006 sur la législation*, L.O. 2006, c.21.

¹³³ Depuis quelques années, des normes relatives aux services numériques ont été élaborées : en ligne : < <https://www.ontario.ca/fr/page/norme-des-services-numeriques> >.

¹³⁴ *Loi de 2019 pour des services simplifiés, accélérés et améliorés*, préc., note 1, art. 5 (1).

cas échéant, la non-divulgation au public¹³⁵. Par commodité pour la suite de notre étude, nous considérerons ces données comme des « données fermées », même si le législateur n'emploie pas cette terminologie.

La loi ontarienne offre l'exemple d'un travail de pondération entre un cadre législatif de portée générale et l'utilisation subséquente de normes qui relèvent de la vaste famille des directives et des lignes directrices. Les autorités fédérales ont adopté une tout autre approche en créant dès 2007 la fonction de dirigeant principal de l'information du gouvernement du Canada et celle de dirigeant principal de l'information à l'échelle ministérielle, par la *Politique sur la gestion des technologies de l'information*¹³⁶. Ces orientations ont été actualisées en 2020 par la *Politique sur les services et le numérique*¹³⁷ et par la directive sur le même sujet¹³⁸. Comme ailleurs, les responsabilités qui incombent au dirigeant principal de l'information dépassent largement la simple protection des renseignements personnels, puisqu'il doit élaborer des « normes pangouvernementales » relatives à l'information et aux données, notamment pour l'utilisation des processus opérationnels de la technologie de l'information et pour la définition des exigences en matière de cybersécurité¹³⁹. La *Politique sur les services et le numérique* vise également l'attribution de responsabilités plus spécifiques pour les administrateurs généraux des ministères et des organismes fédéraux, tout comme elle décrit le rôle de SPC dans l'offre de services numériques aux organismes fédéraux¹⁴⁰ et celui de Services publics et Approvisionnement Canada (SPAC), ministère du gouvernement du Canada. Par son contenu, la *Politique sur les services et le numérique* ressemble à certains égards à une loi, d'autant plus qu'elle offre en annexe 38 définitions qui sont d'un

¹³⁵ *Id.*, art. 6 (1) a.

¹³⁶ SECRÉTARIAT DU CONSEIL DU TRÉSOR DU CANADA, préc., note 8, art. 6.2 et 6.4.

¹³⁷ SECRÉTARIAT DU CONSEIL DU TRÉSOR DU CANADA, *Politique sur les services et le numérique*, préc., note 7.

¹³⁸ SECRÉTARIAT DU CONSEIL DU TRÉSOR DU CANADA, *Directive sur les services et le numérique*, préc., note 7.

¹³⁹ SECRÉTARIAT DU CONSEIL DU TRÉSOR DU CANADA, préc., note 8, art. 4.3 et 4.4.

¹⁴⁰ Services partagés Canada a été institué en 2012 sous forme de ministère : *Loi sur Services partagés Canada*, préc., note 116, art. 4.

grand intérêt pour ce processus de transition numérique¹⁴¹. En contrepartie, la *Directive sur les services et le numérique* a pour objet la désignation d'un dirigeant principal de l'information au sein des ministères et des organismes fédéraux, tels qu'ils sont définis par l'article 2 de la *Loi sur la gestion des finances publiques*¹⁴². Le contenu de cette directive est plus conforme aux finalités reconnues habituellement dans ce type de documents puisqu'elle offre, avec des annexes, des exemples d'utilisation acceptable ou inacceptable des dispositifs¹⁴³ et des réseaux.

En dépit de ces différences dans le choix des instruments, la transition numérique de l'administration publique répond à des objectifs similaires, tant au Québec et en Ontario qu'au niveau fédéral. En priorisant les enjeux relatifs à la répartition des responsabilités et des ressources au sein des organismes publics, les autorités ne semblent pas soucieuses d'inclure des dimensions variées concernant les droits des citoyens et des autres utilisateurs, comme si ce processus de transition était avant tout de nature administrative. La *Directive sur la prise de décision automatisée* constitue néanmoins une exception. Conçue de façon à « réduire les risques pour les Canadiens et les institutions fédérales », elle impose une évaluation de l'incidence algorithmique avant la production de tout système décisionnel automatisé, ainsi que des obligations en matière de transparence¹⁴⁴.

¹⁴¹ À titre comparatif, le SECRÉTARIAT DU CONSEIL DU TRÉSOR DU CANADA, préc., note 8, présente une politique qui ne contient que dix définitions.

¹⁴² La *Loi sur la gestion des finances publiques*, préc., note 60, art. 2, comporte, outre la liste des ministères fédéraux qui figure à l'annexe I, l'énumération des organismes fédéraux à l'annexe I.1.

¹⁴³ Le SECRÉTARIAT DU CONSEIL DU TRÉSOR DU CANADA, *Politique sur les services et le numérique*, préc., note 7, (définitions), précise que les « dispositifs » sont l'ensemble des outils électroniques, notamment tous les types d'ordinateurs, les blocs-notes et les tablettes électroniques, les téléphones cellulaires, les appareils périphériques (les imprimantes, les numériseurs, les outils qui servent à l'entreposage d'information, les lecteurs de CD et de DVD, les caméras Web), ainsi que tout autre type de matériel informatique.

¹⁴⁴ *Directive sur la prise de décision automatisée*, préc., note 7, art. 6.1 et 6.2. Cette directive est commentée plus loin dans ce texte.

Par le dépôt du projet de loi n° 64 en juin 2020, afin d'introduire des modifications substantielles en matière de protection des renseignements personnels, le Québec s'oriente vers une rupture en matière de transition numérique¹⁴⁵. La protection du public constitue désormais une priorité. Si ce projet de loi devait se traduire éventuellement par une nouvelle législation, le Québec se rapprocherait ainsi de ce qui a été fait par les Américains et les Européens.

II. Les enjeux liés à la protection des données

Afin de mieux comprendre la nature des changements contenus dans le projet de loi n° 64, nous estimons qu'un recul est indispensable, car il n'y a rien de comparable ailleurs au Canada. Du côté du droit européen, le RGPD offre un ensemble de droits et de garanties qui ne touchent pas précisément les administrations publiques. De façon générale, il a été conçu de façon à assurer, à titre de droit fondamental, la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel¹⁴⁶. La libre circulation des données à caractère personnel n'est pas interdite ni limitée par le RGPD. Certaines exceptions sont prévues, notamment pour le travail des autorités compétentes aux fins de prévention et de détection des infractions pénales. Parmi les définitions qui figurent à son article 4, celles qui concernent les « données à caractère personnel », le « traitement », le « profilage » et les « données biométriques » sont d'un grand intérêt pour évaluer des enjeux liés à la transition numérique des administrations publiques. Si le traitement de données sensibles est interdit sur le plan des principes, le RGPD prévoit tout de même plusieurs exceptions susceptibles de rejoindre les activités des administrations publiques, en particulier dans le domaine de la santé¹⁴⁷. À la lumière de la pandémie de COVID-19, le traitement de données personnelles peut se révéler « nécessaire pour des motifs d'intérêt public dans le domaine de la santé publique¹⁴⁸ ».

¹⁴⁵ *Loi modernisant des dispositions législatives en matière de protection des renseignements personnels*, projet de loi n° 64 (étude détaillée – 21 avril 2021), 1^{re} sess., 42^e légis. (Qc) (ci-après « projet de loi n° 64 »).

¹⁴⁶ RGPD, préc., note 25, premier considérant.

¹⁴⁷ *Id.*, art. 9 (2).

¹⁴⁸ *Id.*, art. 9 (2) i.

À titre préliminaire, il n'est pas réaliste de proposer une étude détaillée et exhaustive du RGPD dans le but de tenir compte de la spécificité des administrations publiques. Malgré cette limite, la formulation de quelques dispositions montre que cette spécificité a été prise en considération. Ainsi pour le droit à l'effacement des données (« droit à l'oubli »), le RGPD contient des exceptions pour assurer le respect d'une obligation légale requise « pour exécuter une mission d'intérêt public ou relevant de l'exercice de l'autorité publique dont est investi le responsable du traitement » de données à caractère personnel¹⁴⁹. Une ligne de partage se profile dans la mesure où l'intérêt public requiert des exceptions. En revanche, si l'État est engagé dans des activités de nature industrielle et commerciale par le recours à des entreprises publiques, cette spécificité devient moins évidente. L'interdiction du « profilage » par l'article 22 en est un exemple. Compte tenu de la définition qui en est donnée à l'article 5¹⁵⁰, des pratiques devenues courantes pourraient, *a priori* et en apparence, se voir interdites si, par hypothèse de travail, le RGPD était directement applicable en droit canadien. Par exemple, la Société des alcools du Québec offre à sa clientèle une carte de fidélité qui permet d'accumuler des points, mais qui facilite également, grâce à la pratique de l'historique des achats antérieurs, la présentation d'offres personnalisées. Ce type de profilage est très répandu pour les achats en ligne chez les géants du numérique, aussi appelés « GAFA¹⁵¹ », qui peuvent offrir notamment des livres et des produits culturels susceptibles de répondre aux préférences personnelles des utilisateurs, selon les données induites par l'historique des acquisitions

¹⁴⁹ *Id.*, art. 17 (3) b.

¹⁵⁰ *Id.*, art. 5, où le « profilage » est ainsi défini :

Toute forme de traitement automatisé de données à caractère personnel consistant à utiliser ces données à caractère personnel pour évaluer certains aspects personnels relatifs à une personne physique, notamment pour analyser ou prédire des éléments concernant le rendement au travail, la situation économique, la santé, les préférences personnelles, les intérêts, la fiabilité, le comportement, la localisation ou les déplacements de cette personne physique.

¹⁵¹ GAFA est un acronyme qui permet de rassembler sous la même bannière quatre géants du WEB : Google, Apple, Facebook et Amazon. Cet acronyme sert également à englober d'autres grands acteurs du numérique : Microsoft, Yahoo, LinkedIn et Twitter.

antérieures¹⁵². D'après la formulation de l'article 22 du RGPD, deux conditions doivent néanmoins être réunies : le traitement de l'information est exclusivement automatisé et produit des effets juridiques sur la personne visée¹⁵³. Selon les exemples que nous avons énumérés, le simple profilage destiné à la promotion de produits échappe ainsi à l'application du RGPD. Une législation nationale pourrait cependant proscrire le profilage à des fins publicitaires, comme le montre le cas de l'Espagne qui a modifié en 2018 sa législation antérieure à la lumière du contenu général du RGPD¹⁵⁴.

En droit canadien, l'existence de législations propres aux secteurs public et privé en matière de protection de la vie privée et d'accès à l'information illustre le fait que le législateur a tenu compte de la spécificité des administrations publiques¹⁵⁵. En revanche, de manière plus générale, l'évolution du droit administratif traduit une ligne de partage inégale et poreuse entre l'application du régime général de droit commun par rapport à l'utilisation de règles précises issues du droit public. Ces dernières ont néanmoins la priorité dans la détermination du droit applicable. Dans un

¹⁵² Ce profilage repose sur l'analyse du comportement de l'utilisateur, notamment par l'usage de cookies : Sarit MIZRAHI, *The Legal Implications of Internet Marketing: Exploiting the Digital Marketplace within the Boundaries of the Law*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2015, p. 11.

¹⁵³ Anne DANIS-FATÔME, « Décisions automatisées et profilage », dans Alexandra BENSAMOUN et Brunessen BERTRAND (dir.), *Le règlement général sur la protection des données. Aspects institutionnels et matériels*, Paris, Éditions Mare et Martin, 2020, p. 198.

¹⁵⁴ *Ley Organica 3/2018, de 5 de diciembre, de Proteccion de Datos Personales y garantia de los derechos digitales* (Loi organique de protection des données à caractère personnel et des droits numériques), BOE-A-2018-16673, art. 23 (Sistemas de exclusion publicitaria), en ligne : < <https://www.boe.es/buscar/pdf/2018/BOE-A-2018-16673-consolidado.pdf> >.

¹⁵⁵ En droit fédéral, la Loi sur l'accès à l'information, L.R.C. 1985, c. A-1, et la Loi sur la protection des renseignements personnels, L.R.C. 1985, c. P-21, visent l'administration fédérale, par opposition à la première partie de la *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques*, préc., note 9, qui vise le secteur privé. Le Québec offre la même ligne de partage avec la *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels*, préc., note 24, par opposition à la *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé*, RLRQ, c. P-39.1.

arrêt unanime qui remonte à 2004, la Cour suprême du Canada a tenu à rappeler, à propos de la formulation de l'article 1376 du *Code civil du Québec*, que « la prudence du législateur reflète la spécificité de l'administration publique, ainsi que la diversité et la complexité des tâches qui lui sont dévolues¹⁵⁶ ». En dépit du fait que des organismes publics peuvent se trouver dans une situation comparable ou analogue à celle d'autres organisations pour le recours à l'infonuagique ou l'utilisation des algorithmes, le cadre juridique peut différer substantiellement en raison des dimensions de droit administratif et de droit public général.

A) La confidentialité des renseignements personnels

L'analyse de ces enjeux reste tributaire du contenu des lois de transition numérique ainsi que des lois relatives à la protection de la vie privée et des données personnelles. La pondération de ces deux types de législation peut être déterminante pour mettre en relief la qualité du cadre juridique offert à la population ou, à l'inverse, montrer des lacunes qui ne sont que trop évidentes. Ce dispositif suppose l'harmonisation d'une ou, le cas échéant, de plusieurs lois relatives à la transition numérique avec le contenu des lois sur la protection de la vie privée qui remontent dans l'ensemble, à quelques exceptions près, aux années 70 et 80.

À titre d'exemple, l'approche américaine montre que l'*E-Government Act* de 2002 a été rédigée de façon à raffermir et à inclure les dispositions de la *Privacy Act* de 1974¹⁵⁷, même si certaines parties de la loi de 2002 visent la protection de la confidentialité sans lien explicite avec la loi de 1974¹⁵⁸. L'approche retenue par le Québec ne montre pas ce type de

¹⁵⁶ Comme il est question d'une poursuite en responsabilité civile dirigée contre un organisme public, la « Cour reconnaît que des principes généraux ou des règles de droit public spécifiques peuvent soit faire obstacle à toute application du régime général de responsabilité civile, soit en modifier substantiellement les règles de fonctionnement » : *Finney c. Barreau du Québec*, 2004 CSC 36, par. 27.

¹⁵⁷ À titre d'exemple, dans l'élaboration des politiques relatives à la confidentialité qui sont consultables sur leur site Web, les agences fédérales doivent impérativement tenir compte des exigences de la *Privacy Act*, préc., note 112.

¹⁵⁸ Dans cette perspective, le titre V a pour objet la protection de l'information de nature confidentielle récoltée à des fins statistiques : *E-Government Act of 2002*,

lien, bien que cette situation puisse évoluer. Dans la situation actuelle, avant le dépôt du projet de loi n° 64¹⁵⁹, les autorités ou les organismes chargés de la transition numérique ont la responsabilité générale de veiller à la confidentialité des données, parfois sans trop de précisions. Infrastructures technologiques Québec doit ainsi « veiller au respect des normes propres à assurer l'intégrité, la confidentialité et l'accessibilité de l'information des organismes publics qu'il détient notamment par la mise en place de mesures de sécurité¹⁶⁰ ». Dans la loi de 2019, les renseignements personnels servant à la réalisation d'un projet en ressources informationnelles d'intérêt gouvernemental ne peuvent être utilisés que dans ce but par l'organisme public, avec des mesures de sécurité propres à assurer leur protection¹⁶¹. Le gouvernement peut également édicter des règles particulières de protection des renseignements personnels s'il « existe un degré élevé d'attente raisonnable en matière de vie privée », sous réserve des exigences déjà prévues dans une loi ou un règlement¹⁶². Dans la loi de 2011, c'est le Conseil du trésor qui peut, le cas échéant, « prendre une directive » afin de « prévoir des règles pour assurer la sécurité des ressources informationnelles, y compris la protection des renseignements personnels et des autres renseignements qui ont un caractère confidentiel »¹⁶³. En contrepartie, selon la formulation retenue par le législateur, le rôle du dirigeant principal de l'information et des dirigeants de l'information serait davantage orienté vers l'élaboration d'une « vision globale¹⁶⁴ » aux fins de « transformation organisationnelle¹⁶⁵ » pour chaque organisme public tel

préc., note 103 (« Confidential Information Protection and Statistical Efficiency »).

¹⁵⁹ *Loi modernisant des dispositions législatives en matière de protection des renseignements personnels*, préc., note 145.

¹⁶⁰ *Loi visant principalement à instituer le Centre d'acquisitions gouvernementales et Infrastructures technologiques Québec*, préc., note 3, art. 4 (5) de la loi édictée par l'article 2 de la loi omnibus.

¹⁶¹ *Loi favorisant la transition numérique de l'administration publique*, préc., note 2, art. 4.

¹⁶² *Id.*, art. 6.

¹⁶³ *Loi sur la gouvernance et la gestion des ressources informationnelles*, préc., note 4, art. 20 al. 2 (1).

¹⁶⁴ *Id.*, art. 7 (0.1).

¹⁶⁵ *Id.*, art. 10.1 al. 1 (2).

qu'il est défini par l'article 2 de la loi de 2011. Leur rôle respectif est en fait précisé dans la *Directive sur la sécurité de l'information gouvernementale* adoptée en 2014¹⁶⁶. Outre le dépôt de rapports annuels ou bisannuels auprès du Conseil du trésor, le dirigeant principal de l'information doit proposer un cadre gouvernemental de gestion de la sécurité, ainsi qu'un cadre de gestion des risques et une approche stratégique triennale¹⁶⁷. De plus, il est responsable de l'application des politiques et des directives qui découlent de la mise en œuvre de la loi¹⁶⁸.

L'esprit général de ces réformes montre la prépondérance des impératifs de sécurité, de ressources organisationnelles, de partage des responsabilités entre unités administratives, de même que l'importance de l'efficacité et de l'efficacités en vue de l'amélioration et de l'optimisation des coûts d'exploitation. La transition numérique restant ainsi orientée vers le fonctionnement des administrations publiques, ce qui pouvait relever de l'évidence montrait, en réalité, un déséquilibre au profit des impératifs de gestion. La simple comparaison avec l'*E-government Act* et le RGPD permet de recentrer l'analyse sur les droits des usagers (citoyens,

¹⁶⁶ CONSEIL DU TRÉSOR DU QUÉBEC, *Directive sur la sécurité de l'information gouvernementale*, 2014, en ligne : < <https://www.tresor.gouv.qc.ca/ressources-informationnelles/securete-de-linformation/directive-sur-la-securete-de-linformation-gouvernementale/> >.

¹⁶⁷ *Id.*, art. 6. Dès 2014, les instruments prévus par cette directive étaient consultables sur le Web : CONSEIL DU TRÉSOR DU QUÉBEC, *Cadre gouvernemental de gestion*, 2014, en ligne : < https://www.tresor.gouv.qc.ca/fileadmin/PDF/ressources_informationnelles/directives/cadre_gestion_securete_information.pdf >; CONSEIL DU TRÉSOR DU QUÉBEC, *Cadre de gestion des risques et des incidents à portée gouvernementale en sécurité de l'information*, 2014, en ligne : < https://www.tresor.gouv.qc.ca/fileadmin/PDF/ressources_informationnelles/directives/cadre_gestion_risques_incidents.pdf >; CONSEIL DU TRÉSOR DU QUÉBEC, *Approche stratégique gouvernementale en sécurité de l'information 2014-2017*, en ligne : < https://www.tresor.gouv.qc.ca/fileadmin/PDF/ressources_informationnelles/directives/approche_strategique_gouvernementale.pdf >. Compte tenu de la création d'Infrastructures technologiques Québec et de l'abolition du Centre de services partagés du Québec en 2020, ces instruments seront, selon toute vraisemblance, modifiés.

¹⁶⁸ *Loi sur la gouvernance et la gestion des ressources informationnelles*, préc., note 4, art. 7 (1).

organisations et entreprises). Outre la question du consentement requis sur la page Web des organismes fédéraux afin d'obtenir des renseignements de la part des individus, la loi américaine soulève explicitement, par le contenu exigé pour la réalisation des études d'impact, les enjeux liés à la nature de l'information recueillie et l'utilisation qui en est faite¹⁶⁹. En réalité, les agences doivent, afin de clarifier ces enjeux, élaborer des politiques de confidentialité (*privacy policies*) et les inclure dans leur site Web¹⁷⁰.

Grâce au dépôt du projet de loi n° 64, la législation québécoise sera relativement similaire, sous réserve de quelques nuances, pour l'affichage électronique des organismes publics. Avant d'en mesurer la portée, nous croyons utile de revoir le contenu du droit actuel (à jour en 2020; 2020-2021). Les exigences législatives en matière de collecte de renseignements personnels offrent quelques balises. Hormis les renseignements personnels ayant un caractère public (généralement les nom et adresse des titulaires de permis et de ceux qui bénéficient d'un avantage économique conféré par un organisme public) qui peuvent être divulgués¹⁷¹, l'information ainsi obtenue demeure confidentielle, sauf si la personne visée consent à sa divulgation¹⁷², et sous réserve des exceptions prévues par la loi¹⁷³. Pour l'utilisation et la conservation des renseignements plus sensibles¹⁷⁴, la législation québécoise reste contraignante, car « un renseignement personnel ne peut être utilisé au sein d'un organisme public qu'aux fins pour lesquelles il a été recueilli¹⁷⁵ »;

¹⁶⁹ *E-Government Act of 2002*, préc., note 103, art. 208.

¹⁷⁰ Sous la rubrique « Privacy Policies on Websites », l'article 208 oblige les agences fédérales à tenir compte des exigences de l'article 552a de la *Privacy Act of 1978*, préc., note 112 : « What information is to be collected, why., with whom the information will be shared, how the information will be secured. »

¹⁷¹ *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels*, préc., note 24, art. 55 et 57; un organisme public peut néanmoins refuser l'accès à ces renseignements, ou en restreindre l'accès, s'il est convaincu, pour des motifs raisonnables, qu'ils seront utilisés à des fins illégitimes (art. 55 al. 2).

¹⁷² *Id.*, art. 53 (1).

¹⁷³ *Id.*, art. 59 et 59.1.

¹⁷⁴ À titre d'exemple : PORTAIL SANTÉ QUÉBEC, en ligne : < <http://sante.gouv.qc.ca> >.

¹⁷⁵ *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels*, préc., note 24, art. 65.1

on compte néanmoins des exceptions, notamment lorsque la communication est nécessaire à l'application d'une loi, d'une convention collective ou d'un texte contraignant relatif à des conditions de travail et pour l'exécution d'un contrat de service¹⁷⁶. L'harmonisation de ces exigences avec les nouveaux objectifs de la loi de 2019 sur la transition numérique n'était pas chose facile. En vertu de l'article 3 de cette loi, un organisme public désigné par le gouvernement peut transmettre « à toute personne ou à tout organisme les renseignements personnels qu'il détient dès lors que cette utilisation ou cette communication est nécessaire à la réalisation d'un projet en ressources informationnelles d'intérêt gouvernemental¹⁷⁷ ». Les modalités d'application peuvent être précisées par décret dans un contexte où cet article peut être appliqué malgré toute disposition inconciliable d'une loi. Même si la Commission d'accès peut donner son avis sur ce type de projet (art. 8), des renseignements personnels peuvent ainsi servir à des finalités autres que celles qui ont été prévues initialement pour un seul organisme, et ce, afin de passer à l'étape subséquente du partage de données entre plusieurs organismes. Dans la *Stratégie de transformation numérique*, le Québec étudie l'implantation d'un système d'accès unique (*Accès UniQc*)¹⁷⁸. Dans cette stratégie, les autorités québécoises avaient manifesté leur volonté de modifier la *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels* afin de permettre cet accès unique¹⁷⁹.

Les modifications offertes par le projet de loi n° 64 priorisent le consentement et la transparence. Le chapitre 3 (« Protection des renseignements personnels ») de la *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels* sera modifié de façon à assurer un consentement libre, manifeste, éclairé et à des

¹⁷⁶ *Id.*, art. 65.1-67.2.

¹⁷⁷ *Loi favorisant la transformation numérique de l'administration publique*, préc., note 2, art. 3 al. 1.

¹⁷⁸ SECRÉTARIAT DU CONSEIL DU TRÉSOR DU QUÉBEC, préc., note 12, p. 15 et 16.

¹⁷⁹ *Id.*, p. 20 et 21.

fins spécifiques en matière de divulgation de renseignements personnels¹⁸⁰. L'influence de l'*E-Government Act* de 2002¹⁸¹ est ici manifeste avec une nouvelle série de dispositions relatives à la collecte et à l'utilisation des renseignements personnels. Les organismes publics auront la responsabilité de publier sur leur site Web des règles de gouvernance concernant les renseignements personnels et une « politique de confidentialité rédigée en termes simples et clairs¹⁸² ». En contrepartie, l'influence européenne est visible avec une nouvelle disposition qui porte sur le profilage. C'est une grande innovation : les organismes publics auront désormais l'obligation d'informer les personnes visées qu'ils utiliseront des technologies comprenant des fonctions susceptibles de les identifier, de les localiser ou d'effectuer du profilage, ce dernier étant expressément défini par le projet de loi n° 64¹⁸³. Cette approche correspond à celle du RGPD dans la mesure où le profilage aux fins d'un processus décisionnel est autorisé si le consentement explicite de la personne visée a été donné¹⁸⁴. La formulation de la loi québécoise se révèle plus générale, car elle ne vise pas de façon précise un processus décisionnel.

Dans le projet de loi n° 64, les organismes publics auront également l'obligation de procéder à des évaluations des facteurs liés à la vie privée pour tout système électronique de services impliquant le traitement de renseignements personnels. Sur ce point, la *Loi d'accès aux documents des*

¹⁸⁰ Projet de loi n° 64, préc., note 145, art. 9 (ajout de l'article 53.1 à la *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels*, préc., note 24).

¹⁸¹ *E-Government Act of 2002*, préc., note 103.

¹⁸² Projet de loi, n° 64, préc., note 145, art. 14 (ajout des articles 63.3 et suivants à la *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels*, préc., note 24).

¹⁸³ « Le profilage s'entend de la collecte et de l'utilisation de renseignements personnels afin d'évaluer certaines caractéristiques d'une personne physique, notamment à des fins d'analyse de rendement au travail, de la situation économique, de la santé, des préférences personnelles, des intérêts ou du comportement de cette personne » : projet de loi n° 64, préc., note 145, art. 18 (ajout de l'article 65.0.1 à la *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels*, préc., note 24).

¹⁸⁴ RGPD, préc., note 25, art. 22.

organismes publics et sur la protection des renseignements personnels sera modifiée de façon à mieux encadrer l'utilisation des renseignements personnels concernant la divulgation¹⁸⁵. À l'heure actuelle, l'anonymisation de données sensibles est permise aux fins d'étude, de recherche ou de production de statistique. Des conditions précises sont énumérées pour la divulgation de renseignements personnels sans le consentement des personnes visées, notamment pour la recherche ou la production de statistiques dans la perspective du respect d'un protocole de recherche¹⁸⁶. Une disposition novatrice est prévue pour la communication des renseignements personnels à l'extérieur du Québec. Les organismes publics devront dès lors tenir compte du degré d'équivalence du régime juridique applicable dans l'État où le renseignement serait communiqué par rapport aux principes de protection applicables au Québec¹⁸⁷. Les autorités n'ont pas renoncé au partage de renseignements personnels entre plusieurs organismes. Le gouvernement peut ainsi désigner, après consultation de la Commission d'accès à l'information, un ou plusieurs organismes afin d'exercer la fonction de « gestionnaire de renseignements personnels » suivant un cadre général déterminé par la loi¹⁸⁸. Cependant, cette fonction ne doit pas être confondue avec celle de dirigeant principal de l'information qui découle de la loi de 2011¹⁸⁹.

¹⁸⁵ L'actuel article 65.1 sera bonifié pour prévoir le consentement explicite des personnes visées : *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels*, préc., note 24.

¹⁸⁶ La *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels*, préc., note 24, sera modifiée par l'ajout des articles 67.2.1 à 67.2.3 qui visent expressément la recherche et la production de statistiques.

¹⁸⁷ Projet de loi n° 64, préc., note 145, art. 27 (remplacement de l'article 70.1 de la *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels*, préc., note 24).

¹⁸⁸ La *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels*, préc., note 24, est modifiée par l'ajout des articles 70.3 à 70.7.

¹⁸⁹ *Loi sur la gouvernance et la gestion des ressources informationnelles*, préc., note 4, art. 6 et 7.

Ce nouveau cadre juridique, encore en gestation, pourrait être pris en considération dans le contexte des moyens envisagés afin de remédier à la propagation de la COVID-19. Bien avant que les autorités québécoises instaurent en septembre 2020 l'application Alerte COVID, le projet d'application StopCovid était en voie d'expérimentation du côté européen, comme le montre l'exemple de la France¹⁹⁰. Interpellée sur ce projet, la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) avait rendu un avis le 24 avril 2020¹⁹¹. Il est utile de rappeler que StopCovid est une application française de suivi de contacts dont la seule utilité consiste à informer les personnes qui l'ont installée sur leur téléphone intelligent qu'elles se trouvent à proximité d'une personne ayant le même dispositif et qui aurait reçu un diagnostic de COVID-19. Ce n'est donc pas une application de géolocalisation qui permettrait de repérer et de suivre en temps réel les personnes ayant obtenu un résultat positif à la COVID-19. Dans le contexte du droit européen, l'application StopCovid implique toutefois un traitement de données à caractère personnel à la lumière des dispositions du RGPD¹⁹². À première vue, il serait possible d'argumenter que les données ainsi collectées ne relèvent pas du contrôle d'une administration publique. En dépit des apparences, ce scénario ne peut être éludé, car l'application StopCovid est une construction à deux étages qui implique l'utilisation d'une application mobile installée sur le téléphone intelligent (*smartphone*), ainsi qu'un serveur central aux fins de compilation de données pseudonymisées. La reconnaissance de la personne infectée par ce serveur central reste néanmoins requise afin de l'informer. Dans son avis, la CNIL a tracé des lignes rouges, notamment pour que l'utilisation de l'application StopCovid reste volontaire, et ne puisse pas devenir un outil de surveillance¹⁹³.

¹⁹⁰ *Supra*, note 33.

¹⁹¹ COMMISSION NATIONALE DE L'INFORMATIQUE ET DES LIBERTÉS, *Délibération n° 2020-046 du 24 avril 2020 portant avis sur un projet d'application mobile dénommée « StopCovid »*, en ligne : < https://www.cnil.fr/sites/default/files/atoms/files/deliberation_du_24_avril_2020_portant_avis_sur_un_projet_d_application_mobile_stopcovid.pdf >.

¹⁹² Les « données à caractère personnel » font l'objet d'une définition à l'article 4 du RGPD, préc., note 25.

¹⁹³ Pour un commentaire sur cet avis, voir Olivia TAMBOU, « Que retenir de l'avis de la CNIL sur le projet d'application mobile ' StopCovid ' », *Le Club des juristes*,

Compte tenu des enjeux sanitaires, l'intervention d'une autorité publique est requise afin d'autoriser l'implantation de ce type d'application. Au Québec, cette autorité est en principe le directeur national de la santé publique, et le ministre de la Santé et des Services sociaux¹⁹⁴, sous réserve des positions que peuvent exprimer le premier ministre et l'Assemblée nationale. La nécessité d'un fondement juridique explicite et précis ne peut être éludée¹⁹⁵. Au printemps 2020, un projet à l'étude avait pour objet de confier aux universités l'hébergement des serveurs de gestion de l'application StopCovid afin d'éviter le partage d'information avec les autorités gouvernementales¹⁹⁶. Comme il était question d'un projet en ressource informationnelle, les universités pouvaient agir sur le fondement de lois préexistantes¹⁹⁷.

La Commission des institutions de l'Assemblée nationale avait recommandé, en août 2020, d'éviter d'utiliser ce type d'application de traçage dans le cas des personnes infectées par la COVID-19¹⁹⁸. Pour les dimensions juridiques, la Commission des institutions aurait bénéficié d'un autre éclairage si le contenu du projet de loi n° 64 avait franchi toutes les étapes en vue de devenir la législation applicable. Concernant l'utilisation de technologies de localisation et de profilage, ce projet de loi prévoit que les personnes visées doivent en être informées, notamment afin de les prévenir « des moyens offerts, le cas échéant, pour désactiver les fonctions

Blog du coronavirus, 29 avril 2020, en ligne : < <https://www.leclubdesjuristes.com/blog-du-coronavirus/que-dit-le-droit/que-retenir-de-lavis-de-la-cnll-sur-le-projet-dapplication-mobile-stopcovid/> >.

¹⁹⁴ *Loi sur la santé publique*, RLRQ, c. S-2.2, art. 2 et 34.

¹⁹⁵ Plusieurs dispositions de la *Loi sur la santé publique*, préc., note 194, confèrent de vastes pouvoirs aux autorités de la santé, notamment les articles 55 et 56.

¹⁹⁶ Tristan PÉLOQUIN, « Application de traçage : le projet québécois prend forme », *La Presse*, 20 mai 2020, en ligne : < <https://www.lapresse.ca/covid-19/2020-05-10/application-de-tracage-le-projet-quebecois-prend-forme> >.

¹⁹⁷ *Loi favorisant la transformation numérique de l'administration publique*, préc., note 2, art. 2 et 3; *Loi sur la gouvernance et la gestion des ressources informationnelles*, préc., note 4, art. 2 (organismes publics).

¹⁹⁸ *Supra*, note 36.

permettant d'identifier, de localiser ou d'effectuer un profilage¹⁹⁹ ». En l'absence de loi spécifique pour autoriser ce type de moyen, le Québec n'en a pas moins pris la décision d'utiliser l'application Alerte COVID élaborée par les autorités fédérales²⁰⁰. La prudence demeure de rigueur, car cette application ne repose pas sur des données nominatives et de la géolocalisation²⁰¹. Cette dernière reste interdite, à moins que la loi ne le prévoit expressément, en particulier dans le domaine de la santé et de la sécurité²⁰².

B) Le recours à l'infonuagique publique

Pour réaliser le partage d'information entre l'ensemble des organismes publics, le recours à l'infonuagique est en plein essor dans les administrations publiques. Si le Québec a manifesté en 2019 l'intention d'amorcer un virage vers l'infonuagique²⁰³, les autorités fédérales, quant à elles, avaient élaboré en 2016 la *Stratégie d'adoption de l'informatique en nuage du gouvernement*²⁰⁴. En fait, dès 2007, l'utilisation des services d'informatique en nuage avait été priorisée²⁰⁵. Les modèles de services

¹⁹⁹ Projet de loi n° 64, préc., note 145, art. 18 (ajout de l'article 65.0.1 à la *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels*, préc., note 24).

²⁰⁰ *Supra*, note 37.

²⁰¹ GOUVERNEMENT DU CANADA, « Comment l'appli Alerte Covid fonctionne », 2020, en ligne : < <https://www.canada.ca/fr/sante-publique/services/video/alerte-covid.html> >.

²⁰² « À moins que la loi le prévoie expressément en vue de protéger la santé des personnes ou la sécurité publique, nul ne peut exiger qu'une personne soit liée à un dispositif qui permet de savoir où elle se trouve » : *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*, préc., note 5, art. 43 al. 2.

²⁰³ SECRÉTARIAT DU CONSEIL DU TRÉSOR DU QUÉBEC, préc., note 12, n° 12 (« Lancer le programme d'adoption de l'infonuagique »).

²⁰⁴ SECRÉTARIAT DU CONSEIL DU TRÉSOR DU CANADA, *Stratégie d'adoption de l'informatique en nuage du gouvernement du Canada : mise à jour de 2018*, Ottawa, 2018, en ligne : < <https://www.canada.ca/fr/gouvernement/systeme/gouvernement-numerique/innovations-gouvernementales-numeriques/services-informatique-nuage/strategie-adoption-information-nuage-gouvernement-canada.html> >

²⁰⁵ SECRÉTARIAT DU CONSEIL DU TRÉSOR DU CANADA, préc., note 8, art. 6.2.6.

offerts en infonuagique peuvent varier substantiellement selon la mise à disposition d'un réseau qui permette d'éliminer l'utilisation de logiciels dans des ordinateurs locaux par opposition à un modèle plus répandu, où les utilisateurs achètent de l'espace de stockage dans le nuage en fonction de leur consommation²⁰⁶. Ce « nuage public » se trouve à l'extérieur de l'organisation et offre la possibilité de partager la même infrastructure de logiciels avec d'autres utilisateurs ou organismes²⁰⁷. Les organismes publics peuvent ainsi transmettre des données à des sociétés privées, à des organismes sans but lucratif et à des particuliers. En contrepartie, le nuage privé offre au gouvernement du Canada la possibilité d'être le seul utilisateur. En 2007, toutes les données électroniques sous contrôle des autorités fédérales (avec divers types de classement, notamment « Protégé B », « Protégé C » ou classifiées selon le niveau de secret²⁰⁸) devaient être stockées dans une installation informatique approuvée par le gouvernement du Canada et située à l'intérieur des frontières géographiques du pays (ou dans une mission diplomatique ou consulaire canadienne à l'étranger)²⁰⁹. Si, d'un point de vue factuel et matériel, les données se trouvent au Canada, elles sont assujetties aux lois canadiennes sur la protection des renseignements personnels.

Dans un contexte où le nuage public devient « l'option privilégiée pour la prestation de services de la [technologie de l'information]²¹⁰ », le gouvernement du Canada a diffusé un livre blanc intitulé *Souveraineté des*

²⁰⁶ CENTRE CANADIEN POUR LA CYBERSÉCURITÉ, « Infonuagique : les types », 10 janvier 2019, en ligne : < <https://cyber.gc.ca/fr/infonuagique-les-types> >.

²⁰⁷ W. Kuan HON et Christopher MILLARD, « Cloud Technologies and Services », dans Christopher MILLARD (dir.), *Cloud Computing Law*, New York, Oxford University Press, 2013, p. 4 (catégories de services).

²⁰⁸ Les cotes utilisées par les autorités fédérales sont « Protégé A, B et C, ainsi que Confidentiel, Secret et Très secret » : TRAVAUX PUBLICS ET SERVICES GOUVERNEMENTAUX CANADA, *Niveaux de sécurité s'appliquant aux renseignements et aux biens de nature délicate du gouvernement*, en ligne : < www.tpsgc-pwgsc.gc.ca >.

²⁰⁹ SECRÉTARIAT DU CONSEIL DU TRÉSOR DU CANADA, préc., note 8, art. 6.2.7.

²¹⁰ SECRÉTARIAT DU CONSEIL DU TRÉSOR DU CANADA, préc., note 204 (« Introduction »).

données et nuage public en 2018²¹¹. Dans ce document, le Conseil du Trésor évalue les risques que pose le recours à des fournisseurs de services d'informatique en nuage (FSIN) qui sont des organisations à grande échelle dont les activités permettent une diffusion mondiale. *A priori*, cette déterritorialisation dans le nuage ne permettrait pas au Canada de conserver la pleine souveraineté de ses propres données puisqu'un FSIN peut être assujéti à la législation d'un autre pays avec des contraintes de divulgation. Afin de remédier à ce problème, le gouvernement du Canada a publié en 2017 l'*Orientation relative à la résidence des données électroniques*²¹². Ce texte oblige les ministères et les organismes fédéraux à chiffrer toutes les données électroniques du gouvernement du Canada lorsqu'elles sont transmises hors des zones de travail et des zones de sécurité du pays²¹³. Selon le livre blanc de 2018, le risque principal pour la souveraineté des données serait du côté américain compte tenu de la portée de la *Foreign Intelligence Surveillance Act* de 1978 (avec modifications subséquentes) qui permet aux autorités américaines, notamment la Central Intelligence Agency (CIA), de faire de la surveillance électronique afin de collecter des informations (*foreign intelligence information*) en provenance de puissances étrangères suspectées d'espionnage ou de terrorisme²¹⁴. En réalité, la plus grande menace découle de l'entrée en vigueur de la *CLOUD*

²¹¹ SECRÉTARIAT DU CONSEIL DU TRÉSOR DU CANADA, *Livre blanc du Gouvernement du Canada : Souveraineté des données et nuage public*, Ottawa, 2018, en ligne : < <https://www.canada.ca/fr/gouvernement/systeme/gouvernement-numerique/innovations-gouvernementales-numeriques/services-informatique-nuage/gc-livre-blanc-souverainete-donnees-nuage-public.html> > (ci-après « livre blanc »).

²¹² SECRÉTARIAT DU CONSEIL DU TRÉSOR DU CANADA, *Orientation relative à la résidence des données électroniques*, Ottawa, 2017, en ligne : < <https://www.canada.ca/fr/gouvernement/systeme/gouvernement-numerique/innovations-gouvernementales-numeriques/services-informatique-nuage/orientation-relative-residence-donnees-electroniques.html> >

²¹³ *Id.* : « Les données électroniques des catégories ' Protégé B ' et ' Protégé C ' sont des données qui, lorsqu'elles sont compromises, pourraient entraîner un préjudice grave ou extrêmement grave à une personne, à une organisation ou au gouvernement. »

²¹⁴ *Foreign Intelligence Surveillance Act of 1978*, Pub. L. No. 95-511, 92 Stat. 1783 (1978); 50 U.S.C. § 36.

Act le 28 mars 2018²¹⁵, car cette loi permet dorénavant aux autorités américaines, en particulier au Federal Bureau of Investigation (FBI), de contraindre, par mandat ou assignation, les FSIN à fournir les données demandées qui sont entreposées dans le nuage, peu importe que les serveurs soient situés aux États-Unis ou ailleurs.

Devant ces atteintes potentielles à la souveraineté numérique du Canada²¹⁶, le livre blanc recommande de suivre l'exemple d'autres pays en limitant les catégories de données qui peuvent être stockées dans le nuage²¹⁷. Sa porosité est un fait connu²¹⁸. Cette recommandation ne semble pas être suivie puisque des organismes fédéraux, notamment Statistique Canada, prévoient le transfert de banques de données dans le nuage informatique. Le procédé du chiffrement peut constituer une solution de rechange en protégeant les renseignements personnels par le moyen d'un algorithme cryptographique qui rend l'information hors de portée de ceux qui n'ont pas la clé de déchiffrement. Dans cette recherche de solutions, les autorités fédérales sont aux prises avec le vieillissement de l'infrastructure de la technologie de l'information. Elles sont ainsi conduites à évaluer plusieurs possibilités en matière de cybersécurité. Dans les « réponses du gouvernement concernant la souveraineté des données » présentées à la fin du livre blanc, certaines façons de faire, comme l'utilisation de clauses contractuelles afin d'obliger les FSIN à maintenir la confidentialité ou

²¹⁵ La *Clarifying Lawful Overseas Use of Data (CLOUD) Act*, a été insérée dans une loi omnibus, la *Consolidated Appropriations Act, 2018, Division V – Cloud Act*, Pub. L. No. 115-141, 132 Stat. 348. Auparavant, avant qu'elle soit modifiée, la *Stored Communications Act*, 18 U.S.C. § 121 (1986), prévoyait une demande d'entraide judiciaire internationale fondée sur des traités bilatéraux afin d'obtenir des documents stockés à l'étranger par une entreprise américaine. Cette solution est offerte par la *Convention de Budapest de 2001 sur la cybercriminalité*, STE n° 185, chap. III (« Coopération internationale »).

²¹⁶ Dans une perspective comparée, voir Pauline TÜRK et Christian VALLAR (dir.), *La souveraineté numérique. Le concept, les enjeux*, Paris, Éditions Mare et Martin, 2017.

²¹⁷ Livre blanc, préc., note 211 (« Souveraineté des données et mesures d'atténuation »).

²¹⁸ Peter K. YU, « Towards the Seamless Global Distribution of Cloud Content », dans Anne S.Y. CHEUNG et Rolf H. WEBER, *Privacy and Legal Issues in Cloud Computing*, Cheltenham (UK), Edward Elgar, 2015, p. 180.

encore l'obtention par ces derniers de certificats de sécurité reconnus à l'échelle internationale du type ISO 27001, ne peuvent pas atténuer la portée de lois qui ne relèvent plus de la souveraineté du Canada. Parmi les possibilités qui semblent plus satisfaisantes, le chiffrement des données ou leur masquage par l'anonymisation paraissent déjà davantage réalistes. L'option qui consiste à limiter le type de données qui peuvent être entreposées dans le nuage public s'avère la plus sécuritaire²¹⁹. Le stockage des données en territoire canadien pourrait aussi être une solution, à l'image de ce qui a été fait en Colombie-Britannique en 2012. Cette réponse au problème, fondée sur la « résidence » des données, découle d'une volonté d'harmonisation avec la législation relative à la vie privée de la Colombie-Britannique²²⁰. Si les serveurs sont situés en territoire canadien, l'application de la législation canadienne et québécoise devient plus plausible. Ainsi, l'article 26 de la loi relative au cadre juridique des technologies de l'information oblige le prestataire de services responsable de la conservation de documents technologiques à protéger la confidentialité et à interdire l'accès à des tiers non autorisés²²¹. Cette garantie est importante pour les ordres professionnels qui imposent des obligations de confidentialité à leurs membres. Mais comme les dispositions du projet de loi C-11 sont favorables à la circulation et à la divulgation de renseignements personnels à l'insu et sans le consentement de la personne intéressée²²², un travail de pondération sera nécessaire.

Comme le montre l'exemple de Statistique Canada, la conjonction qui résulte du très grand volume de données accumulées au fil des décennies et de la désuétude relative des technologies de l'information au sein des

²¹⁹ Pour le Canada, cette option peut inclure les données de niveau « Protégé B » inclusivement.

²²⁰ Le Bureau du commissaire à l'information et à la protection de la vie privée a publié en janvier 2012 des lignes directrices sur l'informatique en nuage pour les organismes publics : OFFICE OF THE INFORMATION AND PRIVACY COMMISSIONER FOR B.C., *Cloud Computing Guidelines for Public Bodies*, 2012, en ligne : < <https://bcerac.ca/wp-content/uploads/2018/05/Cloud-Computing-Guidelines-2012.pdf> >.

²²¹ *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*, préc., note 5, art. 26 al. 2.

²²² *Projet de loi C-11*, préc., note 11, arts. 43 à 48.

administrations publiques afin de les conserver rendrait inéluctable le recours grandissant à l'infonuagique publique. Une telle pression surgit à un moment où la législation relative à la protection de la vie privée avait été conçue suivant d'autres prémisses. Ainsi, la *Loi fédérale sur la protection des renseignements personnels* précise que « les seuls renseignements personnels que peut recueillir une institution fédérale sont ceux qui ont un lien direct avec ses programmes ou ses activités²²³ ». À défaut du consentement de l'individu visé, les renseignements personnels relevant d'une institution fédérale ne peuvent servir « qu'aux fins auxquelles ils ont été recueillis », de même « que pour les usages qui sont compatibles avec ces fins »²²⁴. Si cette formulation ne fait pas obstacle, *a priori*, à l'infonuagique pour les besoins d'une institution fédérale, en revanche, elle ne permet pas le partage des renseignements personnels avec d'autres organismes ou ministères fédéraux (à moins de programmes communs), et encore moins avec des tiers externes. Cependant, la loi fédérale a le mérite d'offrir une définition précise de ce qu'il faut inclure dans les renseignements personnels²²⁵. En l'absence de mesures appropriées de sécurité, le recours à l'infonuagique publique présente des risques considérables qui ont été recensés et analysés dans le livre blanc de 2018²²⁶. Dans son rapport annuel déposé en décembre 2019, le Commissaire à la vie privée constate que la législation fédérale a pour objet la protection des renseignements personnels, sans reconnaître pour autant un « véritable » droit à la vie privée²²⁷. Même si la Cour suprême a posé des balises en matière de vie privée, notamment dans l'affaire *R. c. Spencer* en 2014²²⁸, le

²²³ *Loi sur la protection des renseignements personnels*, préc., note 155, art. 4.

²²⁴ *Id.*, art. 7 a).

²²⁵ *Id.*, art. 3 (définitions).

²²⁶ Livre blanc, préc., note 211.

²²⁷ « Quoique ces deux lois [*Loi sur la protection des renseignements personnels / Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques*] garantissent le droit d'accès des individus aux renseignements personnels qui les concernent [...], aucune ne reconnaît officiellement le droit à la vie privée comme un droit en soi » : COMMISSARIAT À LA PROTECTION DE LA VIE PRIVÉE DU CANADA, *Réforme des lois sur la vie privée, Rapport annuel 2018-2019*, Gatineau, 2019, p. 11.

²²⁸ Dans cet arrêt relatif à la vie privée des internautes, notamment en matière de fouille à l'égard d'un ordinateur utilisé à domicile, la Cour suprême, unanime, a

Commissaire rappelle, à juste titre, que la législation actuelle est trop étroite, et qu'elle devrait être adaptée à l'ère numérique. Il a critiqué la *Charte canadienne du numérique*, jugée peu efficace afin de garantir le respect de la vie privée des Canadiens²²⁹. Aux fins de notre étude, nous devons reconnaître que les principes énoncés dans cette charte visent des dimensions plus vastes que la transition numérique des administrations publiques²³⁰, ce que confirme le dépôt du projet de loi C-11 qui propose un premier cadre juridique pour la protection des renseignements personnels en matière de commerce électronique²³¹. Il n'en revêt pas moins un réel intérêt pour la question de l'infonuagique puisque les « fournisseurs de services d'informatique en nuages » (FSNI) répondent au critère de « l'activité commerciale ». Même s'il s'agit « d'activités d'affaires », ces fournisseurs n'en restent pas moins des opérateurs qui diffèrent de ceux principalement visés par ce projet de loi, lesquels correspondent à des serveurs auxquels le grand public a accès. En dépit de l'objectif général de protection, C-11 présente de nombreuses exceptions afin de faciliter l'accès à des renseignements personnels sans le consentement des intéressés, ou à leur insu. Compte tenu de la portée extraterritoriale de la loi proposée²³², ce projet de loi offre un cadre juridique afin de permettre à des institutions gouvernementales, au premier rang desquels figurent les services de sécurité et les différents corps policiers, d'obtenir des renseignements stockés en mode infonuagique²³³. Bien que ce ne soit pas l'objectif général de ce projet de loi, il offre ainsi des possibilités comparables à celles offertes par le CLOUD Act²³⁴ dans un contexte où l'extraterritorialité des

reconnu trois principes, soit la confidentialité, le contrôle de l'information et l'anonymat : *R. c. Spencer*, 2014 CSC 43.

²²⁹ COMMISSARIAT À LA PROTECTION DE LA VIE PRIVÉE DU CANADA, préc., note 227, p. 5.

²³⁰ À titre d'exemple, le 9^e principe vise le contenu des plateformes numériques afin d'éviter qu'elles diffusent des discours haineux ou du contenu criminel, ainsi que la promotion de l'extrémisme violent : *Charte canadienne du numérique*, préc., note 10.

²³¹ *Loi de 2020 sur la mise en œuvre de la Charte du numérique*, projet de loi C-11, préc., note 11.

²³² *Id.*, par. 6(2).

²³³ *Id.*, art. 43 et suiv. (Communication à une institution gouvernementale).

²³⁴ CLOUD Act, préc., note 215.

interventions législatives et réglementaires devient de plus en plus la règle²³⁵.

C) L'utilisation des données biométriques

Il est important de clarifier le statut des données qui découlent de renseignements biométriques²³⁶. Si les agents conversationnels (*chatbots*) peuvent analyser et enregistrer des données qui découlent de l'expression verbale d'un utilisateur²³⁷, avec des perspectives de transfert vers l'infonuagique²³⁸, le mécanisme de la reconnaissance faciale est désormais très répandu pour le déverrouillage des téléphones intelligents. Pour le moment, ils ne semblent pas, sauf une exception notable qui vise les

²³⁵ « ...on both sides of the Atlantic and beyond, jurisdictions increasingly endeavor to apply their legislation extraterritorially »; Federico FABBRINI, Edoardo CELESTE et John QUINN, (dir.), *Data Protection Beyond Borders. Transatlantic Perspectives on Extraterritoriality and Sovereignty*, Oxford / New York, Hart, 2021, p. 2.

²³⁶ La Commission d'accès à l'information du Québec rappelle que « les systèmes biométriques sont généralement classés par l'industrie dans deux grandes catégories : la biométrie morphologique ou physiologique et la biométrie comportementale ». Si la première catégorie regroupe les empreintes digitales, la forme de la main, la forme du visage, la rétine et l'iris de l'œil, la seconde a notamment pour objet le décodage de la voix, la signature, la démarche : COMMISSION D'ACCÈS À L'INFORMATION DU QUÉBEC, *La biométrie au Québec*, Québec, 2016, en ligne : < <https://www.cai.gouv.qc.ca/biometrie/> >. La reconnaissance par la démarche corporelle est déjà utilisée en Chine : « Chine : une intelligence artificielle reconnaît les gens à leur démarche », *20 minutes*, 8 novembre 2018, en ligne : < <https://www.20minutes.fr/monde/2368119-20181108-chine-intelligence-artificielle-reconnait-gens-demarche> >. Pour en savoir davantage sur ces enjeux, voir Stan Z. LI et Anil K. JAIN (dir.), *Encyclopedia of Biometrics*, 2^e éd., Boston, Springer, 2015.

²³⁷ Alain BENSOUSSAN et Jérémy BENSOUSSAN, *IA, robots et droit*, Bruxelles, Bruylant, 2019, titre III, chap. 4 « Les chatbots », p. 227 et suiv.

²³⁸ Sarit K. MIZRAHI, « A Whole New Meaning to Having our Head in the Clouds : Voice Recognition Technology, the Transmission of our Oral Communications to the Cloud and the Ability of Canadian Law to Protect Us from the Dangers it Presents », (2017) 15 *Canadian Journal of Law and Technology* 121.

étrangers²³⁹, faire l'objet de dispositions de portée générale sur les modalités de leur utilisation par des organismes publics en droit fédéral. La reconnaissance faciale automatisée dans les secteurs public et privé constitue désormais une réalité tangible en vue de la transition numérique des administrations publiques²⁴⁰.

Dans les aéroports canadiens, le contrôle d'identité pour la déclaration électronique reste l'exemple le plus connu. En ce qui concerne l'utilisation de la reconnaissance faciale ou d'autres types de renseignements qui visent les citoyens canadiens, la *Loi sur l'Agence des services frontaliers* n'offre pas de précisions²⁴¹, ce qui permettrait de déduire que c'est le régime général de l'article 4 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* qui peut s'appliquer²⁴², en ce sens que l'Agence ne pourrait partager ce type d'information avec d'autres organismes fédéraux²⁴³ ou d'autres États. Cette réserve est importante, car

²³⁹ Pour le processus d'immigration au Canada, l'obtention de renseignements biométriques est autorisée par la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, c. 27, art. 10.01; L'application de cette loi par voie électronique est prévue par la partie 4.1 qui a été ajoutée en 2015. L'utilisation et la communication de renseignements biométriques, ainsi que les renseignements personnels, font l'objet de précisions supplémentaires dans la partie 2 du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227, art. 13.11; les renseignements obtenus sont communiqués à l'Agence des services frontaliers du Canada et à la Gendarmerie royale du Canada. Sur le sujet : AGENCE DES SERVICES FRONTALIERS DU CANADA, *Contrôle biométrique*, 2019, en ligne : < <https://www.cbsa-asfc.gc.ca/security-securite/biometrics-biometrique-fra.html> >; IMMIGRATION, RÉFUGIÉS ET CITOYENNETÉ CANADA, *Biométrie et protection des renseignements personnels*, 2019, en ligne : < <https://www.canada.ca/fr/immigration-refugies-citoyennete/campagnes/biometrie/protection-renseignements-personnels-demandeur.html> >.

²⁴⁰ BUREAU DU COMMISSARIAT À LA PROTECTION DE LA VIE PRIVÉE, *Reconnaissance faciale automatisée dans les secteurs public et privé*, Ottawa, 2013, en ligne : < https://www.priv.gc.ca/fr/mesures-et-decisions-prises-par-le-commissariat/recherche/consulter-les-travaux-de-recherche-sur-la-protection-de-la-vie-privee/2013/fr_201303/ >.

²⁴¹ *Loi sur l'Agence des services frontaliers du Canada*, L.C. 2005, c. 38.

²⁴² *Supra*, note 155.

²⁴³ L'Agence des services frontaliers du Canada peut partager, éventuellement, au cas par cas, les informations recueillies avec l'Agence de santé publique du

la reconnaissance faciale a été mise en œuvre en 2017 par l'implantation des « bornes d'inspection primaire » (BIP) pour la déclaration électronique dans les aéroports canadiens²⁴⁴. Dans le cas des étrangers, l'échange automatisé de renseignements biométriques avec quelques États du Commonwealth (Australie, Nouvelle-Zélande et Royaume-Uni), ainsi qu'avec les États-Unis, fonctionne depuis quelques années sur la base de partenariats²⁴⁵. En revanche, les renseignements biométriques recueillis aux fins de l'application de la *Loi sur le précontrôle* ne peuvent être conservés par les contrôleurs américains et canadiens²⁴⁶. La dimension sécuritaire peut néanmoins favoriser le partage de données biométriques, car la délivrance du passeport canadien sous forme électronique permet de verrouiller et de conserver l'information par une puce²⁴⁷. L'information ainsi recueillie peut être transmise plus facilement dans le cas des individus recherchés par les autorités policières, ou encore, de ceux qui ont un casier judiciaire. Afin

-
- Canada, ainsi qu'avec Emploi et Développement social Canada : AGENCE DES SERVICES FRONTALIERS DU CANADA, *Évaluation des facteurs relatifs à la vie privée de la borne d'inspection primaire*, 2017, en ligne : < <https://www.cbsa-asfc.gc.ca/agency-agence/reports-rapports/pia-efvp/atip-airp/pik-bip-fra.html> >.
- 244 L'Agence des services frontaliers du Canada précise qu'aucun renseignement personnel n'est stocké sur les bornes électroniques. Les renseignements recueillis sont cryptés et transférés vers ses fonds de renseignements. De façon plus subtile, le procédé de la chaîne de confiance renvoie aux utilisateurs le stockage des renseignements biométriques qui les concernent : AGENCE DES SERVICES FRONTALIERS DU CANADA, *Prototype de la chaîne de confiance*, 2018, en ligne : < <https://www.cbsa-asfc.gc.ca/agency-agence/reports-rapports/bp2020/2018/trust-confiance-fra.html> >; pour utiliser le prototype de la chaîne de confiance, les voyageurs doivent télécharger une application sur leur téléphone intelligent et se créer un compte afin d'inclure un identificateur unique basé sur leurs données biométriques.
- 245 Ce sont des protocoles d'entente qui découlent du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, préc., note 239, partie 19.1 (« Échange de renseignements entre pays »), art. 315.21 et suiv.
- 246 *Loi sur le précontrôle*, L.C. 2017, C. 27, art. 33 (2).
- 247 GOUVERNEMENT DU CANADA, *Le passeport électronique*, 2017, en ligne : < <https://www.canada.ca/fr/immigration-refugiés-citoyenneté/services/passeports-canadiens/centre-aide/passeport-electronique.html> >. Dans quelques pays, la puce permet également l'enregistrement des empreintes digitales du titulaire du passeport. Au Canada, le seul élément biométrique est la photo numérisée du visage du titulaire.

d'assurer le respect des exigences de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, le Commissaire à la protection de la vie privée rappelle aux organismes fédéraux qu'il est nécessaire de faire une étude de gestion des risques (évaluation des facteurs relatifs à la vie privée)²⁴⁸.

Au Québec, un procédé qui permet de saisir des caractéristiques ou des mesures biométriques ne peut être utilisé sans le consentement exprès de la personne visée. Le cas échéant, ces informations doivent être détruites si leur utilisation n'est plus justifiée, notamment après la vérification de l'identité de l'intéressé²⁴⁹. Le législateur a néanmoins permis la création d'une ou de plusieurs banques de renseignements biométriques qui seraient sujettes au contrôle de la Commission d'accès à l'information, celle-ci pouvant en déterminer les modes d'utilisation et de conservation²⁵⁰. Compte tenu des ambitions affichées par le gouvernement du Québec en matière de virage numérique, des modifications législatives seront nécessaires²⁵¹. Les photos numérisées qui remplaceront inévitablement celles qui figurent actuellement sur les permis de conduire et les cartes d'assurance maladie feront surgir quelques problèmes dans la mesure où la reconnaissance faciale sera banalisée sur le plan technologique. *A priori*, faute de précautions, l'établissement de correspondances entre des renseignements contenus dans différentes bases de données (dont les finalités diffèrent) deviendrait possible. La reconnaissance faciale par l'usage d'un procédé technologique est désormais présente sur le marché puisque le public a la possibilité d'acheter des logiciels. Les images numérisées pourraient ainsi

²⁴⁸ COMMISSARIAT À LA PROTECTION DE LA VIE PRIVÉE DU CANADA, *Nos attentes : guide du Commissariat au sujet du processus d'évaluation des facteurs relatifs à la vie privée*, Gatineau, 2020, en ligne : < https://priv.gc.ca/fr/sujets-lies-a-la-protection-de-la-vie-privée/evaluations-des-facteurs-relatifs-a-la-vie-privée/gd_exp_202003/ >.

²⁴⁹ *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*, préc., note 5, art. 44.

²⁵⁰ *Id.*, art. 45.

²⁵¹ Des modifications seront également nécessaires en Ontario malgré l'avancée que représente la *Loi de 2008 sur les cartes-photo*, L.O. 2008, c. 17. Les autorités peuvent utiliser une application logicielle qui permet de mesurer les caractéristiques du visage d'une personne (art. 7).

être décodées et intégrées par des logiciels dans d'autres banques de données publiques ou privées.

À ces interrogations, la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information* offre quelques réponses. Si la vérification de l'identité d'une personne peut être effectuée à partir « de caractéristiques qu'elle présente ou possède²⁵² », cette identité ne peut être « établie qu'en faisant appel au minimum de caractéristiques ou de mesures permettant de la relier à l'action qu'elle pose²⁵³ ». Comme le recommande le Commissaire à la vie privée du Canada, les photos numérisées ne doivent servir qu'à la vérification de l'identité d'une personne, en utilisant un autre mécanisme pour l'authentification afin d'accéder au dossier de la personne²⁵⁴. Malgré le fait que l'utilisation de caractéristiques ou de mesures biométriques aux fins d'identité reste interdit²⁵⁵, le recours aux photos numérisées ne permet-il pas, en réalité, de saisir quelques-unes de ces caractéristiques? Les logiciels de numérisation du visage humain sont largement présentés comme des systèmes de reconnaissance et d'identification biométrique par l'industrie du numérique.

Afin de poursuivre cette réflexion, rappelons que le traitement de données biométriques « aux fins d'identifier une personne physique de manière unique » est interdit par l'article 9 du RGPD, sous réserve de onze exceptions²⁵⁶. Parmi celles-ci, le traitement de ce type de données serait nécessaire en vue de l'exécution des obligations et de l'exercice des droits en matière de droit du travail, de la sécurité sociale et de la protection

²⁵² *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*, préc., note 5, art. 40 al. 2.

²⁵³ *Id.*, art. 44.

²⁵⁴ COMMISSARIAT À LA PROTECTION DE LA VIE PRIVÉE DU CANADA, « *Des données au bout des doigts : la biométrie et les défis qu'elle pose à la protection de la vie privée* », Ottawa, 2011, en ligne : < https://www.priv.gc.ca/fr/sujets-lies-a-la-protection-de-la-vie-privee/renseignements-sur-la-sante-renseignements-genetiques-et-autres-renseignements-sur-le-corps/gd_bio_201102/ >.

²⁵⁵ *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*, préc., note 5, art. 44.

²⁵⁶ RGPD, préc., note 25, art. 9 (1).

sociale²⁵⁷. Ce traitement peut également être requis pour des motifs d'intérêt public dans le domaine de la santé²⁵⁸. Enfin, le traitement des données qui relèvent de ces exceptions ne peut être fait que par un professionnel de la santé soumis à une obligation de secret professionnel. Un exemple récent venant de la France montre que le juge administratif peut censurer, sur le fondement de l'article 9 du RGPD, l'utilisation de la reconnaissance faciale pour la simple surveillance, notamment à titre de complément ou de substitut à la vidéosurveillance²⁵⁹.

III. L'importance grandissante des algorithmes dans les procédures administratives automatisées

La définition la plus courante de l'algorithme le présente comme « un ensemble de règles opératoires dont l'application permet de résoudre un problème énoncé au moyen d'un nombre fini d'opérations », ce qui entraîne sa transposition en langage de programmation exécutable par un ordinateur²⁶⁰. Comme le montre la racine grecque, *arithmos* (« nombre »), les algorithmes sont associés à la mesurabilité et à la quantification. Les plus connus sont ceux qui permettent la compression de données, le tri, la cryptographie, les graphes, ainsi que des opérations qui relèvent du graphisme, du génie logiciel, des mathématiques, notamment aux fins d'optimisation pour les systèmes de calcul formel²⁶¹.

Dans les administrations publiques, l'utilisation des algorithmes peut être liée à des fonctions de recherche en vue de simulation et de

²⁵⁷ *Id.*, art. 9 (2) b.

²⁵⁸ *Id.*, art. 9 (2) i.

²⁵⁹ Dans une décision rendue le 27 février 2020, la délibération du Conseil régional de Provence-Alpes-Côte d'Azur qui autorisait l'expérimentation d'un dispositif de reconnaissance faciale dans deux lycées, à Marseille et à Nice, a été annulée pour motif d'incompétence, mais également pour atteinte aux exigences de l'article 9 du RGPD : *Association La Quadrature du Net et autres*, n° 1901249, TA Marseille, 27 février 2020, (commentaire de Jean-Marc PASTOR, « Pas de reconnaissance faciale dans un lycée », (2020) 9 AJDA 492).

²⁶⁰ *Dictionnaire Larousse*, s.v. « Algorithme », en ligne : < www.larousse.fr >.

²⁶¹ « Liste des algorithmes », *Scriptol*, en ligne : < <https://www.scriptol.fr/programmation/liste-algorithmes.php> >.

projection. Statistique Canada peut ainsi analyser des bases de données afin d'obtenir différents modèles de simulation de politique sociale²⁶². Les informations consultables auprès de Statistique Canada montrent leur importance dans l'analyse des soins de santé, de l'indice du chômage, de la transmission intergénérationnelle du revenu, de l'évolution de plusieurs types de cancer, des enjeux pour la santé et la sécurité au travail, pour ne donner que quelques exemples. Les juristes seront plus directement interpellés par l'utilisation des algorithmes dans l'analyse de l'activité judiciaire, spécialement dans le domaine de la justice pénale²⁶³. Compte tenu des possibilités offertes en fait de simulation et de projection, l'évaluation algorithmique est susceptible de compléter le recours aux études d'impact en matière réglementaire. Elle peut potentiellement jouer un rôle déterminant dans l'élaboration des politiques publiques. La dimension juridique a déjà été soulignée pour la protection des données.

Pour le traitement de celles-ci, les algorithmes offrent des possibilités de conversion vers l'anonymisation et le cryptage. Malgré cet usage très répandu, les algorithmes sont davantage associés à l'atteinte d'un résultat qui a une fonction prédictive. En France, les systèmes algorithmiques d'aide à la décision, partiellement ou entièrement automatisés, sont de plus en plus répandus dans le domaine médical et sanitaire, policier, judiciaire, ainsi que dans divers champs de l'action administrative (enseignement, aide sociale, emploi et fiscalité)²⁶⁴. Ces systèmes peuvent être utilisés dans le but d'obtenir un résultat tangible qui peut être comparé

²⁶² STATISTIQUE CANADA, *Base de données et modèle de simulation de politique sociale* (BD/MSPS), Ottawa, 2020, en ligne : < <https://www150.statcan.gc.ca/n1/fr/catalogue/89F0002X> >.

²⁶³ Cristine ROTENBERG, « De l'arrestation à la déclaration de culpabilité : décisions rendues par les tribunaux dans les affaires d'agression sexuelle déclarées par la police au Canada, 2009 à 2014 », Ottawa, Statistique Canada, 2017, en ligne : < <https://www150.statcan.gc.ca/n1/pub/85-002-x/2017001/article/54870-fra.htm> >.

²⁶⁴ Sonia DESMOULIN-CANSELIER et Daniel LE MÉTAYER, *Décider avec les algorithmes. Quelle place pour l'Homme, quelle place pour le droit?*, Coll. « Les Sens du droit », Paris, Dalloz, 2020, chap. 1, p. 23 et suiv.; Danièle BOURCIER et Primavera DE FILIPPI, « Transparence des algorithmes face à l'open data : quel statut pour les données d'apprentissage? », (2018) 167 *Revue française d'administration publique* 525.

à une décision administrative. Plusieurs processus administratifs reposent sur l'analyse de faits quantifiables en vue de rendre une décision. Cette quantification peut devenir très importante si des dimensions biométriques sont requises pour déterminer le montant d'une prestation ou d'une indemnisation.

A) Le droit administratif à l'épreuve de la rationalité algorithmique

Dans la perspective du droit administratif, le recours à des algorithmes exige des nuances. Si un algorithme permet d'accélérer le calcul et le tri, il offre également une fonction de synthèse qu'un processus administratif « classique » ne permet pas d'atteindre. La combinaison simultanée de données quantifiables est de plus en plus répandue pour des opérations qui ne relèvent pas du droit. Pensons, à titre d'exemple, en matière d'activité sportive, à la plongée en eau profonde : dans ce cas, les ordinateurs fonctionnent avec un algorithme de décompression²⁶⁵.

La décision administrative classique résulte d'une logique causale et cumulative par addition des éléments dans l'analyse d'un dossier. Cette évaluation ne sera plus la même avec une logique de synthèse informatique. Les algorithmes contemporains « opèrent selon une logique de corrélations statistiques et selon une logique probabiliste plutôt que selon une logique

²⁶⁵ Ces ordinateurs sont minimalement équipés d'un profondimètre, d'un chronomètre, d'un thermomètre et d'un compas. Ils indiquent ainsi la profondeur, le temps de plongée et, surtout, la vitesse de remontée (généralement autour de 10 mètres par minute), le temps de non-décompression, suivi, habituellement, d'une durée limitée de quelques minutes de décompression avant de revenir à la surface. Le résultat (temps de décompression/nombre d'heures requis avant de prendre l'avion) ressemble à bien des égards à une « décision » qui devient aussi contraignante, sinon davantage, que celle qui est issue d'un processus administratif obéissant à des balises juridiques, car le plongeur ne peut pas vraiment s'y soustraire sans risquer de graves lésions corporelles. Cette « décision » est fonction du résultat offert par un algorithme de décompression : Drew RICHARDSON (dir.), *The Encyclopedia of Recreational Diving*, 3^e éd., Rancho Santa Margarita (CA), PADI, 2008, p. 5-64 (« Dive Computers »).

causale et déterministe²⁶⁶ » qui sont très différentes, à bien des égards, du raisonnement juridique. Un algorithme offre des possibilités de synthèse avancée dans la mesure où il peut, par exemple, intégrer des résultats médicaux et des données biométriques avec plusieurs bases de données résultant de l'action administrative (banque de décisions) et de l'activité de diverses catégories de cours et de tribunaux (banque de jurisprudence).

Faut-il déduire de cette évolution l'apparition d'un droit des décisions administratives automatisées²⁶⁷? Si ce scénario est esquissé en France, il est encore plus explicite en droit américain²⁶⁸, même si l'automatisation peut parfois devenir un objet de controverses²⁶⁹. Au Canada, et de façon plus spécifique au Québec, les sites Web des organismes publics offrent encore peu d'information sur l'usage des algorithmes, en dépit du fait que leur utilisation soulève plusieurs questions importantes pour le droit administratif. Les autorités fédérales reconnaissent explicitement le phénomène de la « décision automatisée » puisque la *Directive sur la prise de décision automatisée* est diffusée depuis 2019²⁷⁰.

²⁶⁶ Jean-Bernard AUBY, « Le droit administratif face aux défis du numérique », (2018) 15 *AJDA* 835, 843.

²⁶⁷ Judith ROCHFELD, « L'encadrement des décisions prises par algorithme », dans Stéphane PRÉVOST et Erwan ROYER, *Intelligence artificielle*, Coll. « Grand Angle », Paris, Dalloz, 2019, p. 11, à la p. 15 (« Vers un droit des décisions automatisées? »); Jean-Baptiste DUCLERC, « L'automatisation algorithmique des décisions administratives individuelles », (2019) *Revue du droit public* 313.

²⁶⁸ Cary COGLIANESE et Lavi M. BEN DOR, « AI in Adjudication and Administration », (2020) *Penn Law: Legal Scholarship Repository* 2118, en ligne : < https://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/2118 >; Cary COGLIANESE et David LEHR, « Regulating by Robot: Administrative Decision Making in the Machine-Learning Era », (2017) 105-5 *Georgetown Law Journal* 1147, 1160 (« Existing Administrative Applications »); Mariano-Florentino CUÉLLAR, « Cyberdelegation and the Administrative State », dans Nicholas R. PARILLO (dir.), *Administrative Law from the Inside out: Essays on Themes in the Work of Jerry L. Mashaw*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, 134.

²⁶⁹ Danielle KEATS CITRON et Ryan CALO, « The Automated Administrative State: A Crisis of Legitimacy », (2020), en ligne : < https://scholarship.law.bu.edu/faculty_scholarship/838 >.

²⁷⁰ GOUVERNEMENT DU CANADA, *Directive sur la prise de décision automatisée*, 2019, préc., note 7, cette directive est en vigueur depuis avril 2020.

Cette directive rappelle que les décisions automatisées doivent être « conformes à l'équité procédurale et aux exigences d'application régulière de la loi » (art. 4.2.1). Aux fins de transparence, elle oblige les organismes fédéraux à « publier par l'entremise des sites Web pertinents des avis sur le fait que la décision rendue sera formulée totalement ou en partie par un système automatisé » (art. 6.2.1). Dans le projet de loi C-11 (qui ne vise pas les institutions fédérales), le législateur propose une définition générique pour décrire ce que représente un « système décisionnel automatisé » compte tenu de l'objet et du champ d'application de ce projet relatif à la vie privée des consommateurs²⁷¹. Il s'agit du traitement des renseignements personnels par les organisations qui font du commerce électronique, ce qui ne correspond pas, au niveau des principes, au type de travail que font les administrations publiques afin de rendre des décisions.

Par le dépôt du projet de loi n° 64, le Québec reconnaît également l'existence de la « décision fondée exclusivement sur un traitement automatisé ». Notons que la personne visée doit être informée de l'automatisation. Si elle en fait la demande, l'organisme public doit l'informer des renseignements personnels qui ont été utilisés mais, surtout, « des raisons, ainsi que des principaux facteurs et paramètres, ayant mené à la décision²⁷² ». Dans la perspective du droit à la motivation des décisions administratives, c'est un ajout important. De façon plus générale, les réformes en cours privilégient la reconnaissance d'un « droit à l'explication » lorsqu'il s'agit d'une prédiction, d'une recommandation ou d'une décision²⁷³.

²⁷¹ « Système décisionnel automatisé » : Technologie qui appuie ou remplace le jugement de décideurs humains au moyen de techniques telles que l'usage de systèmes basés sur des règles, l'analyse de régression, l'analytique prédictive, l'apprentissage automatique, l'apprentissage profond et l'usage de réseaux neuronaux; *Loi de 2020 sur la mise en œuvre de la Charte du numérique*, Projet de loi C-11, préc., note 11.

²⁷² Projet de loi n° 64, préc., note 145, art. 20 (ajout de l'article 65.2 à la *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels*, préc., note 24).

²⁷³ *Loi de 2020*, préc., note 11, par. 63 (3). Malgré le fait que ce soit un environnement numérique, le projet de loi prévoit que cette demande d'explications soit présentée par écrit : par. 64 (1).

Au-delà du droit canadien, l'article 22 du RGPD interdit l'élaboration d'une décision fondée exclusivement sur un traitement automatisé, sous réserve de quelques exceptions, notamment si ce traitement est autorisé par le droit de l'Union européenne ou d'un État membre, ou encore, avec le consentement explicite de la personne visée²⁷⁴. Dans la perspective du droit canadien, les exigences de l'équité procédurale requièrent, à tout le moins, l'examen individualisé d'un dossier en vue de rendre une décision, en particulier si les répercussions sont importantes pour la personne intéressée²⁷⁵. De façon plus subtile, la réponse dépend du rôle attribué à l'algorithme dans un processus décisionnel. Lorsqu'un pouvoir discrétionnaire est accordé par la loi, il doit être exercé²⁷⁶. Ce principe très connu a néanmoins fait l'objet d'aménagements compte tenu de l'utilisation des directives, des politiques et des lignes directrices pour faciliter l'évaluation des dossiers par des règles générales²⁷⁷. Dans ce cas de figure, l'utilisation d'un algorithme ne peut être exclue d'emblée si un agent vérifie d'abord que la personne intéressée répond aux exigences de la loi pour le traitement de son dossier (étape préliminaire) et qu'il utilise ensuite un procédé algorithmique afin de déterminer, le cas échéant, le montant attribué à titre d'allocation, de prestation ou d'indemnité. L'aspect qui

²⁷⁴ RGDP, préc., note 25, art. 22 (1) et (2). Depuis 1978, la législation française prévoit « qu'aucune [...] décision produisant des effets juridiques à l'égard d'une personne ne peut être prise sur le seul fondement d'un traitement automatisé de données destiné à définir le profil de l'intéressé ou à évaluer certains aspects de sa personnalité » : *Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés*, J.O. du 7 janvier 1978, art. 10 (avec une exception pour les décisions prises dans le contexte de la conclusion ou de l'exécution d'un contrat).

²⁷⁵ *Baker c. Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration du Canada*, [1999] 2 R.C.S. 817, par. 25 et 43. Cette analyse a été proposée en droit américain : Danielle KEATS CITRON, « Technological Due Process », (2008) 85-6 *Washington Law Review* 1249.

²⁷⁶ Pierre ISSALYS et Denis LEMIEUX, *L'action gouvernementale. Précis de droit des administrations publiques*, 4^e éd., Montréal, Éditions Yvon Blais, 2020, p. 223 (« Le refus d'exercice d'un pouvoir discrétionnaire »). Le tirage au sort peut être autorisé expressément par règlement, notamment dans le domaine de la chasse : *Règlement sur la chasse*, RLRQ, c. C-61.1, r. 12, art. 7.1.

²⁷⁷ D. MOCKLE, « Politiques, directives et instruments de gestion », préc., note 55, par. 34 (« Pouvoir discrétionnaire et directive »).

relève encore de l'incertitude est l'utilisation exacte qu'en font les administrations publiques²⁷⁸. Le portrait se révèle un peu plus précis pour l'administration fédérale américaine²⁷⁹. Suivant des règles connues pour l'utilisation des directives, celles-ci ne peuvent pas être appliquées de façon rigide ou automatique afin de tenir compte, le cas échéant, des particularités d'un dossier²⁸⁰. Cette exigence est-elle compatible avec l'uniformité de traitement associée à l'usage des algorithmes? L'agent responsable d'un dossier peut-il procéder autrement dans l'analyse d'un dossier sans porter atteinte à la cohérence algorithmique? Compte tenu du fait que plusieurs algorithmes sont de type déterministe en facilitant le classement et le tri, leur usage relève, de prime abord, de l'exercice d'une compétence liée.

La transparence constitue un enjeu important. La première étape consiste à informer le public de l'existence et de l'utilisation d'un algorithme aux fins d'un processus décisionnel. À titre comparatif, la France en offre un exemple puisque le Code des relations entre le public et l'administration (2015) prévoit que toute « décision individuelle prise sur le fondement algorithmique comporte une mention explicite en informant l'intéressé ». Sur le plan de la motivation, la même disposition précise que « les règles définissant ce traitement et les principales caractéristiques de sa mise en œuvre sont communiquées par l'administration à l'intéressé s'il en fait la demande »²⁸¹. Certes, ce droit d'accès ne permet pas d'obtenir

²⁷⁸ Une analyse des usages et des pratiques au sein des organismes fédéraux a été entreprise en 2019 par questionnaire (« Évaluation de l'incidence algorithmique ») en vue d'assurer une application éthique et responsable de l'intelligence artificielle : en ligne : < <https://www.canada.ca/fr/gouvernement/systeme/gouvernement-numerique/innovations-gouvernementales-numeriques/utilisation-responsable-ai/evaluation-incidence-algorithmique.html> >.

²⁷⁹ David FREEMAN ENGSTROM et autres, *Government by Algorithm: Artificial Intelligence in Federal Administrative Agencies, Report submitted to the Administrative Conference of the United States*, 2020, en ligne : < <https://www-cdn.law.stanford.edu/wp-content/uploads/2020/02/ACUS-AI-Report.pdf> >.

²⁸⁰ P. ISSALYS et D. LEMIEUX, préc., note 276, p. 737 (« L'application nuancée de la directive »).

²⁸¹ *Code des relations entre le public et l'administration*, 4^e éd., Dalloz, 2020, art. L. 311-3-1 : ce code a été créé par l'ordonnance n° 2015-1341 du 23 octobre 2015, J.O. 25 octobre 2015, p. 19872, et il est en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2016.

directement le contenu de l'algorithme, mais il offre néanmoins la possibilité d'avoir de l'information sur son utilisation. Cet ajout s'avère important, car l'évaluation de la portée des algorithmes est requise pour une meilleure compréhension de la motivation des décisions administratives²⁸². Au Canada, la *Directive sur la prise de décision automatisée* oblige depuis 2019 tout organisme ou tout ministère à « fournir une explication significative aux personnes concernées sur la façon dont la décision a été prise et la raison pour laquelle elle a été prise » (art. 6.2.3)²⁸³. Par le dépôt du projet de loi n° 64, le Québec reconnaît que la personne visée peut obtenir les raisons, ainsi que les principaux facteurs et paramètres, ayant mené à la décision²⁸⁴. Le terme « paramètre » est-il suffisamment précis pour viser le degré et le mode de contribution algorithmique à la prise de décision? Pour clarifier cet élément, la Commission d'accès à l'information assure un rôle de surveillance en vue de l'application de la *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels*²⁸⁵. Les organismes publics sont tenus de transmettre toute information qu'elle requiert afin d'assurer l'application de cette loi²⁸⁶.

L'article L. 311-3-1 est complété par une disposition réglementaire qui précise que, en cas de demande de communication, l'administration doit fournir « sous une forme intelligible [...] (1) Le degré et le mode de contribution algorithmique à la prise de décision; (2) Les données traitées et leurs sources; (3) Les paramètres de traitement et, le cas échéant, leur pondération, appliqués à la situation de l'intéressé; (4) Les opérations effectuées par le traitement » : *Décret n° 2015-1342 du 23 octobre 2015*, J.O. 25 octobre 2015, p. 19895, art. R.311-3-1-2. Ces dispositions qui n'étaient pas dans la version initiale du Code ont été introduites par la *Loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 relative à une République numérique*, ainsi que par décret pour le volet réglementaire : *Décret n° 2017-330 du 14 mars 2017*.

²⁸² Daniel MOCKLE, « La motivation des actes administratifs au Canada », (2019) 17 *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux* 125, 136 (« La nécessité d'un cadre législatif »).

²⁸³ GOUVERNEMENT DU CANADA, préc., note 7.

²⁸⁴ *Loi modernisant des dispositions législatives en matière de protection des renseignements personnels*, préc., note 145, art. 20.

²⁸⁵ *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels*, préc., note 24, art. 122.1.

²⁸⁶ *Id.*, art. 130.

Dans une perspective de transparence, le législateur emprunte ainsi le cadre juridique de l'accès à l'information pour offrir une première garantie en matière de décision automatisée, alors qu'en contrepartie, la *Loi sur la justice administrative* prévoit la motivation obligatoire des décisions de refus à l'occasion de l'exercice d'une fonction administrative²⁸⁷. Par sa portée, le projet de loi n° 64 reconnaît un droit plus général en matière de décision automatisée. En effet, le champ d'application de la *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels* est plus vaste que celui de la *Loi sur la justice administrative*²⁸⁸.

Cet exemple illustre les avantages de la codification uniforme de la procédure administrative non contentieuse. Le Canada, sur le plan du droit fédéral, offre un net contraste par rapport au mouvement général de codification dans ce domaine²⁸⁹. À l'instar de la Grande-Bretagne, c'est l'un des rares pays à ne pas avoir de législation sur ce sujet. En dépit de sa proximité géographique avec les États-Unis, il n'a élaboré aucune loi de portée générale comparable à l'*Administrative Procedure Act* de 1946 avec ses modifications subséquentes²⁹⁰. Le Canada n'en reste pas moins un État

²⁸⁷ *Loi sur la justice administrative*, RLRQ, c. J-3, art. 8.

²⁸⁸ Pour l'application des articles 2 à 8, la *Loi sur la justice administrative*, préc., note 287, art. 3, ne vise que l'Administration gouvernementale qui est constituée de ministères et organismes gouvernementaux dont le gouvernement ou un ministre nomme la majorité des membres et dont le personnel est nommé suivant la *Loi sur la fonction publique*, RLRQ, c. F.3.1.1.

²⁸⁹ Jean-Bernard AUBY et Thomas PERROUD (dir.), *Droit comparé de la procédure administrative/Comparative Law of Administrative Procedure*, Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 9 (« Introduction » par Michel Fromont); Jacques ZILLER, Jens-Peter SCHNEIDER et Herwig HOFMANN (dir.), *La codification de la procédure administrative de l'Union européenne. Le modèle ReNEUAL*, Bruxelles, Bruylant, 2017.

²⁹⁰ Ce constat doit être nuancé puisque des tentatives de codification de la procédure administrative ont été proposées, notamment celle qui a été suggérée en 1985 par la défunte Commission de réforme du droit pour les organismes administratifs autonomes, ainsi que celle qui a été lancée en 1995 par le ministère de la Justice du Canada, et qui n'ont connu aucune suite : COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *Les organismes administratifs autonomes/Independent Admi-*

fédéral où quatre provinces ont adopté des lois de procédure qui visent le fonctionnement des tribunaux administratifs, ainsi que des dimensions plus générales de procédure administrative non contentieuse²⁹¹. Parmi celles-ci, le Québec occupe une place relativement originale avec la *Loi sur la justice administrative*, où la distinction entre les décisions prises dans l'exercice d'une fonction administrative et celles qui le sont dans l'exercice d'une fonction juridictionnelle a permis de reconnaître l'existence de garanties procédurales propres à la procédure non contentieuse²⁹². Si cette ouverture reste modeste en comparaison de ce qui a été fait ailleurs, elle ouvre néanmoins des perspectives sur la codification du droit administratif.

Le corpus législatif peut être ainsi modifié de diverses manières par l'ajout de dispositions relatives aux enjeux numériques. Le cas échéant, une loi de transition numérique peut offrir un cadre conceptuel plus spécifique. Peu de temps après l'entrée en vigueur de l'*E-Government Act* de 2002, l'Italie a adopté un code de l'administration numérique (*Codice dell'amministrazione digitale*) qui compte neuf chapitres²⁹³. Par ses finalités et son objet, ce code – qui date de 2005 – vise avant tout le passage de l'administration publique au numérique avec un très grand niveau de généralité dans l'énoncé des principes. La création d'une agence (*Agenzia per l'Italia digitale*) rend toutefois cet objectif plus réaliste²⁹⁴. En mettant

nistrative Agencies, Rapport 26, Ottawa, CRDC, 1985. Ces propositions ne visaient pas explicitement la procédure administrative non contentieuse.

²⁹¹ L'Alberta a élaboré des règles procédurales en 1966 (*Administrative Procedures and Jurisdiction Act*, SA 1966, c. 1; RSA 2000, c. A-3). La législation de l'Ontario (*Loi sur l'exercice des compétences légales/Statutory Powers Procedure Act*, L.O. 1993, c. 27; L.R.O. 1990, c. S-22) et celle de la Colombie-Britannique (*Administrative Tribunals Act*, S.B.C. 2004, c. 45) ne visent que les tribunaux administratifs.

²⁹² *Loi sur la justice administrative*, préc., note 287, art. 2-8.

²⁹³ *Codice dell'amministrazione digitale*, Décret législatif du 7 mars 2005, n° 82, avec modifications subséquentes, en ligne : < <https://docs.italia.it/italia/piano-triennale-ict/codice-amministrazione-digitale-docs/it/v2018-09-28/index.html> >.

²⁹⁴ L'*Agenzia per l'Italia digitale* a pris la relève en 2012 (Décret législatif du 22 juin 2012, n° 83, converti en loi le 7 août 2012) de l'Agence pour la diffusion des technologies de l'innovation : en ligne : < <https://www.agid.gov.it> >.

sur pied Infrastructures technologiques Québec en 2020²⁹⁵, les autorités québécoises ont également privilégié une formule de type « agence ».

Si la transition numérique des administrations publiques ne peut se faire uniquement par la loi, le recours à la législation permet de reconnaître des droits et des garanties aux citoyens, aux organisations et aux entreprises. Pour ce qui est du droit fédéral, l'approche canadienne est d'un tout autre type, car elle privilégie « l'expérience du client » avec l'utilisation de politiques et de directives, ce qui rejoint le type managérial²⁹⁶. Malgré le fait que les autorités fédérales n'aient pas cherché à éluder le phénomène de la « prise de décision automatisée », la réponse offerte ne convient pas puisque les principaux enjeux sont limités à la sphère administrative. Même si l'objectif est de « veiller à la transparence et à la divulgation de renseignements concernant l'utilisation de ces systèmes, ainsi qu'à l'évaluation et la gestion continue des risques²⁹⁷ », les autorités fédérales ont pour principal objectif le fonctionnement des ministères et des organismes fédéraux. Si la législation québécoise se limite au rappel du principe de transparence²⁹⁸, elle sera, selon toute vraisemblance, modifiée par l'adoption du projet de loi n° 64²⁹⁹.

Sur le plan des principes, la loi offre l'avantage de la cohérence, de la simplicité et d'une relative centralisation de l'information. À titre d'exemple, le Code des relations entre le public et l'administration (France) a permis d'élaborer des « règles particulières à la saisine et aux échanges par voie électronique », de même que d'autres modalités lorsqu'une consultation est ouverte sur Internet³⁰⁰. Cette unité évite la fragmentation

²⁹⁵ *Loi visant principalement à instituer le Centre d'acquisitions gouvernementales et Infrastructures technologiques Québec*, préc., note 3.

²⁹⁶ *SECRETARIAT DU CONSEIL DU TRÉSOR DU CANADA, Politique sur les services et le numérique*, préc., note 7, art. 3.1.1.

²⁹⁷ *Id.*, art. 4.4.2.4.2.

²⁹⁸ *Loi favorisant la transformation numérique de l'administration publique*, préc., note 2, art. 1; *Loi sur l'administration publique*, préc., note 57, art. 1.

²⁹⁹ *Projet de loi n° 64*, préc., note 145.

³⁰⁰ *Code des relations entre le public et l'administration*, préc., note 281, art. L-112-1–R-112-20, L-132-1 (complété par les articles R-132-7 à R-132-10 du règlement d'application du Code).

qui résulterait de la modification de plusieurs lois dans divers champs de l'action administrative, notamment dans le domaine de l'environnement³⁰¹. Les choix restent néanmoins difficiles, car une loi générale de transition numérique aurait pour effet de modifier plusieurs lois préexistantes.

Si le recours à un cadre législatif permet de satisfaire à des exigences largement connues en droit administratif (transparence, garanties procédurales, motivation des décisions administratives), son but premier ne vise pas la réglementation des algorithmes. En droit américain, un expert du ministère de la Justice a proposé en 2017 la création d'une agence fédérale inspirée du modèle offert par la *Food & Drug Administration* (FDA) afin de remédier à des problèmes similaires liés à l'utilisation des algorithmes³⁰². Son argumentaire vise avant tout l'essor des algorithmes d'apprentissage (*machine-learning algorithms*) dont l'opacité et la complexité sont à l'origine de risques réels en termes de dangerosité et de responsabilité, au même titre que l'élaboration de nouveaux médicaments. Dans cette perspective, une agence fédérale aurait un rôle déterminant à des fins de contrôle et de réglementation (*standards-setting body*), notamment à des fins de classification des algorithmes et d'élaboration de standards (*Performance standards, Design standards, Liability Standards*). Suivant sur ce point un argumentaire largement connu en Amérique du Nord pour le droit public, la création de cette agence répondrait à la nécessité de baliser l'usage des algorithmes par un organisme indépendant ayant une réelle expertise scientifique et technique. Deux chercheurs canadiens ont repris cette solution (*a Canadian Regulatory Agency*) afin de répondre à des exigences de transparence et d'imputabilité, mais également afin de remédier à des problèmes de discrimination (*eliminate or control discriminatory and biased algorithm behavior*)³⁰³. Si ces interrogations

³⁰¹ Au Québec, le Bureau d'audiences publiques sur l'environnement peut, depuis 2017, adopter des règles qui « doivent notamment prévoir des modalités régissant la participation du public par tout moyen technologique approprié » : *Loi sur la qualité de l'environnement*, RLRQ, c. Q-2, art. 6.6.

³⁰² Andrew TUTT, « An FDA for Algorithms », (2017) 69 *Administrative Law Rev.* 83.

³⁰³ Robert A. SMITH et Pierre R. DESROCHERS, « Should algorithms be regulated by government? », (2020) 63 *Canadian Public Administration / Administration*

visent à trouver des solutions *ex ante* dès le stade de la conception, il ne faut pas perdre de vue que c'est l'usage qui reste déterminant.

Sur ces questions, les positions réciproques des États-Unis et de l'Union européenne ne sont pas du même type. Du côté américain, la *National Artificial Intelligence Initiative Act* a été adoptée en mars 2020³⁰⁴. Sous la dénomination générale d'une orientation (*Initiative*), son but premier est de reconnaître le rôle prépondérant du Gouvernement fédéral en matière de recherche, de développement, de financement et d'élaboration de règles, avec la perspective de favoriser une meilleure coordination de tous les acteurs concernés en matière d'intelligence artificielle. La création d'un comité directeur à des fins d'expertise (*National Artificial Intelligence Advisory Committee*) a été prévue, ainsi que celui d'un office (*National Artificial Intelligence Initiative Office*) afin de mettre en œuvre cette « initiative ». Pour l'encadrement normatif, cette loi évoque simplement le support requis des autorités fédérales pour l'élaboration de normes volontaires et de bonnes pratiques³⁰⁵.

Les Européens abordent ces enjeux dans une perspective très différente. En avril 2021, la Commission européenne a rendu public un projet de règlement à l'attention du Parlement européen et du Conseil afin d'établir des règles harmonisées concernant l'intelligence artificielle (législation sur l'intelligence artificielle)³⁰⁶. La Commission justifie ce règlement par la nécessité de règles uniformes afin de mettre en place « un

publique du Canada 563. Si ce texte analyse un nombre important de publications américaines, il tient compte également des perspectives offertes par le *Règlement général sur la protection des données* (RGPD), préc., note 25.

³⁰⁴ *National Artificial Intelligence Initiative Act of 2020*, H.R. 6216, 116th Congress, 2e session, en ligne : <https://www.congress.gov/bill/116th-congress/house-bill/6216>.

³⁰⁵ *Idem*, par. 101, b, (2).

³⁰⁶ Commission européenne, *Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil établissant des règles harmonisées concernant l'intelligence artificielle (législation sur l'intelligence artificielle) et modifiant certains actes législatifs de l'Union*, COM (2021) 206, 21 avril 2021, en ligne : https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:e0649735-a372-11eb-9585-01aa75ed71a1.0020.02/DOC_1&format=PDF.

marché unique pour des systèmes d'IA licites, sûrs et dignes de confiance »³⁰⁷. Le règlement offrira des règles relatives à l'interdiction de certaines pratiques préjudiciables reposant sur l'IA, ainsi que la classification de plusieurs systèmes d'IA. Il aura notamment pour effet d'introduire des exigences fondamentales pour les systèmes d'IA classés à haut risque. Comme il s'agit d'un règlement, son applicabilité sera directe dans tous les États membres de l'Union européenne. Le texte est précédé d'un important dispositif de considérants (89 au total). Pour l'élaboration de définitions précises de plusieurs termes, il offre un grand intérêt³⁰⁸.

Le futur règlement européen offre ample matière à réflexion pour le Canada. À un tout autre niveau, les autorités fédérales ne sont pas restées inactives aux fins de la transition numérique de l'administration fédérale. Dans la *Politique sur les services et le numérique* de 2020, le secrétaire du Conseil du Trésor a la responsabilité d'établir et de présider « un organisme de niveau supérieur » afin de proposer des conseils et des recommandations, notamment pour les « Normes numériques du gouvernement du Canada » qui ont pour objet la gestion des données, la technologie de l'information et la cybersécurité³⁰⁹. Si cette orientation constitue un pas dans la bonne direction, elle est néanmoins révélatrice de la faiblesse du cadre juridique car cet organisme supérieur n'est pas indépendant et reste dépourvu de statut juridique. Dans la *Directive sur la prise de décision automatisée*, les autorités fédérales ont prévu « une évaluation de l'incidence algorithmique avant la production de tout système décisionnel automatisé », notamment afin de « s'assurer de l'absence de biais³¹⁰ imprévus dans les données et d'autres facteurs qui pourraient influencer injustement les résultats »³¹¹. Mais ici également, il n'y a pas d'évaluation externe. Ces exigences relèvent du sous-ministre adjoint responsable du système décisionnel ou de toute autre personne nommée par l'administrateur général³¹².

³⁰⁷ *Idem*, Exposé des motifs, 2.4 (Choix de l'instrument).

³⁰⁸ *Ibidem*, titre I, art. 3 (Définitions).

³⁰⁹ *Politique sur les services et le numérique*, préc., note 7, art. 4.1.1.1.

³¹⁰ Traduction littérale de *bias* afin d'exprimer l'idée de préjugés.

³¹¹ *Directive sur la prise de décision automatisée*, préc., note 7, art. 6.1.1.

³¹² *Id.*, art. 6.

B) Les garanties disponibles aux fins de contestation

Compte tenu de l'importance grandissante des algorithmes aux fins de décision administrative automatisée (en tout ou en partie), il est utile de vérifier si la législation québécoise, en son état actuel, offre des garanties minimales en matière de contestation de ce type de décisions. La *Loi sur la justice administrative* précise que les décisions qui relèvent de l'exercice d'une fonction administrative « sont conduites dans le respect du devoir d'agir équitablement » et que les décisions défavorables doivent être motivées³¹³. Avant que le Tribunal administratif du Québec (TAQ) soit saisi d'une requête en contestation, les règles générales relatives à l'équité procédurale peuvent s'appliquer. Ces dernières ont été élaborées de manière à prendre en considération « l'importance de la décision pour les personnes privées », sans par ailleurs préciser le contenu pratique de la motivation si celle-ci est requise³¹⁴. Pour les exigences de la motivation, la Cour suprême a amorcé un mouvement de repli depuis 2011 en affirmant que des revendications liées à l'exhaustivité des motifs, ou encore à leur insuffisance, ne permettent pas à elles seules de casser une décision³¹⁵. Cette position a été confirmée dans l'affaire *Vavilov*³¹⁶.

Dans la phase ultérieure de la contestation devant le TAQ, celui-ci peut requérir de l'autorité administrative dont la décision est contestée la transmission du dossier³¹⁷. Cette obligation est formulée en des termes généraux, mais le TAQ peut subordonner la recevabilité de la preuve à des règles de communication préalable³¹⁸. L'avis de la Commission d'accès à l'information pourrait-il être envisagé à la lumière des transformations

³¹³ *Loi sur la justice administrative*, préc., note 287, art. 2 et 8.

³¹⁴ *Baker c. Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration du Canada*, préc., note 255, par. 25 et 43.

³¹⁵ *Newfoundland and Labrador Nurses' Union c. Conseil du Trésor de Terre-Neuve-et-Labrador*, 2011 CSC 62, par. 16 et 17. Sur ce repli : Kendrick LO, « When Efficiency Calls: Rethinking the Obligation to Provide Reasons for Administrative Decisions » (2018) 43-2 *Queen's Law Journal* 325.

³¹⁶ *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65, par. 91.

³¹⁷ *Loi sur la justice administrative*, préc., note 287, art. 114 et 114.1.

³¹⁸ *Id.*, art. 138.

annoncées dans le projet de loi n° 64³¹⁹? Si l'on compare les pouvoirs du TAQ avec ceux des cours judiciaires, l'utilisation du *Code de procédure civile* offre, à certains égards, plus de possibilités³²⁰. Cependant, le TAQ peut-il vraiment se prévaloir ainsi des pouvoirs généraux attribués aux juges et aux tribunaux de l'ordre judiciaire par le moyen de l'article 49 du *Code de procédure civile*³²¹? Dans la perspective d'une demande de contrôle judiciaire dirigée contre une décision administrative, les juges ont beaucoup plus de pouvoirs. Pour la communication d'un élément de preuve en possession de l'une des parties, l'article 251 du *Code de procédure civile* offrirait une solution dans l'éventualité où un organisme public serait réticent à divulguer les modalités d'utilisation d'un algorithme. Le scénario de cette disposition vise toutefois un « élément matériel de preuve », ce qui oblige à réfléchir davantage sur le statut juridique des algorithmes.

Dans la mesure où les algorithmes sont très variés dans leur fonctionnement et leurs finalités, une clarification générale de leur statut paraît illusoire. En ce qui concerne le droit administratif, la situation est néanmoins différente. Un algorithme pouvant servir de fondement à un processus de décisions automatisées, en tout ou en partie, il représente dès lors « un niveau normatif clandestin », car la mise en œuvre de la législation devient alors tributaire d'un dispositif juridique qui y est intégré³²². Il se transforme ainsi en une sorte de quasi-législation qui peut rejoindre d'autres procédés de substitution de l'action réglementaire « classique » sous forme

³¹⁹ Projet de loi n° 64, préc., note 145.

³²⁰ En l'absence de dispositions applicables à un cas particulier, le TAQ peut suppléer par toute procédure compatible avec la loi ou ses règles de procédure : *Loi sur la justice administrative*, préc., note 287, art. 108. Il peut utiliser par analogie les dispositions du *Code de procédure civile*.

³²¹ Aux fins de l'article 108, seuls des cas exceptionnels seraient considérés : Denis LEMIEUX, *Justice administrative. Loi commentée*, 3^e éd., Brossard, Publications CCH, 2009, p. 197.

³²² Dans une perspective de droit comparé, cette hypothèse a été soulevée par J.-B. AUBY, préc., note 266, p. 843, sur le fondement des travaux de Dag WIESE SCHARTUM, « Law and Algorithms in the Public Domain », (2016) 10 *Etikk i Praksis: Nordic Journal of Applied Ethics* 15.

de règlements³²³. Comme le souligne Jean-François Auby, « la gouvernance algorithmique pourrait engendrer une sorte de pouvoir réglementaire caché³²⁴ ». Dans cette perspective, il est peu probable que l'on puisse utiliser la notion de directive telle qu'elle a été élaborée en droit administratif, notamment au Québec³²⁵. Ce procédé n'a de sens que si des dérogations sont possibles, ce qui semble peu compatible avec l'uniformité et la cohérence de la rationalité algorithmique. Cependant, tout est affaire de contexte. Si un agent peut soustraire l'évaluation d'un dossier à un traitement algorithmique afin de tenir compte de ses particularismes, le rapprochement avec la notion de directive serait plus réaliste : mais pourrait-il soustraire ce dossier sans avoir prévu le résultat potentiel (la décision) en utilisant l'algorithme destiné à l'évaluation de tous les dossiers? À ces interrogations s'ajoute le fait que plusieurs algorithmes ne sont pas dénués de capacité d'apprentissage³²⁶, ce qui rend plus aléatoire la comparaison avec des notions classiques du droit administratif.

Dans cette perspective, les modalités d'utilisation d'un algorithme pourraient être examinées par une cour. En revanche, si c'est le contenu algébrique et mathématique de l'algorithme qui est visé, des dimensions liées au droit d'auteur ne peuvent être éludées. Les algorithmes, au même titre que les idées et les concepts, ne peuvent *a priori* faire l'objet d'une appropriation sous forme de droit d'auteur ou de brevet³²⁷. Par contre, si un

³²³ Sur ce phénomène de substitution, voir D. MOCKLE, « Politiques, directives et instruments de gestion », préc., note 55, par. 18.01-18.3 (« Solutions de rechange à la réglementation »).

³²⁴ J.-B. AUBY, préc., note 266, p. 844.

³²⁵ P. ISSALYS et D. LEMIEUX, préc., note 276, chap. 8, p. 715.

³²⁶ Terrence J. SEJNOWSKI, *The Deep Learning Revolution*, Cambridge (MA), Londres, MIT Press, 2018, chap. 12, p. 171 et suiv.

³²⁷ En vertu du par. 27(8) de la *Loi sur les brevets*, L.R.C. 1985, c. P-4, « Il ne peut être octroyé de brevet pour de simples principes scientifiques ou conceptions théoriques ». Selon l'Office de la propriété intellectuelle du Canada (OPIC), il n'est pas possible de faire breveter un principe scientifique, une conception théorique, une idée (..) ou un programme d'ordinateur; OFFICE DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE DU CANADA (OPIC), *Le guide des brevets*, en ligne : https://www.ic.gc.ca/eic/site/cipointernet-internetopic.nsf/fra/h_wr03652.html#whatYouCanPatent1.

ou plusieurs algorithmes sont intégrés dans un logiciel pour effectuer des opérations de sélection et de classement, les dimensions de droit d'auteur ne sont plus du même type, car ce sont alors des droits de propriété intellectuelle sur un programme informatique³²⁸. Cette forme d'opacité s'ajoute à l'opacité technique qui résulte de leur utilisation. Pour notre part, nous estimons que le rôle effectif des administrations publiques sera sans doute déterminant. Elles ne seront vraisemblablement pas à l'origine des logiciels de traitement dont elles vont se prévaloir mais, pour les modalités de leur utilisation, le principe de transparence devrait prévaloir.

Afin de remédier à ces problèmes d'accès, les autorités fédérales privilégient depuis 2009 l'utilisation de « normes ouvertes et de logiciels libres à source ouverte »³²⁹. À des fins de transparence, la *Directive sur la prise de décision automatisée* impose à l'autorité responsable de l'utilisation d'un système décisionnel automatisé de « déterminer la licence appropriée pour les composants logiciels » dans le but d'offrir des sources ouvertes. À défaut de pouvoir utiliser des logiciels libres, les autorités fédérales cherchent à se prévaloir d'un droit d'accès pour l'utilisation d'une « licence propriétaire »³³⁰. Mais dans la mesure où cette volonté d'accéder aux composants d'un logiciel est énoncée par voie de directive et non par

³²⁸ David VAVER, *Intellectual Property Law: Copyright, Patents, Trade-Marks*, 2^e éd., Toronto, Irwin Law, 2011, p. 70 et suiv. (« Computer Programs »). Cet auteur précise néanmoins ceci (p. 71) : « The program's concepts and ideas, however, have no copyright. » Si l'OPIIC considère qu'un code informatique, en tant que tel, n'est pas un bien matériel et ne constitue pas une invention brevetable en vertu de la loi, un programme informatique qui apporte une solution nouvelle peut l'être; OPIIC, *Le guide des brevets*, préc., note 327.

³²⁹ Secrétariat du Conseil du trésor du Canada, *Directive sur la gestion des technologies de l'information*, Ottawa, 2009, C.2.3.8, en ligne (à titre d'archive, car cette directive a été abrogée en 2020) : <https://www.tbs-sct.gc.ca/pol/doc-fra.aspx?id=15249>.

³³⁰ « Si l'on utilise une licence propriétaire, veiller à ce que le gouvernement du Canada détienne le droit d'accéder au système décisionnel automatisé et d'effectuer des essais sur celui-ci (..) si de telles actions sont nécessaires pour réaliser un audit, une enquête, une inspection, un examen, une mesure d'exécution ou une procédure judiciaire, sous réserve de garanties contre une divulgation non autorisée »; *Directive sur la prise de décision automatisée*, préc., note 7, art. 6.2.5.2.

une disposition législative qui aurait pu être conciliée plus facilement avec des dimensions de propriété intellectuelle, chaque ministère et organisme devra s'assurer d'obtenir cet accès lors du contrat d'approvisionnement. À défaut de garantie offerte par la législation, l'outil contractuel offre plus de possibilité.

Dans une perspective de contrôle judiciaire, il est nécessaire de faire la distinction entre la production de documents et le témoignage des agents de l'État. Aux fins de l'application de l'article 46 (1) de la *Loi sur les Cours fédérales*³³¹, la définition du terme « document » inclut des « données enregistrées ou mises en mémoire sur quelque support que ce soit par un système informatique ou un dispositif semblable³³² ». Le cas échéant, un privilège de non-divulgaration peut être revendiqué par « un affidavit de documents³³³ ». Afin de déterminer si un document électronique est admissible en preuve, « tout usage ou toute pratique » qui se rattache à la manière de l'enregistrer ou de le mettre en mémoire peut être pris en considération, eu égard, notamment, « à la nature et à l'objet du document³³⁴ ». Selon la *Loi sur la preuve*, l'expression « document électronique » est définie de la même façon qu'en ce qui concerne le fonctionnement des cours fédérales, car ce type de document correspond à un ou plusieurs dispositifs qui « contiennent des programmes d'ordinateur ou d'autres données³³⁵ ». Sur ce plan, la comparaison avec la législation québécoise offre d'autres perspectives, la notion de document y ayant été précisée de manière à inclure les logiciels³³⁶. Enfin, la divulgation de renseignements reste sujette à des possibilités d'opposition fondées sur des raisons d'intérêt public (le secret administratif) dont la pertinence peut être appréciée par la Cour fédérale ou une cour supérieure³³⁷.

³³¹ *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. 1985, c. F-7, art. 46 (1) al. ii.

³³² *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, art. 222 (1).

³³³ *Id.*, art. 223 (2).

³³⁴ *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. 1985, c. C-5, art. 31.5.

³³⁵ *Id.*, art. 31.8.

³³⁶ *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*, préc., note 5, art. 71. Cette loi doit être lue avec quelques dispositions du *Code civil du Québec* relatives aux moyens de preuve, notamment les articles 2855 et 2860 (force probante et document technologique, respectivement).

³³⁷ *Loi sur la preuve*, préc., note 334, art. 37 (1) et (3); art. 283 C.p.c.

Pour ce qui est des considérations relatives aux dimensions contentieuses, il ne faut pas perdre de vue la distinction entre le contentieux administratif et le contentieux constitutionnel. Aux fins de notre analyse sur les algorithmes, le contentieux administratif permet de mettre en lumière des dimensions relatives au principe de légalité, notamment le respect des exigences de la loi, les conditions d'exercice du pouvoir discrétionnaire, ainsi que les exigences de l'équité procédurale. Le contentieux constitutionnel offre la possibilité de réintroduire l'une des questions les plus controversées relativement à l'utilisation des algorithmes, soit celle de la discrimination induite par leur usage³³⁸. Dans la perspective de l'application des garanties offertes par la *Charte canadienne des droits et libertés*³³⁹, le recours à des algorithmes constitue une forme de l'action gouvernementale³⁴⁰.

³³⁸ Tout en reconnaissant que les algorithmes peuvent engendrer de la discrimination, un auteur suggère de recentrer l'analyse sur l'encadrement des données, et non sur la configuration des algorithmes : Ignacio N. COFONE, « Algorithmic Discrimination Is an Information Problem », (2019) 70-6 *Hastings Law Journal* 1389, 1416 (« Focus on Data Regulation, Not Algorithmic Regulation »). Pour des publications orientées vers la justice pénale, voir en droit américain : Sonja B. STARR, « Evidence-based Sentencing and the Scientific Rationalization of Discrimination », (2014) 66-4 *Stanford Law Review* 803, 836 (« The Social Harm of Demographic and Socioeconomic Sentencing Discrimination »); Sandra G. MAYSON, « Bias in, Bias out », (2019) 128-8 *Yale Law Journal* 2218, 2227 (« The Impossibility of Race Neutrality »). Pour une étude du contexte canadien, voir Kate ROBERTSON, Cynthia KHOO et Yolanda SONG, *To Surveil and Predict. A Human Rights Analysis of Algorithmic Policing in Canada*, Toronto, Faculté de droit, Citizen Lab et International Human Rights Program, 2020.

³³⁹ *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. 32.

³⁴⁰ Ce constat a été fait en droit américain : Kate CRAWFORD et Jason SCHULTZ, « AI Systems as State Actors », (2019) 119 *Columbia Law Review* 1941, 1944 (« Seeing like a State AI System »). La jurisprudence de la Cour suprême du Canada sur la portée de l'article 32 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, préc., note 305, rend cette assimilation vraisemblable si l'organisme est une « entité gouvernementale ». Si un algorithme est utilisé pour l'exécution d'un programme gouvernemental, la nature de l'entité n'est pas le seul élément à prendre en considération.

C) La perspective de la justice prédictive

Notre analyse a privilégié l'utilisation des algorithmes par des administrations publiques « classiques » qui exercent des fonctions administratives pour l'attribution d'autorisations, de prestations ou d'indemnités. L'utilisation des algorithmes par la justice administrative et judiciaire ouvre d'autres perspectives. Ce phénomène est plus vaste que l'utilisation potentielle que peuvent en faire différentes catégories de cours et de tribunaux puisque des acteurs privés de type « jeune pousse » (*start-up*), spécialisés dans les dispositifs juridiques (*legaltechs*), offrent des logiciels d'anticipation aux professionnels du droit et aux compagnies d'assurances dans le but de prévoir les décisions des juges³⁴¹. Notre réflexion se limitera ici au recours à des outils de justice prédictive par les juges et le personnel qui leur est attaché.

Dans un passé rapproché, la perspective d'une justice prédictive avait suscité beaucoup de scepticisme à cause de l'importance des concepts flous en droit et des contraintes inhérentes à l'argumentation³⁴². De nombreux travaux peuvent être cités pour la spécificité du raisonnement juridique, spécialement dans le monde de la common law³⁴³. *A priori*,

³⁴¹ Quelques acteurs ont acquis une certaine notoriété. À titre d'exemple, pour le droit américain : Lex Machina (LexisNexis) et Watson/Ross (IBM); pour le droit britannique : Luminance et Hart; pour le droit français : Case Law Analytics, Predictive et JurisData Analytics (LexisNexis).

³⁴² Andrée LAJOIE, Régine ROBIN et Armelle CHITRIT, « L'apport de la rhétorique et de la linguistique à l'interprétation des concepts flous », dans Danièle BOURCIER et Pierre MACKAY (dir.), *Lire le droit. Langue, texte, cognition*, Paris, L.G.D.J., 1992, 155; Sébastien MCEVOY, « La question de l'arrêt : le cas de l'argumentation dans le droit », dans Danièle BOURCIER et Pierre MACKAY (dir.), préc., 173.

³⁴³ Herbert HART, *The Concept of Law*, 3^e éd., Oxford, New York, Oxford University Press, 2012, p. 124 (« The Open Texture of Law »)[1^{re} éd. : 1961]; Martin P. GOLDING, *Legal Reasoning*, New York, A. Knopf, 1984, p. 35 et suiv. (« Types of Legal Argument »); Ronald DWORKIN, *L'empire du droit*, Paris, Presses universitaires de France, 1994, chap. 2, p. 49 (« Concepts d'interprétation ») [*Law's Empire*, 1^{re} éd. : 1986]; Joseph RAZ, *Between Authority and Interpretation: On the Theory of Law and Practical Reason*, Oxford, Oxford University Press, 2009, chap. 8 (« Reasoning with Rules »); Frederick SCHAUER, *Penser en juriste. Nouvelle introduction au raisonnement juridique*, Paris, Dalloz,

plusieurs domaines du droit requièrent une marge d'appréciation et d'interprétation qui n'est pas réductible à des éléments de logique formelle qui iraient dans le sens de l'automatisme.

En dépit de ces réelles contraintes inhérentes au droit, la perspective d'une justice prédictive fondée sur des algorithmes d'anticipation³⁴⁴ retient désormais l'attention, tant en monde francophone³⁴⁵ que dans le monde anglophone³⁴⁶. Avant cette étape qui peut paraître encore éloignée, la dématérialisation de la justice est déjà une réalité avec l'ambition britannique des tribunaux en ligne (*online courts*) qui a démarré en 2015 pour les affaires civiles de moindre importance³⁴⁷, ainsi que pour la justice

2018 [*Thinking like a Lawyer: A New Introduction to Legal Reasoning*, 1^{re} éd. : 2009]. Pour le monde francophone, dans la perspective des travaux instaurés par Charles Perelman, voir Stefan GOLTZBERG, *L'argumentation juridique*, 4^e éd., Paris, Dalloz, 2019, chap. 2, p. 28.

³⁴⁴ Sur l'analyse prédictive, voir Daniel D. GUTIERREZ, « Guide Inside BIGDATA de l'analyse prédictive », en ligne : < <https://www.celge.fr/wp-content/uploads/2015/12/guide-analyse-prédictive.pdf> >.

³⁴⁵ Yannick MENECEUR, « Quel avenir pour la justice prédictive? Enjeux et limites des algorithmes d'anticipation des décisions de justice », *La Semaine juridique édition générale*, n° 7, 12 février 2018; Lémy GODEFROY, « La performativité de la justice prédictive : un pharmakon? », dans St. PRÉVOST et E. ROYER, préc., note 267, 96; Bruno DONDERO, « Justice prédictive : la fin de l'aléa judiciaire? », *Recueil Dalloz*, 2017, p. 532; Thomas CASSUTO, « La justice à l'épreuve de sa prédictibilité », dans St. PRÉVOST et E. ROYER, préc., note 267, 107; Pierre-Luc DÉZIEL, « L'utilisation de renseignements personnels dans le contexte de la justice prédictive : le cas des outils actuariels d'évaluation des risques de récidive », (2018) 60 *Archives de philosophie du droit* 253. Benoît PLESSIX, « Vers une justice administrative prédictive? », dans ASSOCIATION FRANÇAISE POUR LA RECHERCHE EN DROIT ADMINISTRATIF, *Le droit administratif au défi du numérique*, Paris, Dalloz, 2019, 81, à la p. 96 (La justice administrative peut-elle devenir entièrement prédictive?).

³⁴⁶ Ashley DEEKS, « The Judicial Demand for Explainable Artificial Intelligence », (2019) 119-7 *Columbia Law Review* 1829; Catherine MATACIC, « Are Algorithms Good Judges? », (2018) 359 *Science* 263; Andrea L. ROTH, « Trial by Machine », (2016) 104-5 *Georgetown Law Journal* 1245, 1252 (« The Uneven, Contingent Rise of Mechanized Criminal Adjudication »).

³⁴⁷ Nick HOLMES, « The Online Court and the Digitisation of Justice », *Infolaw Newsletter*, juin 2019, en ligne : < infolaw.co.uk >. Cette réforme de la justice fait suite au dépôt du rapport du groupe de travail dirigé par le professeur Richard

administrative en France avec l'application Télérecours, lancée en 2012³⁴⁸ et devenue obligatoire depuis le 1^{er} janvier 2017³⁴⁹. Le Québec a élaboré des plans afin d'assurer la transition numérique de la justice pour 2023³⁵⁰. Pour ce qui est du reste du Canada, il faut reconnaître le rôle avant-gardiste de la Colombie-Britannique qui a créé en 2012 le British Columbia Civil Resolution Tribunal, fort probablement le premier exemple de justice offerte en ligne³⁵¹.

Comme en témoignent ces exemples, la dématérialisation ne serait que la première étape d'une évolution technologique en plusieurs temps, l'usage plus ou moins exhaustif de l'algorithme ne venant qu'en dernier, dans des matières qui se prêtent à ce type de calcul pour des décisions automatisées³⁵². La première étape, très contemporaine, celle de la cyberjustice, retient davantage l'attention compte tenu des difficultés liées au fait d'assurer la présence des parties et de leurs avocats dans le contexte

SUSSKIND, *Online Dispute Resolution for Low Value Civil Claims*, février 2015, en ligne : < <https://www.judiciary.uk/publications/online-dispute-resolution-for-low-value-civil-claims-2/> >.

348 *Décret n° 2012-1437 du 21 décembre 2012 relatif à la communication électronique devant le Conseil d'État, les cours administratives d'appel et les tribunaux administratifs*, JORF n° 0299 du 23 décembre 2012.

349 Laurence HELMLINGER, « Télérecours : la dématérialisation devient obligatoire devant les juridictions administratives pour les avocats et les administrations », (2017) 1 *RFDA* 12.

350 « Mettre la Justice à l'heure des nouvelles technologies », dans GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, *Le plan pour moderniser le système de justice au Québec : pour une Justice plus innovante et plus efficiente, au bénéfice de tous*, Québec, 2018, en ligne : < <https://www.justice.gouv.qc.ca/ministere/dossiers/transformation/> >; MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, *Plan stratégique 2019-2023*, Québec, 2019, p. 22, en ligne : < <https://www.quebec.ca/gouv/ministere/justice/publications/plan-strategique-mjq-2019-2023/> >.

351 BRITISH COLUMBIA CIVIL RESOLUTION TRIBUNAL, en ligne : < <https://civilresolutionbc.ca> >. Ce tribunal a été créé par la *Civil Resolution Tribunal Act*, S.B.C. 2012, c. 25.

352 Cette analyse chronologique a été proposée par Marc CLÉMENT, « Algorithmes au service du juge administratif : peut-on en rester maître? », (2017) 43 *AJDA* 2453, 2454.

de la pandémie de COVID-19³⁵³. Si les travaux de Richard Susskind ont connu un regain d'intérêt en raison du contexte pandémique³⁵⁴, cette situation confère surtout une acuité particulière au virage numérique de la justice³⁵⁵. Ainsi, au Québec, le Tribunal administratif du travail et le TAQ ont amorcé un virage numérique qui devrait être achevé en 2021³⁵⁶.

Cette évolution de la justice dépasse les limites de notre analyse centrée sur la mutation numérique des administrations publiques. Toutefois, ces dimensions revêtent une grande importance pour l'évolution de la justice administrative au Canada. Cette dernière correspond en partie, et non de façon exclusive, à un contentieux technique où les éléments de quantification et de mesurabilité s'avèrent déterminants pour l'appréciation des faits (logement, indemnités, prestations). Ce contentieux technique équivaut, dans une perspective relativement similaire, à ce qui a été décrit comme des « conflits de basse intensité³⁵⁷ ». Les tribunaux administratifs disposent déjà de bases de données considérables, ne serait-ce que pour permettre l'emploi de termes de recherche afin d'analyser leurs décisions

³⁵³ Le Laboratoire de cyberjustice de l'Université de Montréal a élaboré une plateforme de règlement en ligne (PARLe) afin d'offrir une solution de rechange au ralentissement des activités judiciaires : en ligne : < <https://nouvelles.umontreal.ca/article/2020/04/03/la-cyberjustice-en-temps-de-pandemie/> >.

³⁵⁴ Richard SUSSKIND, *Online Courts and the Future of Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2019, p. 95 et suiv.

³⁵⁵ Ethan KATSH et Orna RABINOVICH-EINY, *Digital Justice. Technology and the Internet of Disputes*, New York, Oxford University Press, 2017; Karim BENYEKHLEF et Jie ZHU, « À l'intersection de l'ODR et de l'intelligence artificielle : La justice traditionnelle à la croisée des chemins », (2020) 25-3 *Lex Electronica* 34, 61 (La dématérialisation de la justice : une tendance irréversible).

³⁵⁶ Pour le TAQ, le dépôt d'un recours en ligne est consultable uniquement dans le cas de la Section des affaires sociales : en ligne : < <https://riil.servicestaq.gouv.qc.ca/taq.riil.presentation/> >. Dans le cas du Tribunal administratif du travail, ce service est offert pour la Division de la santé et de la sécurité du travail ainsi que pour la Division de la construction et de la qualification professionnelle : en ligne : < <https://www.tat.gouv.qc.ca/menu-utilitaire/services-en-ligne> >.

³⁵⁷ Cette expression est employée afin de désigner des litiges (consommation, logement, services publics, travail, infractions pénales mineures) où les questions de droit restent peu complexes : Karim BENYEKHLEF et Jie ZHU, « Intelligence artificielle et justice : justice prédictive, conflits de basse intensité et données massives », (2018) 30-3 *Les Cahiers de propriété intellectuelle* 789, 796.

antérieures. À cet égard, les outils numériques ne peuvent que faciliter la synthèse de leur jurisprudence par rapport à des éléments factuels qui se prêtent à la quantification. L'usage de logiciels de systématisation aux fins de synthèse algorithmique paraît donc inéluctable, notamment dans le domaine de l'indemnisation. Ainsi, en 2017 le Laboratoire de cyberjustice a proposé la mise au point d'un modèle prédictif à partir des décisions rendues antérieurement par la Régie du logement³⁵⁸.

La prudence est cependant indispensable, car il ne faut pas déduire de cette évolution que tout sera automatisé en matière de justice administrative car, pour établir un taux d'incapacité par exemple, un examen médical reste requis. Ce ne serait ou sera qu'une fois ce taux déterminé, que le juge administratif pourrait ou pourra évaluer, au même titre qu'un décideur administratif, le montant admissible par la synthèse des éléments du dossier, particulièrement sur la base de ce qui a déjà été attribué dans des cas à peu près identiques. En ce qui concerne l'avenir de la profession juridique, c'est une autre dimension à l'égard de laquelle il ne faut pas être trop pessimiste³⁵⁹, malgré les projections proposées par Susskind³⁶⁰. Comme le montrent plusieurs décisions rendues par les tribunaux administratifs, l'appréciation de certains types de faits en matière d'attribution de permis ne se prête pas à une évaluation algorithmique. Le retrait d'un permis d'alcool pour cause d'atteinte à la tranquillité publique en est un exemple, car le tribunal est alors appelé à évaluer la crédibilité d'un ou de plusieurs témoignages, sans oublier le comportement des parties. Il est néanmoins possible de prévoir l'usage des algorithmes au sein des tribunaux administratifs dans certaines matières. De façon prudente et réaliste, il serait utile de mener quelques expériences pilotes afin d'offrir

³⁵⁸ Le logiciel JusticeBot offre les services d'un agent conversationnel qui permet de prévoir le type de décision qui pourrait être rendue en matière de logement locatif : en ligne : < <https://www.cyberjustice.ca/projets/justicebot/> >.

³⁵⁹ Brian SIMPSON, « Algorithms or Advocacy: Does the Legal Profession Have a Future in a Digital World? », (2016) 25 *Information & Communications Technology Law*, 50 (la réponse à la question posée dans le titre de cet article sera positive si la formation des juristes est revue en conséquence de ces changements).

³⁶⁰ Richard SUSSKIND, *The End of Lawyers? Rethinking the Nature of Legal Services*, New York, Oxford University Press, 2008, p. 99 et 217.

aux justiciables, sur une base volontaire, la possibilité de se prévaloir d'un logiciel d'anticipation pour le résultat de leur demande. Au même titre que la conciliation, la justice prédictive pourrait compléter les mécanismes de rechange déjà offerts. Le tribunal, avec l'accord des parties, pourrait entériner le résultat et l'inclure dans ses décisions. Au Québec, les cours et les tribunaux ont l'habitude de recourir à des projets pilotes. Ce type de précaution donnerait au législateur le recul nécessaire afin de modifier la loi en vue de déterminer des balises³⁶¹.

Pour les justiciables, le caractère volontaire de cette démarche se révèle essentiel. La « maîtrise par l'utilisateur³⁶² » a été reconnu à titre de principe général dans la *Charte éthique européenne d'utilisation de l'intelligence artificielle dans les systèmes judiciaires* de 2018, au même titre que quatre autres principes : 1) le respect des droits fondamentaux; 2) l'absence de discrimination; 3) la qualité et la sécurité; et 4) la transparence, la neutralité et l'intégrité³⁶³. Cette charte confirme la nécessité de reconnaître des garanties analogues à celles que nous avons mises en évidence en matière de procédure administrative non contentieuse. La transparence technique en est un exemple, car un système algorithmique « pourrait être également explicable dans un langage clair et vulgarisé afin de décrire la manière dont il produit ses résultats, en communiquant par exemple sur la nature des prestations proposées, les outils développés, les performances et les risques d'erreur³⁶⁴ ». Il est aussi nécessaire d'éviter une automatisation complète, qui serait dépourvue de toute appréciation qualitative. L'utilisation des algorithmes peut susciter des craintes légitimes à ce sujet. Sur ce point, la Charte affirme que « le professionnel de la justice » (en fait, ce sont surtout les juges et leurs auxiliaires) doit conserver,

³⁶¹ Dans le cas de la *Loi sur la justice administrative*, préc., note 287, il faudrait ajouter quelques dispositions après la section IV du chapitre VI relative à la conciliation (art. 119.6-124).

³⁶² Cette expression inclut les professionnels de la justice.

³⁶³ COMMISSION EUROPÉENNE POUR L'EFFICACITÉ DE LA JUSTICE, *Charte éthique européenne d'utilisation de l'intelligence artificielle dans les systèmes judiciaires et leur environnement*, 2018, p. 7, en ligne : < <https://rm.coe.int/charte-ethique-fr-pour-publication-4-decembre-2018/16808f699b> > (ci-après « Charte éthique européenne »).

³⁶⁴ *Id.*, p. 11.

à tout moment, la possibilité de ne plus utiliser un système automatisé « au vu des spécificités d'une affaire concrète³⁶⁵ ». La Charte offre en annexe une étude menée par un groupe d'experts scientifiques sur le recours à l'intelligence artificielle par les systèmes judiciaires des États membres du Conseil de l'Europe³⁶⁶. Elle offre une mine de renseignements pertinents pour le fonctionnement de la justice au Canada.

Enfin, parmi diverses pistes d'analyse, on ne peut que s'interroger sur le contenu du RGPD pour l'évolution future du droit canadien. Bien qu'il ne s'applique pas directement au Canada³⁶⁷, il offre une base utile de comparaison. Sur le plan des principes, il interdit l'automatisation complète et exhaustive des décisions individuelles³⁶⁸, sous réserve de trois exceptions, notamment si le droit de l'Union européenne ou celui d'un État membre « prévoit également des mesures appropriées pour la sauvegarde des droits et libertés et des intérêts légitimes de la personne concernée³⁶⁹ ». L'exclusion de l'automatisation complète était déjà acquise dans certains droits nationaux au sein de l'Union européenne, comme le montre l'exemple de la France depuis 1978. Le RGPD n'offre pas *a priori* de distinction entre les décisions issues d'une fonction administrative par opposition à celles qui découlent d'une fonction juridictionnelle. Le véritable enjeu consiste à déterminer si un logiciel de prédiction de décisions administratives ou juridictionnelles correspond à un processus

³⁶⁵ *Id.*, p. 12 : « Le professionnel de la justice devrait à tout moment pouvoir revenir aux décisions et données judiciaires ayant été utilisées pour produire un résultat et continuer à avoir la possibilité de s'en écarter au vu des spécificités de l'affaire concrète. »

³⁶⁶ *Id.*, annexe 1 : « Étude approfondie sur l'utilisation de l'IA dans les systèmes judiciaires, notamment les applications d'IA assurant le traitement des décisions et des données judiciaires. »

³⁶⁷ Les entreprises canadiennes présentes dans les États membres de l'Union européenne doivent tout de même respecter le RGPD. Plusieurs avis ont été diffusés sur ce sujet, notamment celui du CONSEIL CANADIEN DES NORMES, en ligne : < <https://www.scc.ca/fr/RGPD> >.

³⁶⁸ « La personne concernée a le droit de ne pas faire l'objet d'une décision fondée exclusivement sur un traitement automatisé, y compris le profilage, produisant des effets juridiques la concernant ou l'affectant de manière significative de façon similaire » : RGPD, préc., note 25, art. 22 (1).

³⁶⁹ *Id.*, art. 22 (2) b.

d'automatisation complète, ce dont on peut douter, car l'examen des faits requiert plusieurs types d'appréciation où l'expertise des décideurs reste déterminante. Il n'en demeure pas moins probant que ce processus d'automatisation, même partiel, représente un « virage mathématique du droit³⁷⁰ ».

Conclusion

Si le droit du numérique devait être appréhendé comme un tout, la réponse requise pour le choix des instruments ne pourrait qu'être nuancée. Certains domaines ne se prêtent pas beaucoup, ou fort peu, à des interventions législatives, ce qui explique le recours à des instruments de droit souple. À la fin de leur ouvrage sur l'intelligence artificielle et les robots, Alain Bensoussan et Jérémy Bensoussan offrent une liste qui regroupe une vingtaine de textes sous forme de chartes, de lignes directrices, de principes, de codes d'éthique, de déclarations, de modèles de convention, ainsi que des réflexions et des livres blancs en provenance d'acteurs publics et privés qui disposent d'une réelle expertise dans ce domaine³⁷¹. En dépit de la relative incertitude liée à cet essor technologique, les deux auteurs n'en proposent pas moins une synthèse des enjeux juridiques en regroupant plusieurs types de droit sous trois rubriques : les droits en filiation (parmi lesquels figurent le droit d'accès aux algorithmes, le droit à la compréhension et le droit à l'information), les droits de rupture (qui regroupent la responsabilité et la vigilance) et les droits fondamentaux (où l'on trouve, entre autres, la dignité et l'intimité). Malgré sa généralité, le droit du numérique soulève des enjeux précis qui rejoignent des concepts fondamentaux largement connus des juristes.

³⁷⁰ Antoine GARAPON et Jean LASSÈGUE, *Justice digitale. Révolution graphique et rupture anthropologique*, Paris, Presses universitaires de France, 2018, p. 104 (nouvelle approche «droit et mathématiques»); Alain SUPLOT, *La Gouvernance par les nombres. Cours au Collège de France (2012-2014)*, Paris, Fayard, 2015, p. 215 et suiv.

³⁷¹ A. BENSOUSSAN et J. BENSOUSSAN, préc., note 237, p. 451 et suiv. Dans cette perspective, la *Déclaration de Montréal pour le développement responsable de l'intelligence artificielle* (2018) présente un réel intérêt : en ligne : < <https://www.declarationmontreal-iaresponsable.com/la-declaration> >.

La transition numérique des administrations publiques apparaît ainsi sous un éclairage différent. Elle réactualise une dimension classique du droit public, puisqu'il est alors question des droits et des garanties de la population par rapport à l'action publique et gouvernementale. Depuis les progrès décisifs accomplis aux XIX^e et XX^e siècles en matière de contentieux administratif et de contentieux constitutionnel, l'action administrative doit répondre à des impératifs largement connus suivant les traditions nationales : le principe de légalité, la primauté du droit (*rule of law*) et l'État de droit. L'utilisation de l'intelligence artificielle et des algorithmes ne peut échapper à ces exigences en matière d'action publique³⁷², notamment dans le contexte canadien, à des impératifs issus des droits reconnus dans la *Charte canadienne des droits et libertés*³⁷³, ainsi que dans la *Charte des droits et libertés de la personne*³⁷⁴. Comme le montre l'état des réflexions outre-Atlantique, le numérique oblige à repenser la question des droits fondamentaux³⁷⁵. Le 8 avril 2020, le Conseil de l'Europe a publié des lignes directrices afin d'énoncer des obligations qui incombent aux États à l'égard de la protection et de la promotion des droits de la personne et des libertés fondamentales pour l'utilisation de systèmes algorithmiques³⁷⁶.

³⁷² Emily BERMAN, « A Government of Laws and not of Machines », (2018) 98 *Boston University Law Review* 1277, 1349 (« Undermining the Rule of Law »); Ronan KENNEDY, « Algorithms and the Rule of Law », (2017) 17-3 *Legal Information Management* 170, 171 (« Public Sector Use and Difficulties »).

³⁷³ *Charte canadienne des droits et libertés*, préc., note 339.

³⁷⁴ *Charte des droits et libertés de la personne*, RLRQ, c. C-12.

³⁷⁵ LES RAPPORTS DU CONSEIL D'ÉTAT, *Le numérique et les droits fondamentaux*, Étude annuelle 2014, Paris, La Documentation française, 2014, p. 153 et suiv. (l'ambivalence du numérique impose de repenser la question des droits fondamentaux).

³⁷⁶ CONSEIL DE L'EUROPE, *Recommandation CM/Rec (2020)1 du Comité des Ministres aux États membres sur les impacts des systèmes algorithmiques sur les droits de l'homme*, Strasbourg, 8 avril 2020, en ligne : < https://search.coe.int/cm/pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016809e1124 >. À titre de rappel, le Canada occupe une position d'observateur au sein du Conseil de l'Europe depuis 1996 et participe activement à de nombreux comités, notamment celui qui est lié aux enjeux soulevés par l'intelligence artificielle et l'utilisation des algorithmes.

Dans la *Stratégie de transformation numérique gouvernementale*, le Québec énumère six vecteurs d'accélération où la question du droit est absente³⁷⁷. Il est possible d'argumenter que la « performance numérique » des administrations publiques requiert des transformations substantielles sur le plan technique³⁷⁸, ainsi que pour les habilités requises, notamment en matière de culture et de compétence numérique. Afin d'assurer « des relations adaptées à la réalité des citoyens », les autorités ont priorisé l'amélioration technique des services³⁷⁹, sans tenir compte de l'autre dimension, qui est celle des « droits », mais aussi celle du droit pour lequel il n'y avait pas de stratégie. À l'heure actuelle, le cadre législatif – québécois ou canadien – n'est pas approprié en vue d'offrir des balises³⁸⁰.

Pour remédier à ce déséquilibre, plusieurs solutions peuvent être étudiées. La première consiste à modifier quelques lois afin de proposer un cadre juridique mieux adapté à cette transition numérique. De nombreux enjeux de la transition numérique rejoignent un corpus de lois préexistantes³⁸¹, comme en témoigne la législation en matière de protection de la vie privée et d'accès à l'information. Ce scénario de modification de la législation reste le plus plausible ainsi que le montre le cheminement du projet de loi n° 64 au Québec depuis juin 2020³⁸². Au niveau fédéral, la législation dans ce domaine sera peut-être modifiée dans un avenir rapproché³⁸³. Sur ce point, le Commissaire à la vie privée du Canada

³⁷⁷ SECRÉTARIAT DU CONSEIL DU TRÉSOR DU QUÉBEC, préc., note 12 : 1) Gouvernance numérique; 2) Culture et compétences numériques; 3) Innovation numérique; 4) Écosystème numérique; 5) Architecture, gestion et sécurité de l'information; 6) Performance numérique.

³⁷⁸ K. MENSAH, préc., note 53.

³⁷⁹ SECRÉTARIAT DU CONSEIL DU TRÉSOR DU QUÉBEC, préc., note 12, p. 6.

³⁸⁰ Sur ce point, le constat de l'inadaptation du cadre juridique avait déjà été fait en 2004 par K. BENYEKHLEF, préc., note 106, p. 276.

³⁸¹ Outre la *Loi sur l'administration publique*, préc., note 57, d'autres lois sont pertinentes, notamment la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*, préc., note 5, et la *Loi sur la justice administrative*, préc., note 287, art. 2-8.

³⁸² Projet de loi n° 64, préc., note 145.

³⁸³ JUSTICE CANADA, *Modernisation de la Loi sur la protection des renseignements personnels du Canada*, juin 2020, en ligne : < <https://www.justice.gc.ca/fra/sjc-csj/lprp-pa/dd-dp/index.html> >.

recommandait en 2019 la modernisation des lois sur la protection des renseignements personnels³⁸⁴. Si cette étape s'avère indispensable pour le respect du droit à la vie privée, le deuxième scénario, plus ambitieux, aurait été d'offrir une loi de transition numérique plus exhaustive en matière de droits et libertés, à la lumière des initiatives récentes menées au Québec et en Ontario. Si cette loi de transition peut correspondre, en tout ou en partie, au contenu du RGPD, afin d'offrir des balises plus précises pour les droits des internautes, le droit comparé montre également qu'une loi peut viser de façon plus particulière la transformation numérique des administrations publiques. Enfin, la dernière solution, plutôt axée sur des enjeux de droit administratif, pose des difficultés considérables dans le contexte canadien en l'absence de codification de la procédure administrative non contentieuse.

Dans la recherche de nouvelles solutions, le principe de transparence³⁸⁵ est appelé à jouer un rôle déterminant. Largement reconnu comme principe de bonne gouvernance et de bon gouvernement³⁸⁶, il transcende plusieurs types de savoir qui ont pour objet l'étude des administrations publiques et, de façon plus générale, le fonctionnement des organisations³⁸⁷. Il figure également dans les nombreuses chartes et déclarations de principe relatives à divers aspects du numérique. Sur ce fondement, les administrations publiques devraient fournir une information minimale sur le type de données personnelles qu'elles recueillent, sur les garanties de confidentialité qu'elles offrent et sur leur utilisation de ces données (le site Web de chaque organisme devrait être mis à contribution). Dans le même esprit, elles devraient indiquer qu'elles se servent d'un ou de plusieurs algorithmes aux fins de processus en partie automatisés, notamment pour en expliquer les modalités d'utilisation. Enfin, pour

³⁸⁴ COMMISSARIAT À LA PROTECTION DE LA VIE PRIVÉE DU CANADA, *Rapport annuel au Parlement 2018-2019*, préc., note 227, p. 8 (« Réforme des lois sur la protection des renseignements personnels »).

³⁸⁵ Au Québec, ce principe est explicitement reconnu dans l'article premier de la *Loi sur l'administration publique*, préc., note 57.

³⁸⁶ Daniel MOCKLE, « Le principe général du bon gouvernement », (2019) 60-4 *C. de D.* 1031, 1072.

³⁸⁷ Jens FORSSBAECK et Lars OXELHEIM (dir.), *The Oxford Handbook of Economic and Institutional Transparency*, New York, Oxford University Press, 2015, p. 5.

réactualiser dans un sens plus contemporain les exigences de motivation propres au droit administratif, les autorités administratives devraient mentionner dans leurs décisions le poids réel d'un algorithme afin d'en expliquer les conditions d'utilisation. Si les autorités abordent ces dimensions par voie de politiques et de directives, elles le font en ordre dispersé sans recourir à la législation.

D'autres questions doivent aussi être évaluées par le législateur. Suivant l'exemple offert par le RGPD, faut-il reconnaître le droit de ne pas faire l'objet d'une décision fondée exclusivement sur un traitement automatisé, en incluant le profilage? Un compromis possible serait de reconnaître cette garantie, sauf si le législateur prévoit expressément un processus complet d'automatisation dans le traitement de données. Dans la mesure où l'identité numérique de chaque citoyen ou citoyenne est appelée à devenir sous peu la normalité, il paraît indispensable de préciser les composantes de cette identité par le recours à la législation. De même, la numérisation de données personnelles en vue de préciser les contours de cette identité ouvre la perspective de l'utilisation de moyens techniques de plus en plus efficaces pour la reconnaissance faciale et la traçabilité de toute la population par l'insertion de dispositifs sur les téléphones intelligents. À tout le moins, les critères de sécurité devraient être définis par la loi. Enfin, la question de l'accessibilité risque d'être récurrente en dépit de l'optimisme affiché par les autorités³⁸⁸. Si l'accessibilité est l'un des objectifs de la *Loi sur l'administration publique*³⁸⁹, l'égalité n'est pas aussi explicite. Afin d'éviter l'exclusion, faut-il réaffirmer l'égalité dans l'accès aux services publics peu importe les garanties offertes par les chartes?

³⁸⁸ Outre le facteur générationnel, des dimensions sociales et économiques peuvent induire l'exclusion, notamment pour les personnes peu scolarisées : Serge KABLAN, Arthur OULAÏ et Emma ELLIOTT, « Legal Aspects of Accessibility and Usability of Online Public Services in Quebec and Canada », (2015) 15-3 *Electronic Commerce Research* 387, 396 (distinction proposée entre les termes *accessibility* and *usability*). Ce texte commente également les positions de la Cour fédérale sur le sujet dans l'arrêt *Jodhan c. Procureur général du Canada*, 2010 CF 1197. Pour un bilan plus récent dans le contexte de la pandémie de Covid-19 : A. BAHARY-DIONNE et K. GENTELET, préc., note 31, p. 10 (trois dimensions des inégalités numériques).

³⁸⁹ *Loi sur l'administration publique*, préc., note 57, art. 6.

Notre étude ne saurait prétendre à l'exhaustivité dans l'évaluation de ces enjeux³⁹⁰ : cependant, la dimension centrale n'en reste pas moins celle de la légitimité du droit et de la législation dans la transition numérique des administrations publiques. Sans balises juridiques, le virage numérique annoncé par le Conseil du trésor du Québec, ainsi que par celui du Canada, pourrait n'être qu'une redite de la première transition numérique, celle du « moment 2000 ». Si les événements liés à la pandémie de COVID-19 accélèrent le rythme de la transition numérique et son intensité, il faut souhaiter que le « moment 2020 » puisse refléter un meilleur équilibre dans le choix des instruments d'action. En dépit de leur utilité administrative, les outils de gestion de type lignes directrices, politiques, chartes administratives et stratégies ne peuvent résoudre les vraies questions, celles qui sont liées au droit, mais encore moins celles des droits. Le Québec a désormais amorcé un mouvement favorable à la législation, et le Canada, au niveau fédéral, doit également le faire dans la perspective du droit public. Pour reprendre la formule largement connue de Dworkin qui vise les droits fondamentaux (*taking rights seriously*), il faut prendre le droit plus au sérieux pour la transition numérique des administrations publiques³⁹¹.

³⁹⁰ Cette étude est largement orientée vers les relations des administrations publiques avec le public. L'exhaustivité aurait nécessité d'aborder l'automatisation du travail au sein des administrations publiques, notamment pour le travail à distance, ainsi que l'usage de robots et de machines autonomes afin de remplacer des catégories de personnel ou de pallier le vieillissement de la main-d'œuvre.

³⁹¹ Ronald DWORKIN, *Prendre les droits au sérieux*, Paris, Presses universitaires de France, 1995.

Le pouvoir de redevance réglementaire des municipalités du Québec : un outil propice au développement urbain durable et à l'équité fiscale*

par Marie-Claude PRÉMONT**
et Fanny TREMBLAY-RACICOT***

La convergence de la crise climatique avec la pandémie de COVID-19 a permis de confirmer, voire de révéler pour plusieurs, des phénomènes comme la lourde dépendance à l'automobile, la place prépondérante qu'elle occupe dans les villes et la tyrannie qu'elle impose dans la conception des espaces et des milieux de vie. Le présent article avance l'idée selon laquelle les municipalités doivent profiter des conséquences de la crise sanitaire pour mettre en œuvre les nouveaux outils dont elles disposent afin d'ouvrir la voie à des changements systémiques, graduels et stables en vue de mieux répondre aux exigences de la crise climatique et d'un développement plus soutenable. Le présent article a pour principal objectif de contribuer à la connaissance du concept de la redevance réglementaire et de ses trois régimes, dont les contours juridiques sont présentés en détail : la redevance sur les carrières et les sablières; la redevance de développement, y compris sa relation avec l'entente avec les promoteurs; et, enfin, le pouvoir général de redevance réglementaire. Bref, la redevance réglementaire pourrait, d'une part, améliorer la contribution des municipalités aux objectifs de réduction des gaz à effet de serre (GES) et la qualité de vie des citoyens qui les habitent et y travaillent et, d'autre part, favoriser l'équité fiscale entre contribuables municipaux en réduisant la dépendance à la taxe foncière.

* Une première version de certaines parties de notre article ont été présentées dans deux rapports produits pour Transition énergétique Québec (TEQ) qui peuvent être consultés en ligne : <<https://transitionenergetique.gouv.qc.ca/a-propos/publications/etudes-et-analyses>>, particulièrement le rapport suivant : Fanny TREMBLAY-RACICOT et autres, *Les pouvoirs municipaux de prélèvements monétaires et la transition énergétique en aménagement du territoire et transport terrestre : encadrement juridique et études de cas*, avril 2020. Nous remercions Sylvain Déry et Nicholas Jobidon pour leur contribution à l'étude pour TEQ.

** Professeure titulaire, École nationale d'administration publique (ENAP).

*** Professeure adjointe, École nationale d'administration publique (ENAP).

The convergence of the climate crisis with the Covid-19 pandemic has confirmed, or revealed for many, such phenomena as heavy car dependency, the preponderant place it occupies in our cities and the sway it holds on city design and living spaces. In this paper, we argue that municipalities must take advantage of the consequences of the health crisis to implement the new tools at their disposal in order to pave the way for systemic, gradual and stable changes to better meet the demands of the climate crisis and seek more sustainable development policies. Our main objective is to contribute to the understanding of the concept of regulatory charges and the three regimes available to implement them. The main legal features of these levies are presented in detail: the charge on quarries and sand pits, the development charge including its connexion with the agreement with real-estate developers and, finally, the general power of regulatory charges. First, regulatory charges could improve municipal contributions to GHG reduction objectives and the quality of life for citizens who live and work in the municipalities and, second, they could further fairness in taxation for municipal taxpayers by reducing the dependence on property taxes.

SOMMAIRE

I.	La crise sanitaire comme révélateur d'un potentiel de changements au profit de la crise climatique	319
A)	L'éprouvante leçon de la pandémie de la COVID-19 et son incidence sur les émissions de gaz à effet de serre	319
B)	Le passage des changements circonstanciels aux changements systémiques	322
C)	La redevance réglementaire pour transformer les milieux de vie	324
II.	Le concept de la redevance réglementaire	326
A)	Un pouvoir qui permet d'échapper à certaines limites du pouvoir de taxation	326
1.	La non-application de certaines règles constitutionnelles	326
2.	La distinction entre la taxe directe et la taxe indirecte	327
3.	La règle de l'immunité fiscale mutuelle entre niveaux de gouvernement	329
4.	La règle de l'habilitation législative	330
B)	Les caractéristiques propres de la redevance réglementaire	331
1.	Le possible lien organique avec les permis	331
2.	La redevance réglementaire au service d'un régime de réglementation	333
3.	La redevance réglementaire de niveau municipal	337
4.	Les deux cibles possibles de la redevance réglementaire	338
III.	La redevance sur les carrières et sablières	343
A)	Le caractère obligatoire de la perception de la redevance	343
B)	La qualification juridique de la redevance sur les carrières et sablières.....	344
C)	Une source de revenu intéressante pour les municipalités	346
IV.	La redevance de développement et l'entente avec les promoteurs	347
A)	La complémentarité entre les deux mécanismes	347
1.	Des mécanismes d'aménagement du territoire	347
2.	Des investissements privés qui commandent d'importantes dépenses publiques	348
3.	Une affaire de développement durable et d'équité fiscale entre contribuables municipaux : internaliser ou limiter l'externalisation des coûts de l'étalement urbain.....	352
B)	L'entente relative aux travaux municipaux	355
1.	Les objectifs de l'entente.....	355

2.	La qualification juridique de l'entente.....	358
3.	Les conditions de validité de l'entente fixées par la loi.....	359
4.	L'utilisation limitée de l'entente par les municipalités du Québec.....	360
5.	Les limites de l'entente avec les promoteurs.....	361
C)	La redevance de développement.....	363
1.	Les objectifs de la redevance de développement.....	363
2.	La qualification de la redevance de développement.....	366
3.	La distinction entre les deux mécanismes.....	367
4.	Les exigences de la Loi sur l'aménagement du territoire et l'urbanisme.....	374
5.	L'objet de la redevance de développement.....	376
6.	La rareté de mise en œuvre d'un tel régime.....	377
7.	Un retour sur l'adoption de la redevance du développement.....	378
8.	Un potentiel à développer.....	380
9.	Une brève comparaison avec l'Ontario.....	382
10.	L'utilisation de la redevance de développement dans les municipalités des zones métropolitaines et péri-métropolitaines..	384
V.	Le pouvoir général de redevance réglementaire.....	388
A)	Les conditions prévues par la loi.....	388
1.	Les conditions générales.....	388
2.	Deux possibilités d'objectifs principaux de la redevance réglementaire.....	389
3.	Deux catégories de personnes pouvant être visées.....	390
4.	L'exclusion de personnes visées.....	391
5.	L'assiette de perception.....	392
6.	Le contenu du règlement municipal.....	393
B)	Les formes éventuelles d'une redevance réglementaire.....	394
1.	La distinction entre la redevance réglementaire et la tarification.....	394
2.	La distinction entre la prohibition et la redevance qui vise les comportements.....	397
3.	Les formes qui ne sont pas explicitement exclues par la loi.....	399
4.	Les autres prélèvements liés à l'émission d'un permis, mais distincts de la redevance de développement.....	401
C)	Un pouvoir qui peut aussi être exercé par les agglomérations.....	402
	Conclusion : Passer des effets involontaires de la taxation à l'effet recherché de la redevance réglementaire.....	403

*Pour triompher,
le mal n'a besoin que de l'inaction des gens de bien*

Edmund Burke (1729-1797)

I. La crise sanitaire comme révélateur d'un potentiel de changements au profit de la crise climatique

A) L'éprouvante leçon de la pandémie de la COVID-19 et son incidence sur les émissions de gaz à effet de serre

Si la leçon de la pandémie de COVID-19 est difficile à encaisser en raison de son coût humain et économique colossal, elle a cependant démontré que la réduction draconienne des émissions de gaz à effet de serre (GES) est effectivement *possible*, au Québec comme à l'échelle planétaire¹. Au cours des mois de mars et d'avril 2020, les ventes d'essence et d'autres produits pétroliers au Québec ont respectivement chuté de 50 % et de 20 %; si le ralentissement se poursuit, les réductions d'émissions québécoises pourraient atteindre 10,3 millions de tonnes d'équivalents en dioxyde de carbone (Mt éq. CO₂) d'ici la fin de 2020, non loin de l'objectif de 13,2 Mt éq. CO₂². À l'échelle planétaire, les réductions d'émissions de CO₂ pour 2020 pourraient atteindre 8 %, soit un impact six fois plus important que la crise financière de 2008³.

Plusieurs se demandent si, une fois la crise résorbée, les États ne vont pas tenter de rattraper les pertes économiques abyssales et les coûts faramineux engagés dans des programmes, en acceptant des reculs importants en matière de protection de l'environnement et d'émission des

¹ Annabelle CAILLOU, « Grâce à la crise, la planète respire mieux », *Le Devoir*, 6 avril 2020, p. B5; Eric GALBRAITH et Ross OTTO, « Coronavirus Response Proves the World Can Act on Climate Change », *The Conversation*, 19 mars 2020, en ligne : <<https://theconversation.com/coronavirus-response-proves-the-world-can-act-on-climate-change-133999>>.

² Pierre-Olivier PINEAU, « GES au Québec : en voie d'atteindre la cible « grâce » au Covid-19 », *Webinaire Accès transports viables*, 28 avril 2020, en ligne : <https://energie.hec.ca/wp-content/uploads/2020/04/GESauQuébecCovid19_Pineau28avril2020.pdf>.

³ INTERNATIONAL ENERGY AGENCY, « Global Energy Review 2020 », *Flagship Report*, avril 2020, en ligne : <<https://www.iea.org/reports/global-energy-review-2020>>.

GES⁴. L'autorisation, au cœur de la pandémie, d'un projet de pipeline pour le pétrole extrait des sables bitumineux de l'Alberta, au moment même où le prix du pétrole de l'Ouest canadien s'enfonçait dans un creux historique⁵, rappelle que les progrès en matière de développement durable et de transition énergétique peuvent non seulement stagner sur de longues périodes, mais aussi encaisser des reculs majeurs.

L'hypothèse contraire circule également. À l'ère d'une démondialisation annoncée par certains⁶, les sociétés contemporaines seraient peut-être pareillement remuées de l'intérieur. Elles pourraient être à la recherche de nouvelles mesures à mettre en place pour éviter de retourner à l'implacable course effrénée qui déversait hier encore ses polluants dans les environnements, notamment par la circulation automobile excessive qui s'est subitement mise en berne. Dans la région métropolitaine de Montréal, par exemple, les débits quotidiens sur les autoroutes ont connu une chute variant de 17 à 38 %⁷, avec une diminution de la circulation automobile personnelle plus importante que celle du camionnage, ce qui a entraîné pour conséquence une baisse sans précédent du niveau de congestion, qui a dépassé 50 % de réduction⁸.

La pandémie de COVID-19 et l'application de mesures draconiennes de protection de la santé publique qui se sont étendues sur des semaines, et des mois, ont radicalement changé au cours de cette période le visage des municipalités, avec des transformations particulièrement frappantes dans les grandes villes. Outre la chute libre des GES dans les zones industrielles et urbaines de la planète et l'aspect désertique des centres-villes normale-

⁴ Certains États l'ont même fait au cœur de la crise, notamment l'Alberta et l'Ontario au Canada ainsi que les États-Unis. Voir Geneviève PAUL, « L'illusion de la déréglementation comme réponse à la pandémie », *Le Devoir*, 11 avril 2020 (site web).

⁵ Alexandre SHIELDS, « Le gouvernement Trudeau se réjouit de la construction du pipeline Keystone XL », *Le Devoir*, 31 mars 2020 (site web).

⁶ Paul JOURNET, « Vers la démondialisation? C'était déjà commencé », *La Presse*, 4 avril 2020 (site web).

⁷ Jean-Thomas LÉVEILLÉ, « Les mesures d'isolement sont bénéfiques pour l'environnement », *La Presse*, 20 mars 2020 (site web).

⁸ TOMTOM TRAFFIC INDEX, « Montreal Traffic », 9 juin 2020, en ligne : <https://www.tomtom.com/en_gb/traffic-index/montreal-traffic/>.

ment grouillants, des transformations totalement inimaginables se sont déroulées sous nos yeux incrédules. Par exemple, la mégapole de New York a fermé de grandes artères à la circulation automobile pour permettre d'ouvrir plus d'espaces à la promenade des piétons. Qui aurait pu imaginer un tel retournement de situation au royaume de l'automobile? L'imposition des consignes de distanciation physique a rapidement fait prendre conscience aux villes qu'il était nécessaire, même urgent, mais aussi possible de redistribuer aux piétons et aux cyclistes les espaces délaissés par l'automobile⁹. Au cœur de la pandémie, on redécouvre partout les vertus des circuits courts pour les marchandises (même si les livraisons à domicile ont pu contribuer à une croissance de transport routier), on prend goût au télétravail forcé, on repense les habitudes de consommation. À l'ère du confinement planétaire, l'image et le rythme des villes se sont radicalement transformés, au Québec comme ailleurs. Momentanément.

Nous ne plaçons pas le bénéfice des événements dramatiques : nous constatons simplement que, malgré les tragédies humaines et le choc terrible subis par les sociétés, les citoyens qui ont accepté de faire d'énormes sacrifices pour endiguer la pandémie ne voudront peut-être pas retourner docilement au monde précédent que la puissance des événements ravageurs a mis en pause pour un temps. Surtout, nous nous appuyons sur l'observation soulignée dès 1942 par Pitirim Sorokin¹⁰ que les calamités sont, pour le meilleur ou le pire, de formidables disrupteurs et catalyseurs de changements. En pleine remontée d'une deuxième vague de la COVID-19 et à l'instar de Maurice J. Cohen¹¹, nous soutenons que les pouvoirs publics doivent tenter de tirer profit de la crise pour induire des changements aux bénéfices durables, en dépit des défis soulevés, au lieu de reporter à plus tard les enjeux de la crise climatique afin de prioriser les enjeux sanitaires. En effet, comme le soulignent Rubén D. Manzanedo et

⁹ Marie-Soleil CLOUTIER, « Redistribuer l'espace dans les villes », *Le Devoir*, 15 avril 2020, p. A-7.

¹⁰ Maurice J. COHEN, « Does the Covid-19 Outbreak Mark the Onset of a Sustainable Consumption Transition? », (2020) 16-1 *Sustainability: Science, Practice and Policy* 1-3 (DOI: 10.1080/15487733.2020.1740472).

¹¹ *Id.*

Peter Manning¹², il vaut mieux apprendre de la crise sanitaire pour mieux gérer la crise climatique, plutôt que d'en mettre une sur la voie de garage au profit de l'autre.

Si la pandémie a pu démontrer que le changement était possible, elle convainc aussi qu'il sera laborieux de maintenir certaines mesures à moyen et à long terme. C'est pourquoi nous ciblons ici des mesures qui pourraient permettre des changements systémiques concernant non seulement des modifications aux comportements individuels (sans les écarter), mais également et surtout des changements structureaux qui influent de manière durable sur l'aménagement du territoire et les finances municipales.

B) Le passage des changements circonstanciels aux changements systémiques

Notre analyse s'appuie sur l'hypothèse qu'il est possible de passer de changements circonstanciels, radicaux et temporaires, à des changements systémiques, graduels et stables. Les changements rigides imposés dans tout le Québec depuis la déclaration de l'urgence sanitaire du 13 mars 2020 s'appuient sur des pouvoirs prévus par la *Loi sur la santé publique*¹³. Par définition, ces pouvoirs sont exceptionnels et doivent prendre fin dès que les strictes conditions prévues quant à leur exercice sur le plan légal ne sont plus respectées¹⁴. Le gouvernement a entamé les mesures graduelles de déconfinement dès le 4 mai 2020 en levant certains barrages routiers qui limitaient fortement les déplacements entre les régions du Québec, puis a progressivement rouvert les différents secteurs de l'économie et des services, de sorte que le transport routier a repris de plus belle. En outre, les

¹² Rubén D. MANZANEDO et Peter MANNING, « Covid-19: Lessons for the Climate Change Emergency », (2020) 742 *Science of the Total Environment* 140563.

¹³ *Loi sur la santé publique*, RLRQ, c. S-2.2, art. 118-122.

¹⁴ Marie-Claude PRÉMONT et Marie-Ève COUTURE-MÉNARD, « Le concept juridique de l'urgence sanitaire : une protection contre les virus biologiques et... politiques », (2020) 7-2 *Bulletin d'information A+*, 12 p. ; Marie-Claude Prémont, Marie-Eve Couture-Ménard et Geneviève Brisson, « L'état d'urgence sanitaire au Québec : un régime de guerre ou de santé publique ? », (2021) 55 *RJTUM* 233.

circonstances de la pandémie font craindre une perte d'attrait pour les transports collectifs¹⁵.

La reconnaissance de la crise climatique, éclairée par le contexte de la crise sanitaire, devrait amener les pouvoirs publics à mettre en œuvre ce qui est connu depuis longtemps : des changements systémiques qui seuls peuvent apporter des transformations durables. Parmi ces changements souhaités figurent au premier rang l'aménagement durable du territoire et une meilleure harmonisation avec des modes de transport collectif et actif. Doit être révolue l'époque où la spéculation immobilière qui s'active à la frange des grandes villes peut dicter aux élus municipaux ou provinciaux la manière dont seront développées les infrastructures publiques, qu'elles soient municipales (services d'aqueduc ou d'égout, routes) ou provinciales (hôpitaux, centres d'hébergement et de soins de longue durée (CHSLD), routes et autoroutes provinciales, scolaires (écoles)).

Comme la production d'électricité au Québec est déjà renouvelable à près de 100 %, les gains pour réduire les émissions de GES doivent prioritairement être trouvés auprès de la source principale des émissions, soit le transport, plus précisément le transport routier¹⁶. L'aménagement du territoire ainsi que les compétences et les pouvoirs accordés aux autorités municipales apparaissent au premier plan des solutions possibles. Il faut que cessent les subventions indirectes à l'étalement urbain qui rongent tous les petits gains faits par les comportements individuels. Les municipalités, tout comme le Québec, doivent se mettre à la tâche en utilisant l'ensemble des mécanismes juridiques existants pour cesser de subventionner l'étalement urbain et faire payer le coût réel d'un développement insoutenable qui se répercute sur l'ensemble des contribuables. Nous présenterons et analyserons dans les prochaines sections la redevance réglementaire (ainsi que le lien avec l'entente relative aux travaux municipaux), dans ses formules

¹⁵ Henri OUELLETTE VÉZINA, « Déconfinement : le métro perdra du terrain au profit de l'automobile », *Journal Métro*, 15 mai 2020 (site web).

¹⁶ MINISTÈRE DE L'ENVIRONNEMENT ET DE LA LUTTE CONTRE LES CHANGEMENTS CLIMATIQUES, *Inventaire québécois des émissions de gaz à effet de serre en 2017 et leur évolution depuis 1990*, en ligne : <www.environnement.gouv.qc.ca/changements/ges/>.

spécifiques comme sa nouvelle mouture de pouvoir général mis à la disposition des autorités municipales.

C) La redevance réglementaire pour transformer les milieux de vie

Il est temps de mettre sur table l'ouverture à un monde nouveau et transformé par les instances publiques de l'échelle municipale du Québec, et ce, grâce à l'utilisation par les municipalités de leurs pouvoirs en matière de redevance réglementaire, encore trop méconnus. Les municipalités ont l'occasion de se familiariser avec le concept de la redevance réglementaire comme outil leur permettant d'affronter certaines pressions économiques engendrées par la crise sanitaire et les enjeux environnementaux qui frappent l'ensemble des paliers de gouvernement.

La redevance réglementaire pourrait jouer un rôle crucial pour aider les municipalités à mieux se préparer à la demande anticipée des citoyens, en exigeant que soient mieux protégés leurs milieux de vie qui prennent un contour différent en contexte de confinement. La redevance réglementaire pourrait peut-être mieux prendre le relais d'orientations gouvernementales de développement durable, qui ont jusqu'ici toujours peiné à percer l'irréductible frontière de l'autonomie réglementaire municipale. La redevance réglementaire pourrait-elle aussi aider les municipalités à faire ce qu'elles réclament depuis fort longtemps, soit diversifier leurs sources de revenus et réduire leur dépendance à la taxe foncière? Pourrait-elle directement réduire le fardeau de la taxe foncière (ou ralentir sa progression)? En effet, sans autre mesure, la principale source de financement des municipalités du Québec, soit la taxe foncière générale¹⁷, est appelée à devenir, dans l'après-crise de la pandémie de COVID-19, encore plus obérante pour tous, mais en particulier pour les commerces de proximité et les petits propriétaires, souvent ceux-là mêmes dont on a vanté, au cœur de la pandémie, la contribution vitale pour fournir les services pourtant décrétés essentiels. Certains de ces commerces de proximité pourront-ils se relever lorsque les

¹⁷ MINISTÈRE DES AFFAIRES MUNICIPALES ET DE L'HABITATION, *Le financement et la fiscalité des organismes municipaux au Québec*, en ligne : <https://www.mamh.gouv.qc.ca/fileadmin/publications/finances_indicateurs_fiscalite/fiscalite/fiscalite_organismes_municipaux.pdf>.

citoyens se seront accoutumés à ce qu'ils hésitaient à faire avant, devenue pour un temps un moyen de survie, soit la commande en ligne?

Bref, les municipalités sont-elles bien outillées pour modifier leur approche réglementaire en contexte de pandémie de COVID-19 ou à la suite de cette dernière dans un sens mieux avisé pour le bien-être collectif des populations de toutes les municipalités du Québec, en quête de renouveau de la protection de leurs milieux de vie? Le gouvernement du Québec devrait-il mieux guider le rôle que pourrait jouer la redevance réglementaire municipale à l'échelle de son territoire? Le gouvernement québécois est-il prêt à s'assurer que la redevance réglementaire ne sera pas seulement un outil pour les municipalités qui tirent déjà bien leur épingle du jeu de la concurrence tacite intermunicipale? Comment la redevance réglementaire municipale peut-elle contribuer à la reprise de la vie sociale et économique, en meilleure harmonie avec le développement durable et la transition énergétique? En quoi ces nouveaux outils peuvent-ils favoriser une meilleure gestion des finances municipales? Voilà en gros les questions qui ont inspiré notre réflexion.

Notre objectif consiste à expliciter les paramètres juridiques de la redevance réglementaire afin de mieux circonscrire les perspectives d'application par les municipalités québécoises au bénéfice du développement urbain durable et des finances municipales. Nous ne voulons pas en faire une analyse critique ni nous adonner à un exercice de droit comparé. Nous proposons plutôt une discussion sur la redevance réglementaire en quatre temps. Nous brosserons d'abord le tableau du concept juridique de la redevance réglementaire, qui doit être distingué du pouvoir de taxation ou du pouvoir de la tarification auxquels les municipalités sont déjà bien rompues. Nous présenterons par la suite les trois régimes de redevance réglementaire dont disposent les municipalités québécoises, soit la redevance sur les carrières et les sablières, la redevance de développement et le pouvoir général de redevance réglementaire. Enfin, une réflexion sur les lacunes actuelles de ces régimes nous permettra de faire le lien entre les pouvoirs municipaux et leur organisation. En conclusion, nous proposerons quelques observations sur de possibles effets pervers à éviter de même que sur la relation entre les pouvoirs de la province et ceux des municipalités.

II. Le concept de la redevance réglementaire

- A) Un pouvoir qui permet d'échapper à certaines limites du pouvoir de taxation
1. La non-application de certaines règles constitutionnelles

Le pouvoir de redevance réglementaire est un mécanisme à la fois apparenté à la taxation mais aussi distinct de cette dernière. La redevance réglementaire permet ainsi à l'autorité taxatrice de se libérer de certaines limites constitutionnelles applicables au pouvoir de taxation, tout en devant s'astreindre à ses particularités propres. Il faut souligner que ce pouvoir, graduellement découvert et mis en œuvre par les pouvoirs publics, puis validé et circonscrit par les tribunaux, n'est pas explicitement énoncé dans la *Loi constitutionnelle de 1867* (ci-après « LC 1867 »).

Le pouvoir de redevance réglementaire est d'abord et avant tout une construction jurisprudentielle¹⁸, reconnaissant que le fédéral et les provinces disposent *implicitement* de pouvoirs pour faire des prélèvements monétaires distincts de leurs pouvoirs de taxation prévus par la Constitution, et ce, pour financer de façon circonscrite leurs activités se rattachant aux champs de compétence que la Constitution leur attribue. Contrairement à la taxation qui permet aux pouvoirs publics de lever des deniers généraux dont l'usage est déterminé par un processus indépendant de celui du prélèvement, la redevance réglementaire doit viser, dès sa conception, un usage ou un objectif qui lie les pouvoirs publics.

Cependant, comme la redevance réglementaire présente tout de même des caractéristiques importantes qui sont communes avec celles d'une taxe, la distinction entre les deux notions soulève des questions aussi difficiles que déterminantes, puisque l'une et l'autre seront soumises à des règles constitutionnelles différentes. En effet, même si la redevance *ressemble* à une taxe et en présente certains attributs, elle pourra échapper

¹⁸ Axel FOURNIER, « Les nouveaux pouvoirs de taxation des municipalités », dans S.F.P.B.Q., vol. 456, *Développements récents en droit municipal*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2019, p. 105-152.

à certaines exigences de la LC 1867, qui s'appliquent à la taxation, et non à la redevance réglementaire.

La première de ces règles constitutionnelles est celle qui limite le pouvoir de taxation des provinces à la taxe directe. La deuxième, qui ne s'applique qu'à la taxe, est celle de l'immunité réciproque des deux niveaux de gouvernement. La troisième règle, enfin, qui distingue la taxe de la redevance réglementaire, est celle qui prescrit que la taxation doit nécessairement émaner du Parlement ou de la législature. Ces trois règles s'appliquent donc à la taxation, mais non à la redevance réglementaire. Voyons ce qu'il en est de plus près.

2. La distinction entre la taxe directe et la taxe indirecte

Rappelons d'abord que le fédéral jouit des pouvoirs de taxation directe et indirecte (LC 1867, art. 91 (3)), tandis que la Constitution limite la province (et donc la municipalité qui tient ses pouvoirs de la province) aux seules taxes directes (LC 1867, art. 92 (2)). C'est pourquoi les municipalités québécoises ont, à maintes reprises, vu certains de leurs prélèvements monétaires contestés devant les tribunaux au motif qu'ils étaient de la nature d'une taxe indirecte.

La distinction entre une taxe directe et une taxe indirecte est, en principe, une affaire classée depuis 1887 par le Comité judiciaire du Conseil privé de Londres, dans un conflit opposant le Québec aux banques¹⁹. Depuis cette date, les tribunaux canadiens n'ont jamais remis en cause la définition de John Stuart Mill retenue par le Conseil privé dans cette affaire afin d'établir la distinction entre une taxe directe et une taxe indirecte : « Les impôts sont directs ou indirects. L'impôt direct est celui qu'on exige de la personne même qui doit l'assumer. Les impôts indirects sont ceux qu'on exige d'une personne dans l'intention que celle-ci se fasse indemniser par une autre : c'est le cas des taxes d'accises et des droits de douanes. »

Les banques en activité dans la province de Québec reprochaient à cette dernière de tenter de lever une taxe indirecte auprès du système

¹⁹ *Bank of Toronto v. Lambe*, [1887] 12 A.C. 575 (C.P.).

bancaire, au motif qu'elles allaient nécessairement faire répercuter cette taxe annuelle sur leurs clients. Le Conseil privé a répondu que, pour tout impôt qui se veut direct, on trouvera nécessairement des situations où quelqu'un d'autre pourrait en porter le fardeau; tout comme pour tout impôt indirect, il existe des situations où la personne qui paie en porte directement le fardeau. Il faut donc s'attacher à la tendance générale de l'impôt, et non aux situations particulières ou anecdotiques. La taxe levée au Québec par une loi de 1882 est exigée directement de la banque, observe le Conseil privé, dans le but raisonnable d'obtenir un revenu pour des objets provinciaux de ceux qui font des profits dans la province. Si la banque peut arriver à se faire rembourser par ses clients, elle a recours à des moyens détournés et obscurs qui ne changent pas la nature de la taxe perçue : celle-ci a donc été jugée directe.

L'histoire a démontré la solidité de la distinction établie en 1887, puisque les seules taxes indirectes que les tribunaux canadiens ont depuis confirmées sont les droits de douanes et d'accises, ainsi que l'ancienne taxe fédérale sur les ventes des fabricants, abolie au moment de l'introduction de la taxe fédérale sur les produits et services (TPS). La Cour suprême du Canada a même reconnu, en 1997, le caractère direct d'une surtaxe foncière imposée par la Ville de Montréal en 1983, qui ciblait le secteur non résidentiel et permettait aux propriétaires de rouvrir les baux commerciaux pour répercuter la surtaxe sur le locataire²⁰.

En présence de redevance réglementaire, nous verrons que la ressemblance avec une taxe indirecte ne permet pas à elle seule de conclure à un exercice *ultra vires* de la province ou d'une municipalité.

²⁰*Germain c. Montréal (Ville)*, [1997] 1 R.C.S. 1144.

3. La règle de l'immunité fiscale mutuelle entre niveaux de gouvernement

L'article 125 de la LC 1867 interdit à un niveau de gouvernement de taxer les biens et les propriétés de l'autre gouvernement. C'est la deuxième règle constitutionnelle qui différencie la taxe de la redevance réglementaire. En bref, le fédéral ne peut taxer la province, pendant que cette dernière ne peut taxer le fédéral. Cette exigence constitutionnelle a mené à l'invalidation d'une loi fédérale de 1981 qui taxait à sa réception et à son exportation le gaz naturel transitant par pipeline²¹. Le fédéral soutenait que son prélèvement s'appuyait sur ses compétences en matière de réglementation du commerce et des échanges et en matière d'exportation. Particulièrement touchée par cette mesure, l'Alberta a obtenu gain de cause en soutenant plutôt que le fédéral tentait de taxer ses ressources naturelles, propriété de la province, ce qu'a reconnu le plus haut tribunal du pays.

C'est aussi le principe de l'immunité fiscale de l'article 125 de la LC 1867 qui a mené à l'invalidation d'un prélèvement par la bande autochtone Westbank de la Colombie-Britannique sur les biens de la société British Columbia Hydro, mandataire de l'État²². La Cour suprême y rappelle que l'immunité de l'article 125 de la LC 1867 s'applique aux taxes, mais pas aux redevances réglementaires, de sorte que le droit constitutionnel n'interdit pas à un niveau de gouvernement d'imposer une redevance réglementaire à un autre. La distinction s'avère importante. Dans son rappel de l'historique de l'article 125 de la LC 1867, la Cour suprême précise que le principe de l'immunité fiscale relative a pour objet de servir le fédéralisme et d'accorder à chaque palier de gouvernement un espace opérationnel pour gouverner sans intervention externe. Cet article permet d'empêcher un niveau de gouvernement d'empiéter sur un autre niveau, par la voie de la taxation²³. Toutefois, le fédéralisme canadien se voulant

²¹ *Renvoi relatif à la taxe sur le gaz naturel exporté*, [1982] 1 R.C.S. 1004. La Cour suprême conclut que la mesure relève de la taxation et que l'article 125 de la LC 1867 doit donc s'appliquer. La loi fédérale qui taxe la propriété de la province est en conséquence *ultra vires* de ses pouvoirs.

²² *Première nation de Westbank c. British Columbia Hydro and Power Authority*, [1999] 3 R.C.S. 134 (ci-après « affaire *Westbank* »).

²³ *Supra*, note 21.

souple, même si la taxation entre niveaux de gouvernement est interdite, ce n'est pas le cas des redevances réglementaires rattachées aux compétences de l'autorité taxatrice. Il devient alors déterminant de se pencher sur l'objectif premier pour établir la nature véritable des dispositions contestées.

La Cour suprême rappelle que les gouvernements ne sont pas exonérés du paiement de frais d'utilisation, comme la taxe d'eau, en partie parce que le montant perçu ne peut être dépensé que pour fournir ce service. En ce sens, les frais d'utilisation ressemblent plutôt à un prix exigé pour des produits qu'à une forme de taxation, et ils ont été classés en tant que sous-catégorie de la redevance réglementaire, et donc autorisés entre niveaux de gouvernement. C'est ainsi que le Conseil privé de Londres a confirmé, en 1919, que le gouvernement fédéral devait effectivement payer les frais d'utilisation de l'eau que fournissait la Ville de Lévis au bureau de poste, ce que refusait de faire le fédéral en s'appuyant sur l'article 125 de la LC 1867²⁴.

4. La règle de l'habilitation législative

La troisième règle constitutionnelle qui distingue la taxe de la redevance réglementaire repose sur l'article 53 de la LC 1867 qui exige que toute taxe trouve sa source dans une habilitation législative adoptée par le Parlement canadien ou une législature provinciale. La disposition n'a pas pour objet d'interdire au Parlement ou aux législatures de déléguer ce pouvoir, comme au Conseil des ministres²⁵ ou à une municipalité²⁶, quant aux modalités de la taxe ou à son mécanisme d'application. Cependant, le délégataire ne pourrait établir une taxe de son propre chef sans habilitation législative²⁷.

²⁴ *The Minister of Justice for the Dominion of Canada v. The City of Levis*, [1919] A.C. 505 (C.P.).

²⁵ *Succession Eurig (Re)*, [1998] 2 R.C.S. 565 (ci-après « affaire Eurig »).

²⁶ Tous les pouvoirs fiscaux des municipalités sont des pouvoirs délégués par la province.

²⁷ L'affaire *Eurig*, préc., note 25, conclut que la loi ontarienne autorisait la délégation d'un pouvoir de frais et non pas de taxation; la loi n'autorisait pas

A contrario, lorsque le prélèvement relève de la redevance réglementaire, il n'est pas soumis à cette exigence. C'est ainsi que la Cour suprême a validé la perception fixée par Parcs Canada d'un droit de permis commercial pour l'obtention du droit de vendre des boissons alcoolisées dans le parc national Jasper (au taux de 3 % de la valeur brute des vins et spiritueux et de 2 % pour la bière, achetés chaque année par le bar ou le restaurant), et ce, pour financer l'entretien dudit parc. Le prélèvement étant qualifié de redevance réglementaire répondant aux exigences constitutionnelles qui lui sont propres pouvait être établi par Parcs Canada²⁸, sans être adopté par le Parlement.

Maintenant que nous avons répertorié les règles constitutionnelles qui distinguent la taxe de la redevance réglementaire, nous mettrons en évidence les caractéristiques propres à la redevance réglementaire.

B) Les caractéristiques propres de la redevance réglementaire

1. Le possible lien organique avec les permis

L'article 92 (9) de la LC 1867 accorde explicitement et de manière ciblée aux provinces un pouvoir précis leur permettant de réglementer par « licences » pour des objets provinciaux, locaux ou municipaux. Aussi longtemps que les provinces ou les municipalités se sont limitées à délivrer des permis ou des licences à montant fixe, aucun enjeu constitutionnel particulier n'a été soulevé²⁹.

l'adoption d'une taxe, même directe, comme la Cour suprême l'avait déterminé en l'occurrence. Le juge Major écrit au paragraphe 41 :

[L']établissement d'une taxe est une mesure qui revêt une importance exceptionnelle sur le plan politique et qui est assujettie à des règles et à des exigences spéciales auxquelles le régime contesté ne satisfait pas. Le règlement de l'Ontario 293/92 est inconstitutionnel et *ultra vires* puisqu'il vise à établir une taxe en l'absence d'une autorisation claire et non ambiguë en ce sens émanant de la législature.

²⁸ *620 Connaught Ltd. c. PG Canada*, [2008] 1 R.C.S. 131 (ci-après « affaire 620 Connaught »).

²⁹ Le permis à taux variable a effectivement été le déclencheur de plusieurs contestations constitutionnelles. Voir pour des exemples révélateurs les affaires suivantes : affaire *620 Connaught*, préc., note 28); affaire *Eurig*, préc., note 25;

L'affaire *Lawson c. Interior Tree Fruit and Vegetable Committee of Direction*³⁰ avait d'abord offert une interprétation de l'article 92 (9) de la LC 1867 sur les licences susceptible de permettre aux provinces de lever une taxe indirecte, lorsqu'elle se limite à recouvrir des dépenses de nature réglementaire. Puis les tribunaux ont eu à se prononcer plus précisément sur la question lors de la contestation d'un régime ontarien de réglementation qui exigeait de producteurs agricoles de payer des droits de permis variables, calculés selon le poids des produits livrés aux entreprises de transformation. En effet, la Cour suprême a alors validé le droit de prévoir des droits de permis variables, même s'ils peuvent constituer une taxe indirecte³¹.

Le permis au montant variable permettait à la Cour suprême de conclure que les alinéas 9, 13 et 16 de l'article 92 de la LC 1867 créaient collectivement un pouvoir de réglementation au moyen d'un permis. Le pouvoir d'imposer un permis variable constitue un pouvoir accessoire nécessaire à son plein exercice : il englobe la possibilité de prévoir des droits pour couvrir les dépenses d'administration de ces régimes de réglementation, peu importe que leur incidence soit directe ou indirecte³². C'est ainsi qu'a pu prendre forme la relation organique entre un permis à taux variable et le concept de la redevance réglementaire.

Par la suite, les tribunaux ont eu l'occasion de faire les distinctions pertinentes entre le concept de la redevance réglementaire et le mécanisme du permis lui-même, qui peut s'inscrire en sous-catégorie de la redevance réglementaire. Surtout, les tribunaux ont pu mettre au point les règles propres à assurer la validité de l'exercice d'un pouvoir par voie de redevance réglementaire, lié ou non à la délivrance d'un permis, ce que nous aborderons ci-dessous.

Lawson c. Interior Tree Fruit and Vegetable Committee of Direction, [1931] R.C.S. 357 (ci-après « affaire *Lawson* »).

³⁰ *Lawson*, préc., note 29.

³¹ *Renvoi re The Farm Products Marketing Act de l'Ontario*, [1957] R.C.S. 198.

³² *Id.*

2. La redevance réglementaire au service d'un régime de réglementation

Pendant que, d'un côté, la redevance réglementaire échappe à certaines limites imposées à l'exercice du pouvoir de taxation, elle est, d'un autre côté, soumise à ses propres exigences et limites.

La doctrine juridique reconnaît généralement que la décision de 1993 de la Cour suprême dans l'affaire *Allard Contractors Ltd. c. Coquitlam (District)*³³ représente la première reconnaissance explicite et générale par cette cour qui énonce alors les conditions principales auxquelles doit satisfaire la redevance réglementaire pour assurer sa validité³⁴. Cette affaire est particulièrement significative pour le Québec puisqu'elle a directement inspiré le législateur qui a accordé en 2008 aux municipalités un pouvoir spécifique de redevance réglementaire, soit la redevance sur les matériaux extraits et transportés hors des carrières et des sablières, que nous présenterons plus bas.

Dans cette affaire, la municipalité de district de Coquitlam de la Colombie-Britannique avait modifié son approche de réglementation des carrières et des sablières de son territoire en passant du permis à montant fixe à un permis calculé selon le volume de matériaux extraits. Les exploitants soumis à l'application de la redevance faisaient valoir que la disposition législative sur laquelle s'appuyait la municipalité était *ultra vires* de la province du fait qu'elle autorise une charge de la nature d'une taxe indirecte, contrevenant ainsi à l'article 92 (2) de la LC 1867. On peut reconnaître ici le lien de filiation qui lie les deux instruments, soit le permis fixe et le permis à droits variables. La Cour suprême s'est demandé si le pouvoir de réglementer par permis pouvait aller jusqu'à autoriser la mise en place de droits de permis variables.

³³ *Allard Contractors Ltd. c. Coquitlam (District)*, [1993] 4 R.C.S. 371 (ci-après « affaire *Allard Contractors* »).

³⁴ François GIRARD, « Les redevances réglementaires : de concept jurisprudentiel à législation », dans S.F.C.B.Q, vol. 317, *Développements récents en droit municipal*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2010, p. 127-176.

Le droit constitutionnel canadien avait reconnu depuis la fin du XIX^e siècle qu'un permis fixe constituait une forme de taxation directe³⁵. Pour un droit de permis variable, il faut analyser chaque cas plus en profondeur, car on ne peut conclure de façon générale si c'est une taxe directe ou une taxe indirecte. Revenant sur la distinction entre ces deux types de taxes et confirmant le constat que les droits volumétriques ont un effet général indirect, la Cour suprême observe que l'on pourrait alors déduire que ces droits seraient *ultra vires* de la province. Cependant, poursuit-elle, il faut pousser plus loin l'analyse du sens à donner à l'article 92 (9) de la LC 1867 pour vérifier sa capacité d'englober une taxation indirecte. La Cour suprême avait déjà estimé que l'alinéa 9 de cet article, de concert avec les alinéas 13 et 16, comportait un pouvoir de réglementation par permis et que celui-ci n'était pas restreint par l'exigence en matière de taxation directe³⁶. Par contre, souligne la Cour suprême, si l'on devait interpréter l'alinéa 9 comme permettant de lever des taxes indirectes beaucoup plus élevées que ce qu'exige un régime de réglementation, on viderait de tout son sens la règle inscrite à l'alinéa 2, qui interdit à la province de percevoir une taxe indirecte.

Il faut donc vérifier si les droits variables sont justifiés comme accessoires d'un régime provincial de réglementation valide ou rattachés à ce dernier, car ce qui est susceptible *a priori* d'apparaître comme une taxe indirecte peut se justifier comme mesure accessoire d'un régime valide de réglementation de la province, conclut le plus haut tribunal du pays.

Dans cette analyse, les règlements municipaux doivent être examinés conjointement avec la loi de la province, dans une démarche globale liant ces droits au régime de réglementation des routes municipales. Les droits volumétriques en cause, même s'ils peuvent être considérés comme une taxe indirecte, peuvent être valides en tant qu'accessoires d'un régime de réglementation ou rattachés à ce dernier. La validité des droits perçus se confirme par leur rattachement aux alinéas 9, 13 et 16 de l'article 92 de la LC 1867, pris dans leur ensemble. Ils appartiennent dès lors au pouvoir dont dispose la province (et la municipalité à qui ce droit est

³⁵ *Bank of Toronto c. Lambe*, préc., note 19.

³⁶ *Lawson*, préc., note 29.

délégué) d'établir une redevance réglementaire pour assurer la mise en œuvre et le respect de son régime réglementaire.

Ainsi, les droits variables ne peuvent se justifier qu'en tant qu'accessoires d'un régime provincial valide de réglementation ou rattachés à ce dernier, pour autant que l'analyse du caractère véritable de la disposition écarte toute velléité de lever des sommes en vue du financement général des activités de l'autorité taxatrice. Le plus haut tribunal du pays, après avoir examiné la loi de la province et les règlements de la municipalité, a conclu que le prélèvement autorisé par la loi se rapportait effectivement à un régime de réglementation complet et détaillé de l'activité extractive des carrières et des sablières qui faisait le lien avec l'entretien des routes municipales. Le régime de réglementation « complet et détaillé » comprenait également une interdiction de l'enlèvement de matériaux les dimanches et les jours fériés, un contrôle des niveaux de bruit, etc. L'argument des exploitants voulant que les règlements municipaux en cause ne prévoyaient pas explicitement que les fonds devaient être utilisés pour l'entretien des routes a été rejeté. La preuve démontrait que les municipalités avaient calculé le tarif exigé par mètre cube en fonction des coûts d'entretien des routes et précisément pour couvrir les coûts du régime. L'objectif de lever des fonds pour assurer l'application d'un régime de réglementation était donc démontré.

La Cour suprême précise que l'absence de mention explicite de l'utilisation des fonds est certes un point faible de la rédaction réglementaire de la municipalité, mais ne l'invalide pas automatiquement, car elle se réserve le pouvoir de vérifier le lien étroit entre le prélèvement et son usage, afin d'établir que ce qui pourrait autrement apparaître comme une taxe indirecte se justifie en tant qu'accessoire d'un régime de réglementation.

On a aussi opposé que les droits générés pourraient être supérieurs aux besoins du régime, mais cet argument a également été rejeté. Il n'appartient pas au tribunal de procéder à une analyse pointilleuse et détaillée des finances d'une municipalité. Un excédent des prélèvements par rapport aux besoins n'entraîne pas automatiquement l'invalidité de la perception, tant que la preuve démontre que les municipalités ont raisonnablement tenté de faire correspondre les recettes provenant des droits aux

frais du régime. Donc, même si les droits volumétriques peuvent être considérés comme une taxe indirecte, ils peuvent se justifier en tant qu'accessoires d'un régime de réglementation valide ou rattachés à ce dernier.

Trois ans plus tard, la Cour suprême a eu l'occasion de revenir sur le concept de la redevance réglementaire appliqué à l'administration publique locale, dans une décision qui ajoutait que le régime réglementaire associé à la redevance réglementaire pouvait provenir de plus d'un secteur de l'administration publique, en l'occurrence, le secteur municipal et le secteur de l'éducation³⁷. L'affaire *Ontario Home Builders Association c. Conseil scolaire de la région de York* mettait en cause la validité d'un régime de redevances de développement en Ontario, servant à financer non pas un régime municipal, mais un régime scolaire. La redevance en cause devait aider au financement de la construction d'écoles rendues nécessaires par les nouveaux développements immobiliers. La particularité de cette redevance est qu'elle fait interagir à la fois la réglementation des conseils scolaires de l'Ontario et les fonctions d'aménagement et d'urbanisme des municipalités. La loi autorisait les conseils scolaires à subordonner la délivrance des permis de construction municipaux au versement d'une redevance d'exploitation relative à l'éducation (REE), en vue de contribuer à la construction de nouvelles écoles rendues nécessaires par le développement immobilier autorisé par la municipalité. Cette dernière avait alors la responsabilité de la perception de la redevance, au moment de la délivrance de ses permis de construction. Cette affaire était bien particulière : elle permettait au conseil scolaire de lever une redevance réglementaire sous l'autorité d'une compétence qui n'était pas la sienne, mais celle de la municipalité en matière d'aménagement du territoire. Cependant, le juge La Forest a réitéré le rôle – et la puissance – des redevances réglementaires, car lorsqu'une province adopte des droits qui sont indirects, tout en se rattachant à une autre compétence que celle de la taxation, la limite de la taxe directe ne s'applique plus. Il en a conclu qu'au fond l'article 92 (9) LC 1867 est quelque peu redondant : en effet, il ne constitue pas une source indépendante et exclusive de compétence en

³⁷ *Ontario Home Builders Association c. Conseil scolaire de la région de York*, [1996] 2 R.C.S. 929.

matière de redevances réglementaires pour les provinces. Autrement dit, la province peut aussi lever une redevance réglementaire sans la greffer à un mécanisme de permis ou de licence.

Cette affaire démontre bien la puissance et la flexibilité qu'offre un régime de redevance réglementaire pour solliciter la collaboration de plusieurs instances publiques à l'atteinte d'un même objectif d'intérêt commun.

3. La redevance réglementaire de niveau municipal

Nous avons vu que, contrairement à la taxe, la redevance réglementaire n'est pas soumise à l'exigence constitutionnelle d'être prévue par la loi³⁸. Est-ce à dire que la municipalité peut, sur la base de ses pouvoirs et de ses compétences, adopter un régime de redevance réglementaire à sa guise? Évidemment, une réponse négative s'impose car, selon le principe séculaire bien reconnu, en tant que « créature de la province »³⁹, la municipalité ne dispose que des pouvoirs qu'a bien voulu lui déléguer cette province. La municipalité ne pourra donc adopter un règlement prévoyant la perception d'une redevance réglementaire que si la loi l'y autorise de façon explicite.

L'ensemble des municipalités québécoises disposent aujourd'hui de trois régimes distincts de redevances réglementaires que leur accorde effectivement la loi⁴⁰. Ces trois régimes sont présentés dans les sections qui suivent, dans l'ordre chronologique de leur introduction dans les lois du Québec touchant les municipalités : la redevance sur les carrières et les

³⁸ Voir l'affaire *620 Connaught*, préc., note 28.

³⁹ La municipalité est une simple « créature de la province », comme l'ont rappelé à maintes reprises la Cour suprême et la Cour d'appel du Québec, notamment dans les affaires suivantes : *Godbout c. Ville de Longueuil*, [1997] 3 R.C.S. 844; *Westmount (Ville) c. P.-G. du Québec*, [2001] R.J.Q. 2520-2556 (C.A.).

⁴⁰ Nous ne souhaitons pas nous prononcer sur leur qualification juridique, et nous tenons à rappeler que notre article ne traite pas de la contribution aux fins de parcs (*Loi sur l'aménagement et l'urbanisme*, RLRQ, c. A-19.1 (ci-après « LAU »), art. 117.1-117.16), ni de la nouvelle contribution introduite à la LAU concernant le logement abordable, social ou familial (art. 145.30.1-145.30.3).

sablières, la redevance de développement et le pouvoir général de redevance réglementaire. Nous les présenterons de manière détaillée, en vue d'étudier dans quelle mesure ces régimes peuvent contribuer ou non au renouveau réglementaire auquel pourrait convier la crise climatique en période postpandémie, comme nous l'avons proposé en introduction.

Précisons tout de suite qu'une redevance réglementaire peut avoir deux cibles distinctes.

4. Les deux cibles possibles de la redevance réglementaire

Nous avons vu que la redevance réglementaire vise le plus souvent à financer un régime de réglementation. C'est le cas de la redevance perçue par les municipalités de la Colombie-Britannique qui permet d'exiger une contribution pour l'entretien des routes municipales utilisées par le transport lourd sortant des carrières et des sablières⁴¹. La redevance du parc national Jasper permet aussi de faire participer à l'entretien du parc les restaurateurs qui y servent des boissons alcoolisées⁴². Dans ces cas de figure, la redevance est perçue de la personne qui crée le besoin du régime réglementaire, comme pour le transport lourd qui endommage les routes, ou de la personne à qui profite le régime, comme les restaurateurs du parc national Jasper – et leurs clients – qui bénéficient du bon entretien du parc.

Par ailleurs, la redevance réglementaire peut viser un autre objectif premier que celui du financement d'un régime de réglementation. En effet, le mécanisme de la redevance réglementaire permet également d'avoir pour principal objectif d'influencer ou de modifier le comportement ou les actions de personnes physiques ou morales. L'exemple le plus clair et le plus répandu de la poursuite de cet objectif par le mécanisme de la redevance réglementaire est celui de la consigne⁴³. En effet, le mécanisme de la consigne ne génère pas de revenus pour les pouvoirs publics, car cette façon de faire ne sert pas à financer un service, sauf le mécanisme de la

⁴¹ *Allard Contractors*, préc., note 33.

⁴² *620 Connaught*, préc., note 28.

⁴³ La Cour suprême donne l'exemple de la consigne comme redevance réglementaire dans les affaires suivantes : *Westbank*, préc., note 22; *620 Connaught*, préc., note 28.

consigne en tant que tel. La consigne a plutôt pour objectif d'empêcher, autant que possible, que la bouteille vide ne se retrouve au dépotoir. Pour atteindre cet objectif, toute la chaîne de distribution des boissons doit être mise à contribution, par le paiement et le remboursement de la consigne à chaque étape du parcours du contenant. C'est ainsi que le distributeur ou le fabricant qui livre les contenants chez le détaillant doit percevoir tout de suite la consigne auprès de ce dernier (montant qu'il remet à un organisme chargé de la gestion du système). Le détaillant se fait par la suite rembourser la consigne par l'acheteur qui la lui paie, lequel acheteur est ainsi encouragé à ramener le contenant vide afin de se faire rembourser la consigne qu'il a déboursée au moment de son achat. Le système de consigne vise donc, au bout de la chaîne de distribution, à encourager le consommateur à ramener la bouteille dans le circuit au lieu de l'envoyer aux ordures⁴⁴.

Rappelons que les seules personnes pouvant être soumises à la redevance réglementaire, selon les limites posées par les tribunaux, sont celles qui bénéficient du régime ou qui en créent le besoin. La question s'est posée quant à la consigne. Or, les tribunaux ont reconnu que le consommateur qui paie la consigne à l'achat de la boisson en crée le besoin en raison de sa consommation de boissons dont les contenants se retrouveraient sinon à la poubelle. Or, comme la consigne doit aussi être payée par le fabricant et le détaillant, il faut reconnaître, dit le tribunal, que c'est toute la société qui bénéficie de la réduction des rebuts déversés dans les dépotoirs et d'un cycle de vie des produits qui diminue la quantité de déchets. Au final, la consigne ne sert pas à générer des revenus, comme pour la disposition des ordures, mais bien à faire décroître le volume des ordures, en influençant le comportement des consommateurs.

Un autre exemple de redevance dont l'objectif consiste à modifier les comportements est celle que l'on perçoit sur chaque tonne de déchets basculée dans un dépotoir. L'objectif du système est d'envoyer un signal à travers la chaîne de production des déchets en vue de la réduction du volume d'ordures enfouies au dépotoir. On pourrait toutefois y voir un mécanisme

⁴⁴ Voir l'analyse de la consigne comme redevance réglementaire par la Cour supérieure de la Nouvelle-Écosse : *Cape Breton Beverages Ltd. and Burt Stonehouse v. AG of Nova Scotia*, [1997] CanLII 9915 (NS SC).

qui s'approche de la tarification. Effectivement, dans un contexte où l'autorité qui perçoit le montant est propriétaire de tous les dépotoirs où s'applique la perception, on serait en situation de tarification à la tonne déversée pour l'utilisation des dépotoirs. Cependant, lorsque l'autorité taxatrice n'est pas la seule propriétaire des dépotoirs sur son territoire, et que des camions en provenance d'autres régions utilisent ces installations, le mécanisme de tarification ne peut répondre correctement à l'objectif de réduction de l'enfouissement pour le maintien de la capacité des dépotoirs du territoire. Dans l'affaire *Ottawa-Carleton (Regional Municipality) By-Law 234 1992 (Re)*⁴⁵, avant la mutation de tarification à redevance réglementaire, les dépotoirs de la région assujettie se plaignaient de l'iniquité d'une perception d'un tarif des ordures qui ne pouvait s'appliquer à celles qui provenaient de l'extérieur de la région. Ces circonstances illustrent bien que seule la redevance réglementaire, applicable à tous les dépotoirs de la région, peut assurer que tous les déversements de déchets dans l'aire de contrôle de l'autorité perceptrice seront soumis à la perception servant à les inciter à réduire leurs déversements.

Une telle redevance a été instaurée par la Municipalité régionale d'Ottawa-Carleton et perçue auprès de tous les dépotoirs du territoire, qu'ils soient privés ou publics⁴⁶. Les sommes obtenues sont placées dans un fonds destiné à la mise en place de nouveaux dépotoirs lorsque ceux qui sont en usage atteindront leur pleine capacité. On voit donc que les pouvoirs publics ont intérêt à ce que non seulement leurs propres dépotoirs ne s'emplissent pas trop vite, mais également que la capacité des dépotoirs privés soit préservée aussi longtemps que possible. Un tarif d'utilisation des dépotoirs publics n'aurait pas permis d'atteindre le même objectif que la redevance réglementaire, celle-ci ayant pour objet d'inciter également les dépotoirs

⁴⁵ *Ottawa-Carleton (Regional Municipality) By-Law 234-1992 (Re)*, [1996] O.M.B.D. No. 553 (Q.L.).

⁴⁶ *Id.* Laidlaw et d'autres opérateurs de dépotoirs de la région prétendaient que le règlement de la municipalité régional était inconstitutionnel, puisqu'il autorisait la perception d'une taxe indirecte, contraire à l'article 92 (2) de la LC 1867. La Commission municipale de l'Ontario conclut qu'il n'est pas question d'une taxe, mais bien d'une redevance réglementaire, qui peut donc arborer l'aspect d'une taxe indirecte.

privés à ne pas accepter de décharges à rabais en provenance d'autres régions.

L'un des prélèvements aujourd'hui le plus débattu et dont l'objectif est d'induire des modifications de comportements est sans doute ce que le langage populaire, largement véhiculé par les médias, dénomme la « taxe carbone » du Canada⁴⁷. Ce prélèvement, dont la constitutionnalité est actuellement remise en cause devant la Cour suprême, n'est pas une taxe, mais plutôt une redevance réglementaire. À la suite de la signature de l'Accord de Paris⁴⁸ sur les changements climatiques en 2015, le Canada a adopté en 2018 la *Loi sur la tarification de la pollution causée par les gaz à effet de serre*⁴⁹. Cette loi veut établir à la grandeur du pays une norme minimale de réduction des GES, en prévoyant une redevance sur les combustibles produits ou utilisés et, pour les émissions industrielles, un mécanisme de prix. La redevance (le prix) doit être perçue dans toute province qui n'a pas mis en place une réglementation de réduction des GES jugée équivalente. À ce jour, trois provinces, soit l'Ontario⁵⁰, l'Alberta⁵¹ et la Saskatchewan⁵², ont contesté devant leurs cours d'appel respectives la constitutionnalité de la loi fédérale. Elles prétendent notamment que le fédéral ne dispose pas de la compétence constitutionnelle pour imposer une telle redevance. Les sommes prélevées sont retournées par le fédéral à la province ou aux contribuables pour les récompenser de la modification de leurs comportements de réduction des GES. L'Ontario soutient que, puisque les sommes prélevées par le fédéral sont simplement retournées aux provinces, elles ne peuvent se qualifier en tant que redevance réglementaire

⁴⁷ Voir par exemple : Éric DESROSIERS, « Petit rappel à l'ordre du FMI pour le Canada sur la taxe carbone », *Le Devoir*, 11 octobre 2019, p. B6; Bob WEBER, « L'Alberta obtient gain de cause en appel sur la taxe carbone », *Le Devoir*, 25 février 2020, p. A4.

⁴⁸ *Accord de Paris*, Doc. N.U. FCCC/CP/2015/10/Add.1, 12 décembre 2015.

⁴⁹ *Loi sur la tarification de la pollution causée par les gaz à effet de serre*, L.C. 2018, c. 12.

⁵⁰ *Reference re Greenhouse Gas Pollution Pricing Act*, 2019 ONCA 544 (en appel à la Cour suprême du Canada).

⁵¹ *Reference re Greenhouse Gas Pollution Pricing Act*, 2020 ABCA 74 (en appel à la Cour suprême du Canada).

⁵² *Reference re Greenhouse Gas Pollution Pricing Act*, 2019 SKCA 40 (en appel à la Cour suprême du Canada).

servant à financer un régime de réglementation. La Cour d'appel de l'Ontario a rejeté cet argument et rappelle que, lorsque les montants prélevés s'avèrent suffisamment importants pour induire un changement de comportement, ils constituent en eux-mêmes un régime de réglementation. En vue d'établir la validité constitutionnelle de la redevance réglementaire, il faut alors plutôt démontrer que les prélèvements servent aux objectifs de la loi.

Bref, nous concluons que la jurisprudence a maintenant bien circonscrit les conditions générales de validité de la redevance réglementaire, que nous résumons ainsi :

- A. Le prélèvement possède d'abord les attributs d'une taxe : il est obligatoire, levé par une autorité publique, aux fins d'intérêt public;
- B. Le prélèvement s'inscrit dans un régime de réglementation complet et détaillé dont dispose l'autorité taxatrice, ou l'autorité qui doit y participer;
- C. Le prélèvement ne sert pas à générer des revenus généraux pour l'autorité taxatrice;
- D. Le prélèvement doit plutôt viser de deux choses l'une : *a*) financer le régime de réglementation (ce qui est le plus fréquent); ou *b*) par la hauteur à laquelle la redevance est fixée, inciter à des changements de comportements de la personne qui doit la payer;
- E. Le lien entre le régime de réglementation et les prélèvements doit être clairement établi ou démontrable;
- F. La personne qui doit payer la redevance réglementaire est normalement un bénéficiaire du régime de réglementation ou encore elle contribue par ses activités à le rendre nécessaire;
- G. Les conditions C et D sont plus facilement démontrées lorsque les deniers perçus sont versés dans un fonds distinct et sont strictement utilisés à ces fins, et que le fonds ne génère pas de surplus importants ou permanents;
- H. Par contre, lorsque la redevance réglementaire a pour objet de favoriser certains comportements, il n'est pas interdit au régime d'engendrer plus de fonds que nécessaires au régime de réglementation.

En somme, une redevance réglementaire doit être l'accessoire ou la *servante* d'un régime de réglementation de l'autorité qui l'impose ou la

perçoit. Ainsi, toute redevance réglementaire de niveau municipal doit être conçue en fonction d'objectifs à atteindre, fixés par un régime de réglementation qu'elle sert.

Il va sans dire que le législateur, qu'il soit fédéral ou provincial, peut resserrer ces conditions de validité énoncées par les tribunaux. Par exemple, il peut rendre un régime de perception de redevances réglementaires obligatoire pour certains organismes ou des administrations décentralisées qui tiennent leurs pouvoirs de la province. Il peut exiger la création d'un fonds spécial pour y verser les redevances et fixer une limite de temps pour l'utilisation des montants. Il peut aussi exclure de son champ d'application certaines catégories de personnes exemptées de contributions.

III. La redevance sur les carrières et sablières

A) Le caractère obligatoire de la perception de la redevance

En 2008, le législateur québécois a introduit le premier régime municipal de redevance réglementaire par l'adoption de nouvelles dispositions à la *Loi sur les compétences municipales* (ci-après « LCM »)⁵³. Ces dispositions législatives prescrivent au monde municipal de percevoir auprès des exploitants de carrières et de sablières en activité sur leur territoire des sommes proportionnelles à la quantité de matières transportées hors du site. Les montants prélevés doivent contribuer à l'entretien des routes municipales empruntées par le transport lourd provenant de ces exploitations ou à l'atténuation des inconvénients qui en découlent. Remarquons le rapprochement étroit entre le régime adopté par le Québec et celui qui a été mis en place par certaines municipalités de la Colombie-Britannique et validé par la Cour suprême du Canada en 1993⁵⁴. Il ne fait pas de doute que le Québec s'est également inspiré de l'analyse qu'en a fait la Cour suprême pour concevoir son régime.

Depuis l'entrée en vigueur des dispositions de la LCM, la municipalité locale qui a sur son territoire une carrière ou une sablière en

⁵³ *Loi sur les compétences municipales*, RLRQ c. C-47.1, art. 78.1-78.15.

⁵⁴ *Allard Contractors*, préc., note 33.

activité a donc l'obligation d'adopter un règlement répondant aux exigences légales. La municipalité doit constituer un fonds pour y verser les sommes perçues, sous réserve de l'exercice du pouvoir prépondérant accordé à la municipalité régionale de comté (MRC) de constituer ce fonds réservé (art. 110.1-110.3 LCM).

La LCM impose aux municipalités de lever ces fonds sur la base du volume de substances minérales de surface extraites et transportées hors du site d'exploitation. À ce volume transporté s'applique le taux prescrit par le gouvernement, en vue de déterminer les montants que doivent payer les exploitants de carrières et de sablières. La LCM oblige les exploitants à transmettre aux autorités municipales des déclarations concernant les volumes de substances soumis à la perception, selon les modalités et les fréquences prescrites par le règlement municipal (art. 78.5).

La LCM accorde aux autorités municipales les pouvoirs de vérification et de contrôle de l'exactitude des déclarations soumises par les exploitants. Le droit payable constitue pour la municipalité une créance prioritaire sur les biens meubles de l'exploitant, garantie par hypothèque légale (art. 78.8).

Comme l'extraction et le transport des matières ne se limitent pas toujours à une seule municipalité, la LCM prévoit un mécanisme par lequel deux municipalités limitrophes peuvent s'entendre sur le partage équitable des sommes perçues. À défaut d'entente, la Commission municipale du Québec rend une décision sur le partage des redevances, qui est finale. Dans cette détermination, la Commission doit tenir compte du degré d'utilisation des voies publiques respectives des municipalités touchées par le transit des substances (art. 78.13)⁵⁵.

B) La qualification juridique de la redevance sur les carrières et sablières

Lors de l'introduction en 2008 de la redevance sur les carrières et les sablières, le législateur québécois s'est largement inspiré du mécanisme

⁵⁵ *Lacolle (Municipalité) c. Commission municipale du Québec*, 2013 QCCS 689.

mis en place en 1987 par la Colombie-Britannique et de l'analyse de la Cour suprême du Canada à ce sujet en 1993. Le législateur a toutefois pris soin de corriger les points faibles de la législation de la Colombie-Britannique soulignés par la Cour suprême, comme le silence du règlement sur l'utilisation des fonds, même si la cour n'avait toutefois pas invalidé pour autant le régime. Par exemple, la LCM prévoit explicitement et limitativement les usages précis que les municipalités peuvent faire des sommes prélevées.

La distinction entre une taxe et une redevance réglementaire est revenue à l'avant-plan dans un contentieux survenu au Québec touchant précisément cette redevance sur les carrières et les sablières. La décision de la Cour d'appel du Québec a permis de clarifier la nature juridique de la redevance. La faillite de l'exploitant Bricon, qui devait un montant de 165 000 \$ à titre de redevance sur les carrières et les sablières, a permis aux tribunaux de qualifier la créance due à la MRC⁵⁶. Si le montant à percevoir était qualifié de taxe, la MRC pouvait se prévaloir de son statut de créancier prioritaire. Si le paiement devait plutôt être considéré comme une redevance réglementaire, la MRC devait se contenter du simple statut de créancier chirographaire et encaisser en conséquence une perte sèche dans la faillite de l'exploitant. La Cour d'appel, sous la plume du juge Kasirer (depuis nommé à la Cour suprême), confirme que, contrairement à ce qu'avait conclu la Cour supérieure, le prélèvement prévu par la LCM est bel et bien une redevance réglementaire et non une taxe.

Il faut se pencher, rappelle le juge Kasirer, sur l'objectif principal du prélèvement. Sert-il à taxer pour alimenter les revenus généraux de la municipalité, ou le prélèvement a-t-il plutôt pour objet de financer un régime de réglementation qui y est rattaché? La Cour d'appel conclut à la seconde option.

Les dispositions de la LCM et le règlement de la MRC constituent un régime complet et détaillé de réglementation pour la constitution d'un fonds visant certainement l'exploitant Bricon (maintenant en faillite) afin de pourvoir à l'entretien et à la réfection des routes susceptibles d'être

⁵⁶ *Construction Bricon ltée (Proposition)*, 2015 QCCA 249.

empruntées par les exploitants de carrières et de sablières. Les municipalités disposent effectivement de pouvoirs en matière de transport (art. 4 et 8 LCM); et les articles 78.1 à 78.15 de la LCM se trouvent dans le même chapitre portant sur le transport. Dès qu'une municipalité a sur son territoire une carrière ou une sablière où la circulation de camions est susceptible d'emprunter les voies municipales, elle doit mettre sur pied ce fonds, observe la Cour d'appel. La LCM et le règlement municipal prévoient en détail les mécanismes de création, de gestion et d'utilisation des sommes perçues. Bref, l'existence d'un régime de réglementation ne faisant pas de doute, le tribunal doit faire par la suite l'analyse du lien étroit entre le régime et le droit payable, lui permettant de conclure à la qualification de redevance réglementaire. Le lien entre le régime réglementaire et la redevance perçue est ici très fort, selon la Cour, car les fonds ne peuvent être utilisés que pour l'entretien et la réfection des routes, ou l'atténuation de cette circulation de camions lourds.

François Girard confirme que le législateur n'a rien laissé au hasard de l'improvisation lorsqu'il a adopté ces dispositions de la LCM, afin de respecter les enseignements de la Cour suprême concernant les redevances réglementaires et d'établir un lien fort entre le régime et les droits levés⁵⁷. Il est clair que le régime sert à compenser les dommages aux routes faits par les exploitants de carrières et de sablières. La créance de la MRC ne relève donc pas d'une taxation municipale. Ainsi, nous pouvons aujourd'hui affirmer avec assurance que la redevance levée sur les carrières et les sablières en vertu de la LCM est une redevance de nature réglementaire.

C) Une source de revenu intéressante pour les municipalités

La redevance réglementaire sur les carrières et les sablières du Québec démontre la puissance d'un concept qui se distingue autant de la taxation que de la tarification, tout en permettant aux municipalités où se trouvent ces installations de lever des fonds utiles au financement des routes abîmées par ce transport lourd. La Cour d'appel⁵⁸ fait la remarque juste que la redevance se distingue non seulement de la taxe, mais aussi de la

⁵⁷ F. GIRARD, préc., note 34.

⁵⁸ *Construction Bricon ltée (Proposition)*, préc., note 56.

tarification qui, par l'exigence d'un lien clair entre le paiement et le bénéfice reçu, forcerait la municipalité à imposer le tarif non seulement du transport issu des carrières et des sablières, mais de tout transport lourd voyageant sur les routes municipales. La redevance réglementaire n'est pas astreinte à cette exigence.

Il faut aussi rappeler que ces installations, qui font un usage intensif des routes municipales et les abîment en partie, n'apportent quasiment pas de contributions fiscales aux municipalités, parce qu'on n'y trouve pas de bâtiments susceptibles d'inscription au rôle et que la ressource elle-même, soit la carrière ou le sable, n'est pas objet de taxe foncière, selon les règles de la *Loi sur la fiscalité municipale*⁵⁹.

IV. La redevance de développement et l'entente avec les promoteurs

A) La complémentarité entre les deux mécanismes

1. Des mécanismes d'aménagement du territoire

Les deux pouvoirs discutés dans cette section sont prévus par les articles 145.21 à 145.30.3 de la *Loi sur l'aménagement et l'urbanisme* (LAU)⁶⁰. Il est important de souligner que l'entente avec les promoteurs relative aux travaux municipaux et la redevance de développement sont des outils qui s'inscrivent à l'intérieur des pouvoirs et des compétences municipales en matière d'aménagement du territoire et d'urbanisme. Il faudra donc concevoir leur puissance – ainsi que leurs limites actuelles – dans le contexte général de l'exercice des pouvoirs d'aménagement et d'urbanisme au Québec.

Comme notre article cible les redevances réglementaires, il pourrait apparaître curieux d'inclure ici une discussion sur un autre mécanisme, soit celui de l'entente relative aux travaux municipaux, qui n'appartient pas à la catégorie de la redevance réglementaire. La réponse tient au fait que, pour bien circonscrire le fonctionnement de la redevance de développement,

⁵⁹ *Loi sur la fiscalité municipale*, RLRQ c. F-2.1, art. 65.

⁶⁰ *Loi sur l'aménagement et l'urbanisme*, RLRQ c. A-19.1 (ci-après « LAU »).

nous jugeons essentiel de faire le lien avec le mécanisme de l'entente avec les promoteurs au sujet des travaux municipaux, ces deux mécanismes étant complémentaires.

Avant de pouvoir faire un usage de la redevance de développement qui soit efficient et conforme aux préoccupations du développement durable et de la transition énergétique, les municipalités doivent d'abord s'assurer d'un usage approprié du mécanisme de l'entente avec les promoteurs. Une image provenant de la construction immobilière nous permet d'illustrer le principe, où l'entente fait œuvre de fondation et de murs, tandis que la redevance de développement joue le rôle de toiture. Impossible d'installer une bonne toiture sans disposer d'abord de murs solides. *A contrario*, l'usage inapproprié de l'entente relative aux travaux municipaux est susceptible de présager d'un usage déficient de la redevance de développement ou d'en limiter une utilisation correcte.

Ce sont, en gros, les raisons pour lesquelles il faut d'abord discuter du mécanisme de l'entente relative aux travaux municipaux, avant de passer à la redevance de développement. Nous basant sur cette présentation, nous avancerons certaines hypothèses quant aux possibles causes de l'usage réduit de ces deux mécanismes au Québec. Pour y arriver, nous croyons pertinent d'élargir la discussion à d'autres provinces canadiennes et même aux États-Unis, où les deux mécanismes sont utilisés de façon plus intensive qu'au Québec. Cette discussion permettra en même temps de mieux préciser le lien de complémentarité entre les deux mécanismes et la logique en partie commune qui les relie, même s'ils sont d'une nature juridique distincte.

2. Des investissements privés qui commandent d'importantes dépenses publiques

Le développement immobilier exige le plus souvent de mettre en branle tout un éventail d'investissements publics afin de pouvoir se réaliser. Si l'installation d'une tente au milieu d'un champ ou en bordure de la forêt ne quémande rien des autorités publiques, il en est tout autrement du développement immobilier qui s'installe au même endroit. Plus le nouveau développement immobilier se révèle important, ou plus il est éloigné des infrastructures existantes, plus la portée des investissements publics

augmente. Ces investissements sont surtout d'ordre municipal, mais ils touchent aussi d'autres secteurs d'activités, comme le secteur scolaire pour la construction d'écoles ou le secteur sociosanitaire pour la construction d'hôpitaux ou de centres de la petite enfance afin de servir les populations qui s'y installeront. Nous nous en tiendrons ici au seul secteur municipal.

De plus, un développement immobilier important est susceptible d'avoir un impact sensible sur la qualité de vie du voisinage et de la collectivité. Outre les services publics requis, lorsque les occupants de ces développements immobiliers sont éloignés de leur lieu de travail ou d'approvisionnement régulier, ils sont davantage susceptibles de causer des nuisances par l'utilisation de leur automobile pour leurs déplacements les plus fréquents, que ce soit en fait de pollution, de bruit ou de congestion. En outre, lorsque le développement empiète sur des espaces verts ou naturels, il peut entraîner des pertes importantes pour la qualité du milieu de vie.

Au-delà des travaux d'aménagement et de construction que doit faire sur son terrain le promoteur du projet ou l'acquéreur du lot, chaque bâtiment ou unité doit avoir accès à des services municipaux plus ou moins intensifs, qui doivent eux aussi être planifiés et financés. Les services municipaux que requiert le développement doivent faire l'objet d'évaluations, souvent poussées, afin de guider les décisions publiques à prendre quant à leur opportunité et à leur coût⁶¹. Si une décision favorable

⁶¹ Les investissements publics d'autres secteurs, comme le secteur scolaire ou hospitalier, peuvent aussi imposer d'importants investissements municipaux pour de meilleurs services, notamment selon la localisation retenue. Plusieurs litiges portés devant les tribunaux donnent des exemples déplorables de mauvaises décisions prises par des autorités municipales en matière de développements immobiliers. Parmi ceux-ci, un exemple sort du lot. La volonté de la Ville de Repentigny de voir l'école Félix-Leclerc, longtemps dénommée « l'école dans le milieu d'un champ », construite sur son territoire, a ainsi été décrite en 1997 par le juge Crêteau de la Cour supérieure, dans une contestation qui découlait d'un règlement municipal imposant une taxe d'amélioration locale aux propriétaires riverains des terrains le long desquels ont été construites une route de même que les installations d'aqueduc et d'égout pour desservir l'école (*Prud'homme c. Ville de Repentigny*, [1997] n° AZ-97021660 (C.S.)) : « Tout est improvisation de la part de la Ville, il y a échange, vente et achat entre la Ville et la Commission scolaire et les compagnies propriétaires. La Commission scolaire est obligée d'acheter du terrain supplémentaire des compagnies des messieurs Maillette,

est donnée, il faut prévoir la planification, tant pour le financement que pour la réalisation, et procéder à la construction des infrastructures publiques nécessaires.

Prenons l'exemple du propriétaire d'un grand terrain agricole à la marge d'une municipalité. Il est clair qu'il ne peut le développer, à moins que la municipalité ne consente à y amener toutes les infrastructures publiques nécessaires : les routes, les services d'aqueduc et d'égout, les trottoirs, l'éclairage public⁶². Les investissements en capital ne seront pas la fin de l'histoire, car la municipalité devra par la suite assurer la prestation de tous les services liés à ces infrastructures, comme l'entretien des routes, le déneigement, la collecte des ordures. La municipalité devra en outre accroître la capacité des infrastructures déjà en usage, comme celle des égouts collecteurs, de l'usine de traitement de l'eau potable, des installations sportives et culturelles, qui pourraient se révéler incapables d'absorber la croissance de la demande en matière de services, induite par le développement. Peut-être faudra-t-il recruter aussi plus de policiers, augmenter les services de lutte contre les incendies, agrandir l'hôtel de ville, et ainsi de suite. La croissance de la population permet l'atteinte d'économies d'échelle certes, mais celles-ci peuvent être annulées par les coûts publics plus élevés ou l'inefficience du développement de faible densité sur des terrains n'ayant pas accès aux infrastructures nécessaires.

Bref, en raison des impacts publics du développement, le propriétaire d'un terrain ne peut décider seul de le « développer » et d'aller de l'avant en y implantant plusieurs bâtiments ou unités d'occupation, car le développement implique tout autant sinon davantage de dépenses de la part des pouvoirs publics.

Ladouceur et Catania dû au fait que la Ville veut une partie de son terrain tant pour l'assiette de la route 341 que pour le parc. » Cette affaire a aussi dégénéré en un conflit larvé entre conseillers municipaux, dont la poursuite en diffamation a poursuivi sa course jusqu'à la Cour suprême : *Prud'homme c. Prud'homme*, 2002 4 R.C.S. 663.

⁶² Le propriétaire aura aussi besoin d'autres autorisations, comme celle de la Commission de protection du territoire agricole, mais aussi celle des autorités environnementales dès que sont affectés un cours d'eau, des berges ou des milieux humides.

Développer un terrain se fait en différentes étapes, selon le type de construction envisagé. Pour le développement résidentiel et en supposant que cet usage est déjà autorisé⁶³, le propriétaire devra normalement d'abord faire une opération cadastrale en procédant au lotissement du terrain en plus petites unités, opération suivie de la construction des bâtiments et de l'aménagement des lots et, finalement, de l'occupation du bâtiment ou de ses unités par l'acquéreur. Chacune de ces étapes requiert une autorisation municipale, qui peut comporter plusieurs exigences rendues nécessaires pour protéger l'intérêt public, forcément touché par le développement.

Le développement d'un terrain ne peut donc en aucun cas prendre la forme d'une décision unilatérale que le promoteur ou le propriétaire, croyant exercer seul son droit de propriété, pourrait imposer à la municipalité. En raison de l'expansion incontournable sur un siècle de la réglementation d'urbanisme pour assurer une occupation du territoire qui respecte l'intérêt public, ainsi que de l'intensification des services publics nécessaires à une occupation appropriée du territoire, les tribunaux ont, depuis longtemps, constaté que le droit de propriété lui-même n'est pas absolu⁶⁴, ce qu'a pris soin de codifier la réforme du *Code civil du Québec* en 1991⁶⁵. Surtout, le rôle éminemment important des autorités publiques dans la planification de l'aménagement du territoire et des orientations d'urbanisme qui doivent être privilégiées représente une variable majeure

⁶³ Le terrain ne doit pas faire partie d'une zone agricole au sens de la *Loi sur la protection du territoire et des activités agricoles*, RLRQ c. P-41.1. En matière de zonage municipal, il n'est pas rare que les projets de construction de promoteurs exigent une modification aux règlements d'urbanisme ou encore l'approbation par les processus discrétionnaires d'aménagement et d'urbanisme que sont le Plan d'aménagement d'ensemble et le Plan d'implantation architecturale de la LAU, respectivement entrés en vigueur en 1987 et en 1989.

⁶⁴ Les propos du juge Pelletier prononcés en 1920 à la Cour du banc du Roi, dans l'affaire *Morgan & Company c. The City of Montreal*, 29 [1920] R.J.Q. 124 (B.R.), relèvent clairement d'une autre époque : « Pour priver un propriétaire du droit qu'il a de faire sur son héritage les constructions de son choix, il faut un texte bien clair, car si on lui enlève ce droit, on procède pratiquement à une expropriation partielle et si cette expropriation partielle a lieu sans indemnité, cela devient l'équivalent d'une véritable confiscation. »

⁶⁵ *Code civil du Québec*, CCQ-1991, art. 947 al. 1 : « La propriété est le droit d'user, de jouir et de disposer librement et complètement d'un bien, sous réserve des limites et des conditions d'exercice fixées par la loi. »

dans les processus décisionnels. Bref, le développement immobilier exige un contrôle des autorités publiques et une contribution importante et soutenue des autorités municipales en matière d'investissements publics pour fournir les infrastructures et les services requis, avant comme après l'occupation.

Les mécanismes de l'entente relative aux travaux municipaux et de la redevance de développement sont des outils municipaux qui s'inscrivent au cœur des processus municipaux d'aménagement et d'urbanisme afin de mieux planifier le développement de leur territoire et de prévoir un financement équitable des travaux. En matière fiscale, les emprunts et les investissements que doivent faire les municipalités pour permettre le développement se répercuteront directement sur l'avis d'imposition (taxes scolaires et municipales) des contribuables de la municipalité, si des mesures pertinentes de répartition de la charge financière, comme les deux mécanismes discutés ici, ne sont pas adoptées. L'intérêt public exige en conséquence de prendre au sérieux les outils mis à la disposition des municipalités en vue de gérer de manière convenable le développement urbain et assurer une répartition équitable des charges financières.

Pour guider le développement du territoire vers un développement qui sert mieux l'intérêt public, il ne suffit plus de vérifier simplement si l'usage prescrit par le zonage autorise, par exemple, le développement résidentiel souhaité par le promoteur. De leur côté, les autorités municipales devraient normalement s'assurer qu'elles seront en mesure d'y fournir à un coût raisonnable tous les services municipaux que requiert ce type d'implantation, que ce soit les infrastructures de transport, les services de traitement de l'eau potable et des eaux usées, les réseaux d'aqueduc et d'égout ainsi que les services culturels, mais aussi l'intervention des services d'urgence, comme la sécurité civile et la sécurité incendie.

3. Une affaire de développement durable et d'équité fiscale entre contribuables municipaux : internaliser ou limiter l'externalisation des coûts de l'étalement urbain

S'ils ne sont pas imputés au promoteur ou aux premiers acquéreurs des bâtiments, les coûts publics nécessaires aux développements immo-

biliers doivent être payés par la municipalité et donc par tous les autres contribuables, qui ne sont pourtant pas responsables de la demande de services publics pour le nouveau développement, ni de la croissance induite pour les autres services publics de la municipalité. À moins de motifs d'intérêt public pour que tous supportent les coûts engendrés par certains, l'absence de mécanisme municipal approprié pour canaliser les coûts auprès des personnes les engendrant se traduit par une externalisation des coûts par les bénéficiaires des nouveaux développements entraînant une répartition des coûts publics inéquitable envers les autres contribuables municipaux.

En effet, ceux qui occasionnent les coûts du développement n'assument pas la part qui devrait leur être attribuée et reçoivent le mauvais signal quant au prix total du développement, puisqu'ils n'en voient que la portion privée à l'exclusion de la portion publique. Les coûts publics du développement sont alors répercutés sur les autres résidents et contribuables de la municipalité. Quant aux coûts environnementaux, ils sont transférés non seulement aux habitants vivant à proximité, mais aussi à tous ceux qui subissent les contrecoups de la perte d'écosystèmes naturels et du navettage intensif induit, le cas échéant.

Les municipalités québécoises disposent de plusieurs mécanismes de financement prévus par la loi afin d'atténuer ces effets nocifs. Au fil du temps, ces outils se sont bonifiés et même complexifiés, mais ils servent encore trop peu. Outre les outils traditionnels de financement, tels que la taxe foncière (générale ou spéciale), la tarification et les droits de mutation immobilière, les municipalités ont à leur disposition aujourd'hui des outils qui leur permettent d'exercer un meilleur contrôle des modes de développement afin d'établir un partage plus équitable des impacts financiers qui découlent du développement immobilier.

La redevance de développement s'est développée aux États-Unis et ailleurs au Canada en tant que mesure complémentaire du mécanisme de l'entente avec les promoteurs. Ces deux mécanismes permettent une meilleure récupération par la municipalité des coûts engendrés par le développement. Leur adoption rapide s'est répandue aux États-Unis dans le contexte d'un mouvement de protestation du fardeau des taxes foncières devenant de plus en plus lourd. Un auteur américain précise que, jusqu'aux

années 60 et 70, on pensait que le développement ne pouvait être que bénéfique, en tant que simple conséquence de la croissance de l'assiette fiscale de la municipalité⁶⁶. Toutefois, cette croyance, encore répandue, se révèle le plus souvent fautive. En effet, les études ont commencé à démontrer que la croissance augmentait le fardeau fiscal de tous les contribuables. On a compris que, pour assurer un développement plus juste et équitable, il était important de faire payer les coûts du développement par le développement, afin d'internaliser les coûts publics au prix des maisons et de faire cesser le transfert fiscal que le développement immobilier provoque auprès des autres contribuables.

La révolte des contribuables américains, notamment à compter des années 70, a forcé les municipalités à revoir leur fiscalité⁶⁷ et à adopter de nouvelles mesures. Dans la plupart des États, des limites ont été fixées quant au financement des infrastructures par les taxes foncières, ce qui a poussé les municipalités à trouver d'autres formes de financement, au nombre desquelles se trouvent l'entente avec le promoteur relativement aux travaux municipaux et la redevance de développement.

Arthur C. Nelson⁶⁸ conclut que la redevance de développement permet de soumettre les décisions quant au développement au test de son coût réel. *A contrario*, l'absence d'une telle contribution favorise l'étalement urbain et le développement à basse densité qui augmentent les coûts publics. Les bénéficiaires sont alors exemptés des coûts réels du développement qui se répercutent sur les autres contribuables. Ainsi, une norme équitable devrait exiger que chaque nouveau développement paie ses propres coûts avant d'être autorisé. Les développements des promoteurs qui ne peuvent faire face à ce coût réel devraient en conséquence être mis sur la glace, à moins qu'une autre considération d'intérêt public (et non seulement

⁶⁶ Arthur C. NELSON, *System Development Charges for Water, Wastewater and Stormwater Facilities*, Boca Raton, CRC Press, 1995.

⁶⁷ Le texte connu sous le nom de « Proposition 13 », intitulé *Proposition 13* de 1978 en Californie, « People's Initiative to Limit Property Taxation », a été approuvé par voie de référendum par les électeurs de la Californie le 6 juin 1978. Cette initiative a entraîné une modification à la taxe foncière.

⁶⁸ A.C. NELSON, préc., note 66.

d'intérêt privé) en justifie l'autorisation et le financement par les pouvoirs publics.

Voyons maintenant plus en détail en quoi consiste l'entente relative aux travaux municipaux pour mieux comprendre la manière dont peut s'y greffer par la suite la redevance de développement.

B) L'entente relative aux travaux municipaux

1. Les objectifs de l'entente

Le mécanisme de l'entente relative aux travaux municipaux a été introduit en droit municipal québécois en 1994 dans les articles 145.21 à 145.30 de la LAU. En s'inspirant de leurs homologues de l'Ontario, certaines municipalités québécoises avaient commencé, avant même cette année-là, à conclure de telles ententes avec les promoteurs qui demandaient les autorisations de développements immobiliers. Reconnaisant cet état de fait, le législateur a donc prévu une disposition de droit transitoire⁶⁹ selon laquelle de telles ententes conclues avant l'adoption des dispositions habilitantes de la LAU ne pouvaient être invalidées pour défaut de compétence de la part de la municipalité. De plus, en cas de contestation par des promoteurs de la validité de telles ententes, la Cour d'appel avait disposé que la municipalité bénéficiait d'autres pouvoirs pour imposer aux promoteurs la prise en charge surveillée de certains travaux municipaux, notamment par son pouvoir de décréter les conditions préalables à l'ouverture de nouvelles rues⁷⁰.

Jean-Pierre St-Amour voit dans les ententes avec les promoteurs une ouverture du législateur à l'urbanisme contractuel, qui s'inscrit dans une forme d'urbanisme discrétionnaire, où l'on « accorde néanmoins une marge de manœuvre intéressante pour obliger le public et le privé à faire preuve d'une meilleure collaboration et d'une plus grande responsabilisation⁷¹ ». Le mécanisme envoie un message clair, à savoir « que l'on ne peut revenir

⁶⁹ *Loi modifiant la Loi sur l'aménagement et l'urbanisme*, L.Q. 1994, c. 32, art. 25.

⁷⁰ *Otterburn Park (Ville) c. 2847-2033 Québec inc.*, 2005 QCCA 615.

⁷¹ Jean-Pierre ST-AMOUR, *Les ententes relatives aux travaux municipaux*, coll. Droit – Aménagement – Urbanisme, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2013, p. 3.

à l'attitude de libre entreprise qui gouvernait le développement immobilier au 20^e siècle alors que la planification relevait des promoteurs et que la répartition des coûts était assumée par la collectivité⁷² ».

Au moment où se planifie un nouveau projet de développement immobilier, le mécanisme de l'entente avec les promoteurs permet à une municipalité d'atteindre plusieurs objectifs, dont celui de faire absorber dès le départ par le promoteur les coûts d'implantation de certaines infrastructures municipales rendues nécessaires (construction des rues et des trottoirs, installation d'aqueduc et d'égout, éclairage public) à l'intérieur même des coûts de développement du projet immobilier. Ces coûts d'infrastructures publiques nécessaires à la viabilité des futures résidences peuvent donc être ainsi tout de suite payés par le promoteur, en tout ou en partie. Souvent, il procède lui-même aux travaux sur son propre terrain, selon les normes dictées par la municipalité et sous sa surveillance. Il transfère ensuite ces espaces et installations de services publics à la municipalité (rues, trottoirs, aqueduc, égout, éclairage public). Puis le promoteur répercute ces coûts sur le prix de vente au premier acquéreur du terrain loti ou de la nouvelle demeure, en tant que partie intrinsèque des coûts du projet immobilier.

La municipalité fait de la signature d'une entente avec le promoteur qui veut développer son terrain une condition de la délivrance des permis, que ce soit à l'étape du permis de lotissement du terrain ou du permis de construction à intervenir, ou encore au moment de la délivrance du certificat d'occupation de l'immeuble du nouvel acquéreur.

À vrai dire, l'entente présente plusieurs avantages pour la municipalité. Elle lui permet d'abord de planifier une meilleure intégration des projets en matière d'urbanisme et d'aménagement. Ce mécanisme l'amène à mieux contrôler et à surveiller de près la qualité des infrastructures publiques qui sont construites par les promoteurs et qui devront être cédées à la municipalité⁷³. Enfin, le mécanisme évite à la

⁷² *Id.*, p. 127-128.

⁷³ La Ville de Granby a pu expérimenter de près l'importance du mécanisme pour s'assurer de la conformité des infrastructures qui doivent être construites avant que le permis de lotissement ou de construction soit délivré. Voir *Daigle c.*

municipalité d'avoir à financer ces travaux municipaux par règlement d'emprunt (du moins dans la partie dont le promoteur se charge) pour l'implantation des infrastructures publiques. Le mécanisme réduit en conséquence l'obligation pour la municipalité de percevoir en lieu et place une taxe d'amélioration locale sur plusieurs années auprès des futurs propriétaires.

En réalité, l'entente relative aux travaux municipaux sert à établir un partage plus équitable des coûts des infrastructures publiques directement requises pour le développement immobilier et permet de responsabiliser le promoteur en ce sens⁷⁴. En internalisant le coût des infrastructures publiques dans le prix d'achat initial d'une maison, le mécanisme envoie un signal plus clair à l'acquéreur quant au prix comparatif entre les différents secteurs d'une région. Le « rabais » apparent de l'acquisition d'une maison dans un nouveau développement de la banlieue par rapport aux quartiers plus centraux pourrait s'en trouver réduit d'autant. En ce sens, l'entente relative aux travaux municipaux permet d'inclure dans le prix un coût qui peut augmenter l'attrait des constructions dans des quartiers disposant déjà des infrastructures publiques, par rapport aux nouveaux développements immobiliers construits sur des terrains sans services, ce qui favorisera ainsi une occupation plus durable du territoire.

Cependant, c'est sans doute dans la convergence des quatre objectifs mentionnés plus haut que le mécanisme trouve sa place pour une amélioration de l'aménagement durable des municipalités. En permettant d'internaliser certains coûts des infrastructures publiques au prix d'achat des nouvelles propriétés privées et en responsabilisant le promoteur qui doit prendre à sa charge une partie des coûts de développement, le mécanisme contribue à lancer un message plus clair sur les coûts du développement immobilier et sur leur partage équitable. Grâce au mécanisme, la

Granby (Ville), 2016 QCCA 84, confirmant la décision de la Cour supérieure (*Daigle c. Granby (Ville)*, 2014 QCCS 3671) (ci-après « affaire *Daigle* »), où la juge s'exprime ainsi au paragraphe 60 : « l'un des objectifs de l'entente de travaux municipaux est de s'assurer qu'une autorité municipale acquiert un immeuble conforme avec une expectative de longévité raisonnable, et ce, pour le bien de la collectivité ».

municipalité est en mesure de faire varier par zones ou secteurs la proportion d'internalisation des coûts qu'elle exige, selon que les développements sont davantage éloignés ou rapprochés des aires plus denses, de la desserte en transport en commun, ou en fonction des différentes zones prioritaires indiquées dans le schéma d'aménagement et de développement de la MRC.

2. La qualification juridique de l'entente

L'article 145.29 de la LAU déclare que les sommes ainsi versées ne sont ni taxes, ni compensations, ni mode de tarification. Dans un conflit opposant des promoteurs immobiliers à la Ville de Gatineau, la Cour supérieure conclut en 2016 que les prélèvements exigés du promoteur sur la base des ententes signées en vertu de la LAU ne peuvent être qualifiés de taxes ou de redevances réglementaires⁷⁵. Les prélèvements ne sont ainsi pas soumis à la règle constitutionnelle applicable en matière fiscale qui limite le pouvoir fiscal des provinces et des municipalités à la taxation directe (art. 92 (2) LC 1867)⁷⁶. L'argument constitutionnel de l'effet indirect des contributions exigées des promoteurs qui en répercutent le coût sur le prix de vente ne peut donc pas être plaidé pour contester la validité des ententes, car la perception n'est pas de nature fiscale.

L'objet de l'entente et du mécanisme consiste pour l'essentiel à établir clairement les règles de partage des coûts de construction de certains travaux municipaux rendus nécessaires par le projet pour lequel un permis est sollicité. En ce sens, le prélèvement entrerait dans une catégorie *sui generis* de prélèvements municipaux, qui cherche à faire payer une part des coûts des infrastructures municipales par ceux qui souhaitent rentabiliser leurs terrains grâce au lotissement et au développement immobilier. Ce sont donc des contributions versées par les demandeurs de permis en vertu d'ententes afin de financer des infrastructures publiques nécessaires à ce développement qui ne sont, comme le précise la LAU, ni taxes ni redevances réglementaires.

⁷⁵ *Association provinciale des constructeurs d'habitations du Québec (APCHQ) région de l'Outaouais inc. c. Gatineau*, 2016 QCCS 1124 (ci-après « affaire APCHQ »).

⁷⁶ Voir la section 2.1.2.

3. Les conditions de validité de l'entente fixées par la loi

Une municipalité qui souhaite se prévaloir du partage des coûts des travaux municipaux avec les promoteurs doit d'abord adopter un règlement à cet effet (art. 145.21 LAU), assujettissant à la signature d'une entente la délivrance d'un permis de construction ou de lotissement ou encore d'un certificat d'occupation. L'article 145.22 de la LAU précise les éléments à inscrire dans un tel règlement ainsi que dans l'entente. Les deux documents doivent donc être conformes aux dispositions de la LAU.

Les prescriptions de la LAU concernant le contenu du règlement exigent que soient précisées les zones auxquelles il s'applique et, dans ces zones, les catégories de constructions, de terrains ou de travaux assujettis à la conclusion d'une entente pour le partage des coûts. Le règlement doit également indiquer les infrastructures et les équipements municipaux à financer qui ne se trouvent pas nécessairement dans la zone visée et qui peuvent de surcroît servir à des immeubles situés ailleurs sur le territoire de la municipalité. Le règlement doit en outre mentionner les modalités de partage des coûts, selon les catégories de travaux ou d'équipements visés.

La LAU est aussi très prescriptive quant au contenu même de l'entente qui doit être signée entre la municipalité et le promoteur, avant la délivrance du permis recherché (art. 145.23 LAU). Sont susceptibles de déclaration de nullité un permis accordé avant ou sans la signature de l'entente ou encore une résolution acceptant le transfert d'infrastructures construites par le promoteur sans avoir signé une telle entente⁷⁷.

L'entente conclue doit, évidemment, respecter les prescriptions du règlement et énoncer de façon claire les engagements mutuels des parties. Le promoteur doit ainsi bien connaître les engagements qu'il accepte. C'est dire que l'entente doit contenir la description détaillée des travaux municipaux à effectuer par le requérant du permis ou du certificat, la date à laquelle les travaux doivent être terminés, les coûts qu'il doit payer, les pénalités auxquelles il s'expose en cas de retard dans la réalisation des travaux, les modalités de paiement par le requérant ou le titulaire du permis,

⁷⁷ Voir l'affaire *Daigle*, préc., note 73.

etc. Lorsqu'une part des travaux doit être payée à la municipalité par un autre bénéficiaire des travaux, l'entente doit préciser les modalités de versements de la municipalité au titulaire de permis ou du certificat. Enfin, l'entente doit spécifier les garanties financières attendues de la part du promoteur pour satisfaire à ses obligations.

4. L'utilisation limitée de l'entente par les municipalités du Québec

Selon les informations à notre disposition, le mécanisme de l'internalisation des coûts directs et spécifiques du développement par entente avec les promoteurs n'est utilisé à l'heure actuelle que par une minorité des municipalités québécoises. Et même lorsque c'est le cas, il arrive souvent que ledit mécanisme ne permette pas nécessairement que les promoteurs des nouveaux développements se chargent financièrement de la totalité des travaux municipaux qui y sont consacrés.

En effet, une équipe de l'Université du Québec à Montréal (UQAM) a réalisé un sondage en 2017 auprès des municipalités québécoises afin de connaître leur usage des règlements d'urbanisme prévus par la LAU, dont les règlements sur les ententes relatives à des travaux municipaux⁷⁸. Selon les résultats obtenus, seulement 40 % des répondants affirment avoir adopté un tel règlement permettant de récupérer du promoteur une partie des coûts publics directement liés au développement. À noter que la pratique augmente avec la taille de la municipalité. Le taux d'adoption d'un tel règlement est de 63 % dans la Communauté métropolitaine de Montréal et de 77 % dans la Communauté métropolitaine de Québec. Réalisée à la demande du ministère des Affaires municipales et de l'Habitation, cette étude ne permet toutefois pas de connaître la portion des coûts publics ainsi prise en charge par les promoteurs, puisque la question soumise aux municipalités se limitait à demander si elles faisaient usage de ce mécanisme.

⁷⁸

MINISTÈRE DES AFFAIRES MUNICIPALES ET DE L'HABITATION et UNIVERSITÉ DU QUÉBEC À MONTRÉAL, *Enquête sur l'utilisation des règlements d'urbanisme prévus à la Loi sur l'aménagement et l'urbanisme*, en ligne : <https://www.mamh.gouv.qc.ca/fileadmin/publications/amenagement_territoire/documentatio n/enquete_rlau_mamh.pdf>.

En fin de compte, nous avons peu de données concernant l'utilisation du mécanisme de l'entente relative aux travaux municipaux, sauf pour le constat important que cet outil ne jouit pas d'un usage largement répandu. Il serait essentiel de disposer d'une analyse plus poussée en vue de dégager un meilleur portrait de l'utilisation par les municipalités de l'entente relative aux travaux municipaux, du type d'infrastructures visées, le cas échéant, et du pourcentage de répartition des coûts entre le promoteur et la municipalité. Il faudrait ajouter à ces données une meilleure connaissance des motifs pour lesquels les municipalités décident d'utiliser le mécanisme en question et, surtout, des raisons pour lesquelles plusieurs boudent encore un important mécanisme de financement des infrastructures municipales, ou n'en tirent pas le plein potentiel.

Une telle étude devrait pouvoir expliquer les causes et les effets du non-usage du mécanisme. La discrétion totale laissée aux municipalités quant à l'adoption d'un tel mécanisme de financement des infrastructures municipales l'empêcherait-elle de lui faire jouer le rôle important attendu en matière de contrôle de l'étalement urbain, et ce, particulièrement dans les grandes régions métropolitaines?

L'internalisation des coûts du développement au prix des maisons permet, en principe, de favoriser le rétablissement d'un certain équilibre entre les développements dans les zones déjà urbanisées et les développements situés en périphérie. Si les nouveaux développements ne prennent pas en charge la totalité des coûts publics directement engendrés, ils jouissent alors d'un avantage qui doit nécessairement être payé par d'autres contribuables. Le coût moindre des maisons de la banlieue se présente alors comme un avantage financé par les autres contribuables, et empoché par le promoteur et le futur acquéreur, au détriment d'un développement plus durable du territoire.

5. Les limites de l'entente avec les promoteurs

Même s'il était utilisé à son plein potentiel, le mécanisme de l'entente rencontrerait aussi certaines limites, puisqu'il ne permet pas de contraindre le futur développement de financer l'ensemble des coûts publics à engager. Cette limite est très apparente lorsque le territoire visé se trouve

construit ou qu'il bénéficie de certains services ou encore lorsque les infrastructures à financer ne peuvent être directement et exclusivement associées au développement en demande d'autorisation. Le financement des coûts publics de projets de développement majeurs ou de revitalisation dans un milieu urbanisé peuvent plus difficilement trouver une réponse par l'entremise de ce type de mécanisme. Également, le mécanisme de l'entente entre un promoteur et la municipalité ne permet pas d'amener le requérant d'un nouveau développement à contribuer aux autres dépenses publiques que celles qui servent exclusivement à ce développement, mais qu'il engendre néanmoins. En effet, un développement exige non seulement la mise en place de toutes les nouvelles infrastructures qui lui sont spécifiques, mais demande de plus des investissements publics en ce qui concerne la croissance de la capacité des infrastructures et des équipements existants.

La limite de l'entente relative aux travaux municipaux a été clairement exposée dans un litige qui a opposé la Ville de Gatineau à un groupe de promoteurs et leur association provinciale⁷⁹. Depuis 2003, la Ville avait mis en œuvre le mécanisme et exigeait des promoteurs qu'ils financent l'ensemble des infrastructures municipales nécessaires à un nouveau développement, avant de les lui céder. Puis, par une modification adoptée en 2012, elle avait ajouté d'autres contributions exigées des promoteurs en tant que « frais de croissance » pour financer certains travaux municipaux, comme l'aménagement de parcs et un réseau de transport actif. Ces frais équivalaient à environ 5 000 \$ par nouvelle résidence, selon l'Association des professionnels de la construction et de l'habitation du Québec (APCHQ). La Ville avait choisi d'en exempter son centre-ville, afin d'y favoriser la revitalisation. Dans son analyse, la Cour supérieure constate que la Ville de Gatineau s'était inspirée des façons de faire de la Ville d'Ottawa, afin de soumettre les nouveaux développements au financement de la demande induite en infrastructures. Or, la Cour supérieure arrive à la conclusion que les coûts de croissance que réclame la Ville de Gatineau ne répondent pas aux exigences des dispositions de la LAU de l'époque⁸⁰, qui ne prévoient alors que le mécanisme de l'entente relative aux travaux municipaux, à l'exclusion de la redevance de développement qui sera

⁷⁹ APCHQ, préc., note 75.

⁸⁰ *Id.*

ajoutée en 2016. Le lien entre les travaux éventuellement financés et le projet du promoteur est trop éloigné, selon le tribunal, pour répondre aux exigences du mécanisme de l'entente relative aux travaux municipaux. Cette décision n'a pas été portée en appel : la Ville de Gatineau a été contrainte de rembourser 4,3 millions de dollars aux promoteurs.

C'est en prenant conscience des limites du mécanisme de l'entente avec les promoteurs que le législateur a mis en place un autre mécanisme, au Québec comme ailleurs, soit le mécanisme de la redevance de développement.

C) La redevance de développement

1. Les objectifs de la redevance de développement

Le pouvoir de redevance de développement a été ajouté à la même section de la LAU qui prévoyait les ententes avec les promoteurs, c'est-à-dire dans les articles 145.21 à 145.30.3. Ce n'est pas un hasard, le lien entre les deux mécanismes étant très étroit, comme nous l'avons vu. La LAU n'emploie pas l'expression « redevance de développement », mais parle plutôt de « contributions » (le même terme que dans le cas des montants dus en vertu des ententes), auxquelles peut être assujettie la délivrance d'un permis de construction ou de lotissement, ou encore la délivrance d'un certificat d'autorisation ou d'occupation, afin de financer, cette fois-ci, les ajouts, les agrandissements ou les modifications d'infrastructures ou d'équipements requis pour assurer la prestation *accrue* de services *induite* par la demande. Pour notre part, nous nommons cette contribution, plutôt méconnue du monde municipal québécois à ce jour, « redevance de développement », selon l'appellation qui lui est souvent donnée ailleurs en Amérique du Nord⁸¹.

⁸¹ L'appellation peut varier, à l'échelle de la province ou du pays ou encore de la municipalité. Par exemple, la loi de l'Ontario la dénomme « *development charge* » en anglais, et « redevance d'aménagement » en français. La loi de la Colombie-Britannique parle de « *development cost charges* ». Lorsque le concept était moins développé et ne s'appliquait qu'au moment d'une approbation de lotissement, on l'a nommé, tant au Canada qu'aux États-Unis, le « *lot levy* ». Il

Nous avons vu que l'entente avec les promoteurs ne suffit pas à faire absorber par les nouveaux résidents le coût public réel du développement immobilier. Un nouveau développement n'impose pas seulement des dépenses publiques d'infrastructures qui servent précisément au développement, normalement (mais pas nécessairement) situées à l'endroit même de ce dernier, mais requiert aussi des investissements dans d'autres infrastructures de la municipalité, le plus souvent localisées hors du nouveau développement. Par exemple, l'augmentation de la population pourrait requérir que la municipalité construise ou agrandisse certaines installations sportives ou culturelles, qu'elle accroisse la capacité des égouts collecteurs ou de l'usine de traitement pour l'eau potable ou les eaux usées, qu'elle érige une aile à l'hôtel de ville, qu'elle achète de nouveaux équipements de lutte contre les incendies ou qu'elle revoit les dimensions de la caserne de pompiers. La municipalité pourrait même vouloir élargir certaines routes d'accès afin d'accommoder la croissance de la circulation automobile engendrée par les nouveaux développements. C'est pourquoi on appelle souvent ces coûts supplémentaires « coûts de croissance », comme l'avait fait la Ville de Gatineau. C'est ici, à la frontière de l'entente relative aux travaux municipaux consacrés au nouveau développement, qu'entre en jeu la redevance de développement.

Au moment où le promoteur sollicite l'autorisation de procéder à un développement immobilier sur le territoire d'une municipalité, la population qui s'y trouve a déjà payé, ou est en train de le faire, pour les infrastructures municipales qui seront mises sous pression par la croissance urbaine induite par la demande. Cette population doit-elle maintenant fournir de l'argent pour la croissance dont elle n'est pas responsable, au même niveau que les nouveaux résidents, ceux-ci n'ayant nullement participé au financement antérieur pour les infrastructures dont ils bénéficieront? Certains pensent que non. C'est pourtant ce que fait la municipalité lorsque les travaux induits par les nouveaux développements sont financés par la taxe foncière générale.

est aussi parfois question de « *system improvement charge* » (notamment aux États-Unis), pour distinguer des « *project improvement charges* », perçues par entente avec les promoteurs. Comme la LAU n'indique pas de nom précis, les municipalités québécoises peuvent choisir leur propre appellation.

La redevance de développement prévue dans la LAU permet à la municipalité de résoudre la difficile question d'un partage plus équitable du coût du développement. Elle l'amène en outre à réduire d'autant sa dépendance à la taxe foncière, par le financement des coûts de la croissance grâce à une contribution de la personne qui demande à la municipalité la délivrance d'un permis de lotissement, de construction ou d'occupation. D'ailleurs, lorsque l'Ontario a révisé en 1997 sa loi portant sur ce type de redevance (*Loi sur les redevances d'aménagement*)⁸², la réforme se présentait sous l'expression : « La croissance doit payer pour la croissance. »

C'est ainsi que les municipalités du Québec peuvent à leur tour, depuis 2016, exiger des requérants de permis de développement une contribution au financement de la portion des investissements publics, autres que ceux qui sont visés par l'entente avec les promoteurs, qui sont également rendus nécessaires par la demande de développement. Ces contributions, imposées par règlement, s'ajoutent donc à celles qui peuvent être exigées par l'intermédiaire d'ententes relatives aux travaux municipaux, dont nous avons discuté plus haut. Le plus souvent, mais ce n'est pas une condition, les infrastructures qui doivent être construites ou agrandies en raison du développement requis se trouvent à l'extérieur du site du développement et seront à la disposition de tous les résidents de la municipalité. C'est pourquoi la redevance de développement doit viser la portion des coûts attribuable au développement sollicité et non l'ensemble des coûts. La nouvelle usine de traitement de l'eau, par exemple, est utilisée non seulement par les nouveaux arrivants, mais aussi par toute la population de la municipalité. La municipalité doit donc bien définir la portion qui, en toute équité, sera mise à la charge du nouveau développement, ainsi que les critères qui en sous-tendent le calcul. Ces exigences permettent de favoriser la transparence et la discussion éclairée qui s'engage entre la municipalité, la population et les promoteurs.

⁸²

Ontario, *Development charges in Ontario*, Consultation Document, Fall 2013.

2. La qualification de la redevance de développement

L'article 145.29 de la LAU déclare que le prélèvement ne constitue ni une taxe, ni une compensation, ni un mode de tarification, tout en demeurant silencieux quant à une possible caractérisation de redevance réglementaire. Les nouvelles dispositions générales de la *Loi sur les cités et villes* (LCV)⁸³ et du *Code municipal* (CM)⁸⁴ concernant le pouvoir général de redevances réglementaires municipales (que nous aborderons à la section 5) se réfèrent à la redevance de développement en précisant que ce pouvoir s'applique sous réserve des particularités prévues par les articles 145.21 à 145.30 de la LAU. Bien que ces dispositions déclaratoires ne lient pas les tribunaux, elles représentent tout de même une forte indication de la volonté du législateur de concevoir les redevances de développement de la LAU en tant que redevances réglementaires liées aux pouvoirs municipaux en matière d'aménagement et d'urbanisme.

La contribution du promoteur versée à la municipalité à titre de redevance de développement présente effectivement les attributs d'une taxe, tout en étant intimement liée à un régime de réglementation complet et détaillé relevant de sa compétence (en matière d'urbanisme ou de fourniture de services publics), en vue de financer des équipements précis et dont les montants sont versés dans un fonds prévu à cette fin. Le mécanisme remplit ainsi, *a priori*, les conditions de validité d'une redevance réglementaire.

La qualification de la redevance de développement de la LAU en tant que forme spécifique de redevance réglementaire est aussi ce qu'a conclu en *obiter* la Cour supérieure en 2016 dans l'affaire *Association provinciale des constructeurs d'habitations du Québec (APCHQ) région de l'Outaouais inc. c. Gatineau*⁸⁵. Comme la Ville de Gatineau s'était inspirée du modèle de financement ayant cours en Ontario avant que le législateur québécois l'accorde aux municipalités québécoises, il est normal qu'elle ait tenté de soutenir, en l'absence d'une autorisation explicite de la loi (au

⁸³ RLRQ, c. C-19.

⁸⁴ RLRQ, c. C-27.1.

⁸⁵ Affaire *APCHQ*, préc., note 75.

moment de la modification de son règlement), qu'il n'était pas question de redevances réglementaires dans ce cas précis.

Pour leur part, les tribunaux du Québec n'ont pas encore eu l'occasion de se pencher sur les nouvelles dispositions de la LAU, en raison du caractère relativement récent des dispositions habilitantes, mais aussi parce que les municipalités tardent à utiliser le mécanisme.

3. La distinction entre les deux mécanismes

Nous avons vu que la redevance de développement, prévue par les articles 145.21 à 145.30 de la LAU depuis 2016, a été ajoutée à la même section de la LAU qui énonce depuis 1994 les règles en matière d'ententes avec les promoteurs. C'est ainsi que l'en-tête de la section IX du chapitre IV de la LAU (« Les règlements d'urbanisme d'une municipalité ») du titre I (« Les règles de l'aménagement et de l'urbanisme ») a alors été modifié. L'en-tête est passé de « Les ententes relatives à des travaux municipaux » à « De certaines contributions à des travaux ou à des services municipaux ». Notons que, pendant que l'ancien en-tête précisait que l'entente vise des travaux, la nouvelle section ajoutant la redevance de développement semble, *a priori*, également viser des services. Cependant, comme un simple en-tête législatif ne dicte pas directement de règle de droit et ne peut servir qu'à l'interprétation des dispositions qu'elle contient, il faudra revenir sur cette distinction apparente entre « travaux » et « services », entre l'entente avec les promoteurs et la redevance de développement, également versée, le plus souvent, par un promoteur. On doit toutefois comprendre que les « contributions » indiquées dans la section IX peuvent, depuis 2016, prendre deux formes distinctes : la forme prévue en vertu d'une entente conclue avec le promoteur; et une autre forme, qui relève de la redevance de développement, laquelle n'exige pas d'entente, et qui est directement exigible de la mise en application des dispositions réglementaires de la municipalité.

Soulignons les points communs des deux prélèvements. D'abord, ils sont soumis à l'adoption par la municipalité d'un règlement qui doit en préciser le contenu. Comme l'article 145.21 de la LAU prévoit les deux possibilités, notamment par l'ajout du paragraphe 2^o à l'alinéa 1, nous en

déduisons que la municipalité pourrait inclure ces deux types de contributions dans un seul et même règlement, où elle prévoirait à la fois le partage de coûts de travaux municipaux visés par la signature d'une entente et une contribution additionnelle qui ne s'appuie pas sur une entente, mais vise la croissance induite en services municipaux exigeant des travaux d'infrastructures. De plus, dans une municipalité qui aurait instauré ces deux mécanismes, ils devraient être réglés avant que le permis demandé puisse être délivré : la signature de l'entente et le paiement de la redevance de développement, selon l'échéancier des paiements prévu par règlement municipal pour le second. Le permis municipal ne pourrait donc être délivré sans que ces deux conditions soient remplies⁸⁶.

Tentons maintenant de distinguer la redevance de développement et les prélèvements soumis à une entente avec le promoteur concernant le partage des coûts des travaux visés. Nous avons vu que l'entente concernant les travaux doit désigner les travaux à effectuer, préciser la responsabilité de la prise en charge de ces travaux et fixer le partage des coûts entre la municipalité et le promoteur. Nous savons que ce sont normalement des travaux que l'entrepreneur exécute lui-même, à ses frais (du moins dans la proportion fixée par le règlement et l'entente), sur des terrains qui lui appartiennent et qui sont cédés à la municipalité avec les infrastructures municipales qui y ont été construites, après la confirmation par la municipalité de la conformité des travaux exécutés. Lesdits travaux visent essentiellement à fournir au nouveau développement les nouvelles infrastructures publiques essentielles et nécessaires à son implantation.

De son côté, la contribution à titre de redevance de développement concerne plutôt des ajouts, des agrandissements ou des modifications qui doivent être apportés aux infrastructures et aux équipements municipaux, souvent existants, et rendus nécessaires par la croissance de la demande de

⁸⁶ Dans une trilogie récente, la Cour d'appel du Québec confirme que, dans une municipalité qui dispose d'un tel règlement d'urbanisme discrétionnaire, le requérant ne peut exiger la délivrance du permis avant que la signature de l'entente ou la procédure prévue au règlement municipal soit conclue. Voir : *Municipalité de Saint-Colomban c. Boutique de golf Gilles Gareau inc.*, 2019 QCCA 1402; *Meadowbrook Groupe Pacific inc. c. Ville de Montréal*, 2019 QCCA 2037; *9071-6754 Québec inc. c. Ville de Québec*, 2020 QCCA 344.

services générée par la demande de permis. Ce sont donc des infrastructures servant l'ensemble de la municipalité mais qui, en raison de la mise sous pression par la croissance urbaine, doivent en conséquence être revues. Il est alors essentiellement question des infrastructures municipales existantes, qui pourraient ne plus répondre à l'augmentation de la population de la municipalité et à la croissance de l'occupation de son territoire. Ces travaux sont donc normalement sous la responsabilité première de la municipalité sur des immeubles qui lui appartiennent déjà ou doivent être acquis. Puisque la distinction entre les infrastructures qui se trouvent sur le site du développement par rapport à celles qui sont situées hors celui-ci n'est pas toujours valide, un auteur américain parle plutôt de bonification du projet (*project improvement*) pour les infrastructures visées par l'entente, par opposition à la bonification du système (*system improvement*) pour les infrastructures visées par la redevance de développement⁸⁷. Cette distinction pourrait aussi guider l'interprétation des dispositions législatives québécoises, qui précisent également que la localisation sur le site ou hors ce dernier n'est pas déterminante.

Il faut observer que, si le législateur québécois a voulu offrir un nouveau mécanisme de financement aux municipalités, il n'en facilite tout de même pas la compréhension, en raison de l'articulation entre les deux mécanismes qui sont imbriqués de façon plutôt confuse, au sein des mêmes articles. Plutôt que d'employer un vocabulaire limpide, le législateur a également choisi de nommer le prélèvement « une contribution », appellation qui s'applique aux versements ou aux autres paiements (en nature ou en espèces) gérés par le mécanisme des ententes avec les promoteurs et à la redevance de développement qui est plutôt une redevance réglementaire. Les deux mécanismes trouvent donc leurs assises juridiques entrelacées dans les mêmes articles de la LAU, sous une terminologie qui en masque la nature juridique distincte.

Pour faciliter la distinction des deux mécanismes, nous avons choisi de classer dans le tableau qui suit chaque disposition en fonction du mécanisme lui étant associé.

⁸⁷ Voir A.C. NELSON, préc., note 66.

Articles 145.21 et 145.22 de la Loi sur l'aménagement et l'urbanisme

Article 145.21	Contribution par entente avec le promoteur	Contribution par redevance de développement
Le conseil d'une municipalité peut, par règlement, assujettir la délivrance d'un permis de construction ou de lotissement ou d'un certificat d'autorisation ou d'occupation :	✓	✓
1° à la conclusion d'une entente entre le requérant et la municipalité portant sur la réalisation de travaux relatifs aux infrastructures et aux équipements municipaux et sur la prise en charge ou le partage des coûts relatifs à ces travaux;	✓	
2° au paiement par le requérant d'une contribution destinée à financer tout ou partie d'une dépense liée à l'ajout, l'agrandissement ou la modification d'infrastructures ou d'équipements municipaux requis pour assurer la prestation accrue de services municipaux découlant de l'intervention visée par la demande de permis ou de certificat.		✓
Les équipements municipaux visés au paragraphe 2° du premier alinéa ne comprennent pas le matériel roulant dont la durée de vie utile prévue est inférieure à sept ans ni les équipements informatiques.		✓

Article 145.21	Contribution par entente avec le promoteur	Contribution par redevance de développement
L'exigence d'une contribution visée au paragraphe 2° du premier alinéa n'est pas applicable à un organisme public au sens du premier alinéa de l'article 3 de la <i>Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels</i> (chapitre A-2.1) ou à un centre de la petite enfance au sens de la <i>Loi sur les services de garde éducatifs à l'enfance</i> (chapitre S-4.1.1).		✓
Article 145.22	Contribution par entente avec le promoteur	Contribution par redevance de développement
Le règlement mentionné à l'article 145.21 doit indiquer :	✓	✓
1° toute zone à l'égard de laquelle il s'applique;	✓	✓
2° toute catégorie de constructions, de terrains ou de travaux à l'égard de laquelle la délivrance d'un permis de construction ou de lotissement ou d'un certificat d'autorisation ou d'occupation est assujettie à une entente ou au paiement d'une contribution;	✓	✓
3° toute catégorie d'infrastructures ou d'équipements visés par l'entente et spécifier, le cas échéant, que l'entente peut porter sur des infrastructures et des équipements, peu importe où ils se trouvent, qui sont destinés à desservir non seulement des immeubles visés par le permis ou le certificat, mais également d'autres immeubles sur le territoire de la municipalité;	✓	

Article 145.22	Contribution par entente avec le promoteur	Contribution par redevance de développement
4° les modalités, le cas échéant, suivant lesquelles est établie la part des coûts relatifs aux travaux que le titulaire du permis ou du certificat doit prendre à sa charge selon les catégories de constructions, de terrains, de travaux, d'infrastructures ou d'équipements que le règlement indique;	✓	✓
5° les modalités, le cas échéant, suivant lesquelles est établie la part des coûts relatifs aux travaux que tout bénéficiaire de ces travaux, autre que le titulaire du permis ou du certificat, doit prendre à sa charge selon les catégories de constructions, de terrains, de travaux, d'infrastructures ou d'équipements que le règlement indique, prévoir les modalités de paiement et de perception de cette quote-part et fixer le taux de l'intérêt payable sur un versement exigible;	✓	
6° le cas échéant, toute infrastructure ou tout équipement dont l'ajout, l'agrandissement ou la modification est projeté, ou toute catégorie de telles infrastructures ou de tels équipements, qui peut être financé en tout ou en partie par le paiement d'une contribution et spécifier, le cas échéant, que la contribution peut servir à financer des infrastructures et des équipements, peu importe où ils se trouvent, s'ils sont requis pour desservir non seulement des immeubles visés par le permis ou le certificat, y compris les occupants ou les usagers d'un tel immeuble, mais également d'autres immeubles, y compris leurs occupants ou leurs usagers, sur le territoire de la municipalité;		✓

Article 145.22	Contribution par entente avec le promoteur	Contribution par redevance de développement
7° les règles, le cas échéant, permettant d'établir le montant de la contribution que le requérant doit payer selon les catégories de constructions, de terrains, de travaux, d'infrastructures ou d'équipements que le règlement indique.		✓
Ce règlement peut également assujettir la délivrance d'un permis de construction ou de lotissement ou d'un certificat d'autorisation ou d'occupation, demandé par un bénéficiaire de travaux visé au paragraphe 5° du premier alinéa, au paiement préalable par celui-ci de toute partie de sa quote-part ou à la production de toute garantie que le règlement détermine.	✓	
Dans le cas où le paiement d'une contribution est exigé en vertu du paragraphe 2° du premier alinéa de l'article 145.21, le règlement doit prévoir la constitution d'un fonds destiné exclusivement à la recueillir et à être utilisé aux fins pour laquelle (sic) elle est exigée. Dans le cas où la municipalité constate un surplus qui ne peut être utilisé aux fins pour laquelle (sic) la contribution a été exigée, le solde résiduel du fonds doit être réparti par la municipalité entre les propriétaires des immeubles visés par les permis ou les certificats dont la délivrance a été assujettie au paiement de la contribution, au prorata des montants payés relativement à chacun de ces immeubles. Cette répartition doit être faite au plus tard le 31 décembre de l'exercice financier qui suit celui au cours duquel le surplus est constaté.		✓

Article 145.22	Contribution par entente avec le promoteur	Contribution par redevance de développement
Pour l'application des paragraphes 6° et 7° du premier alinéa, la municipalité doit établir une estimation du coût de tout ajout, agrandissement ou modification destiné à être financé en tout ou en partie au moyen d'une contribution, laquelle estimation peut porter sur une catégorie d'infrastructures ou d'équipements. Le montant de la contribution, établi selon les règles visées au paragraphe 7° du premier alinéa, doit notamment être fonction de cette estimation, laquelle doit être rendue publique au même moment que l'avis visé à l'article 126.		✓

4. Les exigences de la Loi sur l'aménagement du territoire et l'urbanisme

La première exigence de la LAU concerne le type de dépenses municipales à laquelle peut servir la redevance de développement. Nous avons vu plus haut que la redevance doit essentiellement viser la *croissance* de la demande en services, ou la bonification du système⁸⁸, engendrés par le développement demandé par le requérant d'un permis de lotissement ou de construction.

Comme pour les dispositions réglementaires concernant les ententes, le règlement doit préciser pour la redevance de développement :

- 1) les zones où elle s'applique;
- 2) la catégorie de constructions, de terrains ou de travaux à l'égard desquels la redevance peut être exigée;
- 3) les infrastructures et les équipements qui peuvent être financés, en tout ou en partie, avec la redevance;

- 4) le fait que les infrastructures et les équipements se trouvent ou non sur le territoire développé, et s'ils peuvent servir à d'autres immeubles que ceux qui sont visés par le permis ou le certificat;
- 5) les règles permettant de déterminer le montant de la redevance à payer selon la catégorie de construction, de terrain, de travaux, d'infrastructure ou d'équipement.

L'alinéa 4 de l'article 145.21 de la LAU précise en outre que la redevance de développement ne peut être exigée d'un organisme public au sens de la *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels* ou d'un centre de la petite enfance.

La municipalité a l'obligation de constituer un fonds spécial prévu par règlement et d'y verser exclusivement les sommes perçues qui ne peuvent être utilisées qu'aux fins indiquées dans le règlement. La municipalité ne peut générer de surplus, et le solde du fonds non utilisé aux fins prévues doit être redistribué au cours de l'année qui suit le constat de surplus entre les propriétaires des immeubles visés, au prorata des montants payés par chacun (art. 145.22 al. 3 LAU). Ce mécanisme impose ainsi à la municipalité de faire une gestion serrée de la perception des contributions et des investissements anticipés.

L'adoption du règlement est soumise à l'obligation de la tenue d'une consultation publique, avec la publication d'un avis où doit être indiquée l'estimation des coûts des infrastructures et des équipements devant être financés par la redevance de développement (art. 145.22 al. 4 *in fine* et 126 LAU). La municipalité doit ainsi produire une estimation des coûts de la totalité des infrastructures et des équipements à être financés par la redevance, au moyen de laquelle est fixé le montant de la redevance. La municipalité doit donc d'abord évaluer le coût des infrastructures et des équipements à financer afin d'assurer la plus grande concordance entre les montants requis et les montants à prélever (art. 145.22 al. 4 LAU). L'avis de motion en vue de l'adoption d'un règlement imposant une redevance de développement déclenche l'effet de gel bien connu en droit de l'urbanisme, aucun permis de construction ou de développement ni aucun certificat d'autorisation ou d'occupation ne pouvant être délivrés si la demande devait

être soumise à un tel règlement, une fois en vigueur (art. 145.30 al. 1 LAU). Comme pour les règlements d'urbanisme, l'effet de gel cesse si le règlement n'est pas adopté dans un délai de deux mois suivant la présentation de l'avis de motion ou n'est pas mis en vigueur au cours des quatre mois suivant son adoption (art. 145.30 al. 2 LAU).

Par rapport à l'entente conclue avec un promoteur quant au partage des coûts des travaux municipaux, la contribution prévue par le paragraphe 2^o de l'alinéa 1 de l'article 145.21 de la LAU a certes une portée potentielle beaucoup plus vaste. Elle n'est en effet aucunement limitée aux travaux pratiqués sur la propriété du promoteur (comme dans le cas fréquent de lotissements ou d'ouverture de nouvelles rues sur le terrain du promoteur) et s'adresse à tout projet de développement susceptible d'engendrer une demande accrue de services municipaux, partagés par l'ensemble des résidents de la municipalité.

5. L'objet de la redevance de développement

Pendant que l'en-tête de la section de la LAU où s'insère la redevance de développement peut laisser croire que cette dernière pourrait peut-être servir à financer des services municipaux requis par le développement visé dans le permis (l'accroissement des services policiers, par exemple), le paragraphe 2^o de l'alinéa 1 de l'article 145.21 impose une lecture plus restrictive. En effet, il précise que sont plutôt visés les « infrastructures ou [les] équipements municipaux » dont « l'ajout, l'agrandissement ou la modification » découle de l'intervention visée par le permis ou le certificat. L'alinéa 2 de l'article 145.21 LAU exclut par ailleurs le matériel roulant dont la durée de vie utile est inférieure à 7 ans et les équipements informatiques. Ce ne sont donc pas les *services* municipaux en tant que tels qui peuvent faire l'objet de redevances de développement, mais bien les *infrastructures* et les *équipements publics* qui servent à donner des services municipaux et dont l'ampleur doit croître en raison du nouveau développement.

Comme la disposition vise non seulement l'agrandissement et la modification, mais aussi l'ajout d'infrastructures, certains soutiendront qu'une municipalité pourrait décider de viser par la redevance de

développement ce qu'elle inclut normalement à l'intérieur des ententes avec les promoteurs, c'est-à-dire les infrastructures routières, d'aqueduc et d'égout sur le site du terrain développé. Toutefois, le législateur entendait plutôt non pas remplacer le mécanisme de l'entente, mais y ajouter des possibilités de financement pour d'autres infrastructures et équipements que partageront les nouveaux résidents avec ceux qui habitent déjà le territoire. Pensons notamment :

- à l'agrandissement de la caserne de pompiers pour y loger plus de camions ou de nouveaux équipements de lutte contre les incendies rendus nécessaires (par exemple, par la construction d'un immeuble en hauteur);
- à l'agrandissement de la bibliothèque municipale ou encore à des modifications ou à des ajouts à d'autres installations sportives ou de loisirs (piscines, terrains de tennis);
- à l'agrandissement ou à la modification des infrastructures de traitement de l'eau potable ou des eaux usées;
- à l'ajout d'une piste cyclable ou à l'aménagement d'un parc.

6. La rareté de mise en œuvre d'un tel régime

Depuis l'entrée en vigueur de ce nouveau mécanisme de financement, aucune municipalité québécoise n'avait adopté, au printemps 2019, de règlement spécifique réservé à cet objet. En effet, les deux seuls cas répertoriés à cette date où de telles dispositions réglementaires existent montrent que la municipalité a choisi d'insérer l'exigence d'une contribution de type de redevance de développement dans les règlements portant sur les ententes relatives aux travaux municipaux.

Plus précisément, pendant la période 2017-2019, 67 municipalités québécoises ont affirmé dans leur rapport financier annuel⁸⁹ avoir perçu des contributions découlant des nouveaux pouvoirs octroyés en vertu des articles 145.21 et 145.22 de la LAU. Ainsi, 25 municipalités ont mentionné avoir levé des sommes en 2017. Les montants déclarés cette année-là varient de 50 à 834 555 \$. En 2018, 42 municipalités ont indiqué avoir perçu de

⁸⁹ MAMH et UQAM, préc., note 78, à la page S51, lignes 14 et 15 du questionnaire du MAMH.

telles sommes. Les montants fluctuent entre 352 et 325 540 \$. Enfin, 28 municipalités ont écrit avoir collecté des sommes au cours des deux années considérées.

Pour valider ces déclarations, nous avons constitué un tableau de bord afin d'y comptabiliser les données pertinentes et avons procédé à des vérifications systématiques dans les sites Web des municipalités et auprès de ces dernières si elles avaient adopté un règlement après l'entrée en vigueur de la loi habilitante. Comme les municipalités ne maintiennent pas à jour la réglementation en ligne, nous avons dû procéder par demande d'accès à l'information pour l'ensemble des 67 municipalités répertoriées⁹⁰.

Ces vérifications détaillées nous ont permis d'apprendre que, durant cette période, seules deux municipalités du Québec ont effectivement adopté des dispositions réglementaires avec l'intention de prélever des redevances de développement. Ce résultat confirme que les dispositions adoptées en 2016 sont demeurées pratiquement lettre morte auprès des municipalités québécoises.

7. Un retour sur l'adoption de la redevance du développement

L'adoption en 2016⁹¹ de la *Loi modifiant diverses dispositions législatives en matière municipale concernant notamment le financement politique* (projet de loi n° 83)⁹², modifiant les articles 145.21 et 145.22 de la LAU, est postérieure à l'affaire *APCHQ*⁹³.

⁹⁰ Ces vérifications ont été réalisées par Sylvain Déry, qui a activement participé à la recherche concernant l'étude d'origine pour TEQ.

⁹¹ *Loi modifiant diverses dispositions législatives en matière municipale concernant notamment le financement politique*, projet de loi no 83, 1^{ère} sess., 41^e légis. (Qc), adopté le 10 juin 2016. Les travaux ayant mené à l'adoption de L.Q. 2016, c. 17 ont débuté à la première session de la 41^e législature en 2015. Pierre Moreau, ministre des Affaires municipales et de l'Occupation du territoire, a déposé le projet de loi n° 83 à l'Assemblée nationale du Québec. C'est néanmoins son successeur, le ministre Martin Coiteux, qui l'a défendu en commission parlementaire.

⁹² *Loi modifiant diverses dispositions législatives en matière municipale concernant notamment le financement politique*, L.Q. 2016, c. 17.

⁹³ Affaire *APCHQ*, préc., note 75.

Les consultations liées au processus d'adoption du projet de loi n° 83⁹⁴ peuvent-elles nous aider à mieux déterminer l'objectif poursuivi par le législateur québécois concernant ce nouveau mécanisme de contribution? La réponse à cette question est ambiguë, comme la compréhension que semblent en avoir retenu les responsables du dossier, tout autant que leurs opposants.

Lors des consultations du 23 février 2016⁹⁵, trois représentants de l'APCHQ ont commenté ce qu'ils ont appelé la « mise en place des régimes de redevances en développement ». Un des représentants craint que la redevance de développement ne permette d'aller trop loin pour obtenir des contributions des promoteurs :

Ce dont on parle ici, les redevances, elles visent au fond à aller chercher des sous pour ce qui est en dehors du site et loin en dehors du site en plus. Alors là, on parle d'un élément additionnel et pas simplement, au fond, d'un choix entre la taxe locale qu'on connaît présentement et la taxation foncière⁹⁶.

Un autre représentant de l'APCHQ souligne que l'encadrement de la redevance de développement proposé par Québec est très lapidaire par rapport à son vis-à-vis ontarien, puisque les mesures législatives de la redevance de développement de l'Ontario font plus de 25 pages, alors que les dispositions visées du projet de loi du Québec tiennent sur une seule page⁹⁷. Pionnier avant son heure, le maire de Gatineau, quant à lui, soutient que « la gestion de la croissance urbaine est un enjeu de fond pour plusieurs villes du Québec »⁹⁸. Pour la Ville de Gatineau, les frais de croissance sont une mesure d'écofiscalité qui permet aux municipalités de lutter contre l'étalement urbain et favorise un développement raisonné des villes,

⁹⁴ *Id.*

⁹⁵ QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats de la Commission de l'aménagement du territoire*, 1^{re} sess., 41^e légis., 23 février 2016, « Consultations particulières et auditions publiques sur le projet de loi n° 83 – *Loi modifiant diverses dispositions législatives en matière municipale concernant notamment le financement politique* », 11h20 (M. Bernier).

⁹⁶ *Id.* (l'italique est de nous).

⁹⁷ *Id.*

⁹⁸ *Id.*

notamment en matière de transport collectif, de réduction des GES et de densification du territoire urbain. La redevance de développement serait une réponse concrète au défi du financement des infrastructures urbaines, en faisant payer aux promoteurs les coûts réels de la croissance⁹⁹. Les débats tenus au cours des consultations permettent de constater que les termes « redevance de développement » et « frais de croissance » sont plus ou moins employés comme synonymes.

Le ministre Martin Coiteux, de son côté, précise qu'il serait possible pour une municipalité de choisir entre le mécanisme de la redevance de développement ou le mécanisme de l'entente avec le promoteur pour gérer le développement, ce qui laisse ainsi entendre que le nouveau mécanisme introduit est une option par rapport à l'autre.

La confusion qui règne entre les deux mécanismes lors des débats parlementaires se traduit dans la rédaction des dispositions législatives, comme nous l'avons relevé précédemment, et semble en outre s'être répercutée auprès des parties prenantes œuvrant dans le milieu municipal. Dans le contexte de l'étude discutée plus haut, menée auprès des 67 municipalités qui ont déclaré avoir perçu des contributions monétaires en vertu du paragraphe 2 du 1^{er} alinéa de l'article 145.21 de la LAU au cours des années 2017 et 2018 (contribution pour assurer la prestation accrue de services municipaux), 65 les ont plutôt perçues dans les limites d'une entente relative à des travaux municipaux. La confusion entre les deux mécanismes semble dès lors plutôt généralisée et envoie un signal percutant, à savoir que la situation mériterait un correctif approprié.

8. Un potentiel à développer

Afin d'assurer une cohérence dans le choix des outils à leur disposition, les municipalités devraient normalement d'abord mettre en place le mécanisme de l'entente avec les promoteurs afin de récupérer la plus grande part des coûts des travaux municipaux directement requis pour faire le nouvel aménagement. Ensuite, elles pourraient bonifier leur

⁹⁹

Id.

situation financière et répartir plus équitablement les autres coûts publics induits par le développement à l'aide de la redevance de développement.

Or, nous avons vu que les municipalités québécoises ne se sont pas encore suffisamment approchées de cette première étape, comme le révèle le sondage de l'UQAM auprès des municipalités québécoises¹⁰⁰. Seulement 40 % d'entre elles affirment disposer d'un tel règlement permettant de récupérer du promoteur une partie des coûts publics directement liés au développement, et ce, par l'entremise de l'entente avec le promoteur. Nous avons souligné plus haut l'importance de mieux comprendre la raison pour laquelle l'entente relative aux travaux municipaux n'était pas davantage utilisée pour internaliser les coûts publics au prix des résidences; la question se pose avec la même acuité concernant le rôle que pourrait jouer la redevance de développement en vue de promouvoir un développement mieux aligné sur les objectifs du développement durable et de la transition énergétique. Comment faire en sorte que le financement par redevance réglementaire en matière d'aménagement et d'urbanisme puisse jouer un rôle significatif en vue d'établir un meilleur contrôle du développement de villes et de leurs habitats? Ainsi se présente avec urgence le rôle que l'on pourrait attendre d'un usage plus rationnel et mieux coordonné de ces deux mécanismes afin de contrôler l'étalement urbain, particulièrement dans les deux communautés métropolitaines de Montréal et de Québec.

Intégrer au prix des nouvelles résidences les coûts publics inhérents à leur viabilisation, de façon rationnelle et conforme aux objectifs d'intérêt public, permet à l'acheteur potentiel de mieux évaluer les coûts relatifs d'une résidence selon le tissu urbain environnant. Les pouvoirs publics pourraient ainsi assurer un meilleur équilibre entre les intérêts privés et l'intérêt public, et faire converger plus précisément l'aménagement du territoire et la planification des transports publics, lacune importante dénoncée depuis longtemps¹⁰¹.

¹⁰⁰ MINISTÈRE DES AFFAIRES MUNICIPALES ET DE L'HABITATION et UNIVERSITÉ DU QUÉBEC À MONTRÉAL, préc., note 78.

¹⁰¹ Paul LEWIS, Juan TORRES et Marc-André FORTIN P., « La planification des transports et l'aménagement du territoire : un mariage de raison? », dans Marc-Urbain PROULX et Marie-Claude PRÉMONT, *La politique territoriale au Québec*, Québec, Presses de l'Université du Québec, 2019, p. 151-178.

La combinaison appropriée du mécanisme de l'entente avec les promoteurs et de la redevance de développement exige toutefois des conditions d'utilisation qui ne semblent pas encore en place. Comme nous l'exprimons plus haut concernant le recours sous-optimal au mécanisme de l'entente relative aux travaux municipaux, nous estimons qu'il devrait être prioritaire, sinon urgent, de mieux comprendre cette quasi-absence d'adoption par les municipalités québécoises du mécanisme de la redevance de développement, pourtant bien implanté ailleurs au pays, notamment en Ontario. Nous y reviendrons en conclusion. Commençons d'abord par présenter brièvement la situation ontarienne concernant ce que l'on y nomme la « redevance d'aménagement ».

9. Une brève comparaison avec l'Ontario

L'Ontario a adopté une loi distincte régissant le prélèvement de redevances de développement, où elles sont appelées « redevances d'aménagement ». La *Loi de 1997 sur les redevances d'aménagement* (ci-après « LRA »)¹⁰², adoptée d'abord en 1989 et modifiée subséquemment à quelques reprises, regroupe l'ensemble des modalités et des pouvoirs octroyés aux municipalités ontariennes à l'égard de la perception de cette redevance¹⁰³.

Selon l'article 2 (1) de la LRA, tout conseil municipal de l'Ontario peut, par règlement, imposer des redevances d'aménagement sur les biens-fonds afin de couvrir l'augmentation des dépenses en immobilisations que rend nécessaire le besoin accru de services en raison d'un aménagement dans le secteur auquel s'applique le règlement. La LRA permet toutefois au gouvernement d'exclure certains services par règlement (art. 2 (4)), ce que fait le Règlement d'application 82/98 à son article 2.1(1). En conséquence, voici quelques exemples d'équipements municipaux que l'Ontario interdit aux municipalités de faire financer par redevance d'aménagement :

¹⁰² *Loi de 1997 sur les redevances d'aménagement*, L.O. 1997, c. 27. C'est la traduction française d'une loi qui s'appelle en anglais : *Development Charges Act*, 1997, S.O. 1997, c. 27. Dans la loi, le terme « *development* » a été partout traduit par « aménagement », qui comprend aussi le réaménagement.

¹⁰³ Le règlement Reg. 82/98 (Ont.), adopté en vertu de la loi *Development Charges Act*, prescrit des détails importants.

- 1) les aménagements culturels et de divertissements (à l'exception des bibliothèques publiques);
- 2) les installations touristiques, dont les palais des congrès;
- 3) les biens-fonds aux fins de parcs;
- 4) les installations pour la gestion de matières résiduelles;
- 5) les édifices de l'administration municipale.

Le processus d'adoption du règlement de redevances d'aménagement exige que la municipalité effectue d'abord une étude préliminaire (art. 10 (1) LRA), y compris notamment l'élaboration d'un plan de gestion des actifs. L'étude doit être mise à la disposition du public au moins 60 jours avant l'adoption du règlement, qui doit avoir lieu au cours de l'année suivant la conclusion de l'étude préliminaire (art. 11 LRA). Tout au long de l'application du règlement, l'étude doit demeurer accessible au public (art. 10 (4) LRA).

Les modalités entourant le calcul de la redevance sont complexes, mais bien encadrées par la loi. Les municipalités doivent anticiper l'ampleur, le type et l'emplacement envisagés des aménagements à l'égard desquels des redevances d'aménagement seront imposées. Chaque municipalité doit bien décrire les infrastructures et les équipements que nécessitera le nouveau développement. Elle doit déterminer la fraction de l'augmentation du besoin de services attribuable à l'aménagement envisagé que peut combler la capacité excédentaire de la municipalité.

Au total, 201 municipalités ontariennes avaient adopté en 2012 des dispositions réglementaires relatives aux redevances d'aménagement¹⁰⁴. Un document de consultation de l'Ontario¹⁰⁵ révélait que 1,3 milliard de dollars avait ainsi été perçu en 2011 par 200 municipalités ontariennes. Les

¹⁰⁴ Stéphanie GAGNON-LABERGE, *En route vers l'autonomie fiscale. Modes de financement alternatifs à l'impôt foncier pour les municipalités du Québec*, rapport produit pour l'Institut de politiques alternatives de Montréal, 2015, en ligne : <http://www.clic-bc.ca/Documents/E_CtreDoc/Economie/En_route_vers_l_autonomie_fiscale_Modes_de_financement_alternatifs_a_l_impot_foncier_pour_les_municipalites_du_Quebec_FEVRIER2015.pdf>.

¹⁰⁵ MINISTRY OF MUNICIPAL AFFAIRS AND HOUSING, MUNICIPAL FINANCE POLICY BRANCH, *Development Charges in Ontario*, document de consultation, 2013, en ligne : <<http://www.mah.gov.on.ca/AssetFactory.aspx?did=10253>>.

redevances d'aménagement de l'Ontario représentent 14 % du financement en capital d'infrastructures tangibles. Elles servent à 67 % à financer les routes et les infrastructures de l'eau (potable et usée). Le Grand Toronto perçoit 70 % de toutes les redevances d'aménagement de l'Ontario.

Il est pertinent de souligner que, en plus des ententes avec les promoteurs et les redevances d'aménagement largement utilisées par les municipalités ontariennes pour financer leurs infrastructures municipales, les municipalités ontariennes doivent aussi très souvent percevoir auprès des requérants de développement immobilier des redevances réglementaires imposées par les conseils scolaires pour financer la construction d'écoles requises par les nouveaux développements immobiliers. Le paiement de ces redevances, nommées « redevances d'exploitation relative à l'éducation (REE) » est subordonné à la délivrance des permis de construction par les municipalités.

Le Québec aurait donc un retard important sur l'Ontario quant à l'utilisation des mécanismes de diversification des revenus municipaux qui permettent du même coup d'internaliser les coûts publics du développement au coût des nouvelles unités résidentielles. Les conséquences de ce retard se font sentir particulièrement là où le développement urbain doit être mieux contrôlé, soit en zone métropolitaine et péri-métropolitaine.

10. L'utilisation de la redevance de développement dans les municipalités des zones métropolitaines et péri-métropolitaines

L'étalement urbain, c'est-à-dire un développement résidentiel et non résidentiel de faible densité, diffus ou en saute-mouton dans les zones rurales et non développées, se classe comme l'un des principaux enjeux urbanistiques des dernières décennies¹⁰⁶. Cette croissance urbaine tentaculaire a des conséquences négatives sur les ressources naturelles en raison de la perte de terres agricoles, de forêts, de milieux humides et d'habitats. Plusieurs études ont aussi révélé que l'étalement urbain est davantage coûteux que le développement plus dense, tant en matière

¹⁰⁶ Guillaume SAINTENY, « L'étalement urbain », (2008) 49-1 *Annales des mines – Responsabilité et environnement* 7.

d'infrastructures qu'en ce qui concerne le fonctionnement, particulièrement pour les réseaux d'aqueduc et d'égout, les infrastructures routières et les services municipaux¹⁰⁷. L'étalement comporte également des coûts financiers personnels importants liés à la hausse du kilométrage parcouru en voiture individuelle. Ce type de développement est également associé au déclin des quartiers urbains et au désinvestissement dans les villes-centres¹⁰⁸.

Le Québec n'échappe pas à ce phénomène : en effet, les territoires agricoles à la périphérie des centres y sont soumis à une forte pression pour la conversion des terres en faveur de projets de développement immobiliers¹⁰⁹. L'accélération de l'étalement en zone péri-métropolitaine est d'ailleurs reconnue et documentée par les communautés métropolitaines de Montréal¹¹⁰ et de Québec¹¹¹. Or, les solutions proposées ou mises en avant par les dirigeants locaux et provinciaux, que ce soit la signature d'ententes en vue de l'amélioration des transports collectifs à l'extérieur du périmètre métropolitain¹¹² ou la révision de celui-ci pour englober les municipalités

¹⁰⁷ TRANSIT COOPERATIVE RESEARCH PROGRAM (TCRP), *Costs of Sprawl – 2000*, Report 74, Transportation Research Board, National Research Council, Washington, DC, National Academy Press, 2002.

¹⁰⁸ John A. DUTTON, *New American Urbanism: Re-Forming the Suburban Metropolis*, Milan, Skira, 2000.

¹⁰⁹ COMMISSION SUR L'AVENIR DE L'AGRICULTURE ET DE L'AGROALIMENTAIRE QUÉBÉCOIS, *Agriculture et agroalimentaire : assurer et bâtir l'avenir. Propositions pour une agriculture durable et en santé*, rapport de la Commission sur l'avenir de l'agriculture et de l'agroalimentaire québécois, Québec, Bibliothèque nationale du Québec, 2008.

¹¹⁰ COMMUNAUTÉ MÉTROPOLITAINE DE MONTRÉAL, « Le phénomène de l'urbanisation péri-métropolitaine en progression au pourtour du Grand Montréal », *Note de l'Observatoire Grand Montréal*, janvier 2020, en ligne : <http://observatoire.cmm.qc.ca/fileadmin/user_upload/documents/2020_01_Note_observatoire.pdf>.

¹¹¹ COMMUNAUTÉ MÉTROPOLITAINE DE QUÉBEC, « Rapport de suivi du Plan métropolitain d'aménagement et de développement », décembre 2018, en ligne : <https://cmquebec.qc.ca/wp-content/uploads/2019/03/Rapport_PMA-December-2018.pdf>.

¹¹² COMMUNAUTÉ MÉTROPOLITAINE DE MONTRÉAL, « La CMM propose des solutions pour freiner l'étalement urbain et développer le transport collectif », 4 février 2020, en ligne : <<https://cmm.qc.ca/communiqués/la-cmm-propose-des-solutions-pour-freiner-l-etalement-urbain-et-developper-le-transport-collectif/>>.

limitrophes, apparaissent davantage comme un cataplasme sur l'inaction réelle pendant que l'étalement se poursuit, tant à l'intérieur qu'à l'extérieur des communautés métropolitaines.

Le Québec a adopté des mesures qui permettent en principe aux municipalités d'adopter des redevances de développement afin de financer les infrastructures et les équipements nécessaires à la croissance de la demande de services induite par certains développements immobiliers. Ne devrait-on pas s'assurer de mieux harmoniser ces mesures avec les orientations de développement à privilégier? Bien utilisés, ces outils de financement par entente et par redevance réglementaire particulière pourraient sans aucun doute être précieux pour assurer un meilleur contrôle du développement, particulièrement au sein des deux communautés métropolitaines du Québec. La CMM et la CMQ déplorent l'étalement urbain qui se produit hors de leurs territoires respectifs, mais elles ne semblent pas préoccupées par l'étalement qui peut avoir lieu à l'intérieur même de leurs frontières.

Nous avons souligné que l'encadrement juridique de la redevance de développement du Québec demeure difficile à décrypter, surtout si on le compare à l'Ontario qui y consacre une loi avec moult détails pour guider les municipalités dans la mise en place des redevances d'aménagement. Ajoutons qu'en cas de conflits, c'est la Commission municipale de l'Ontario qui tranche, ce qui évite ainsi les longs et coûteux procès que les municipalités pourraient craindre.

Cependant, ces raisons ne sont pas suffisantes pour expliquer la tiédeur des municipalités québécoises qui, pourtant, disent toujours rechercher de nouvelles sources de financement. Nous avons mentionné plus haut, en présentant ce pouvoir prévu dans la LAU, que c'est une mesure qui s'ajoute au mécanisme de l'entente avec les promoteurs et le complète. On ne peut donc pas dissocier l'analyse de l'un et de l'autre.

Le mécanisme a dès lors le potentiel d'offrir aux municipalités un outil précieux pour mieux orienter le développement à l'intérieur des périmètres urbains, en conformité avec les autres outils de planification dont elles disposent. Relevons toutefois que seules les grandes municipalités qui

ont fait l'objet d'une réorganisation à l'échelle régionale au fil des réformes municipales¹¹³ peuvent théoriquement ainsi mieux planifier le développement sur leur propre territoire. En effet, l'étalement urbain peut se faire à l'intérieur même du territoire d'une telle municipalité bénéficiant d'une échelle qui comprend des parties urbanisées et des parties plus rurales. Comme le pouvoir d'adoption de ces deux mécanismes appartient à la seule municipalité locale, à l'exclusion de la MRC ou de la communauté métropolitaine, il n'y a que les municipalités locales jouissant d'une telle envergure régionale qui se trouvent réellement en position de faire jouer ce pouvoir en faveur du développement durable afin de limiter l'étalement urbain à l'intérieur de leur propre territoire¹¹⁴. Pendant ce temps, les plus petites municipalités dont le territoire n'est pas totalement urbanisé, qui disposent d'une forte attractivité et se situent à la marge d'une région métropolitaine, peuvent utiliser le mécanisme pour financer leur développement et, du coup, alimenter l'étalement urbain.

¹¹³ Les municipalités locales à échelle régionale comprennent également les villes qui ont aussi le statut de MRC, obtenu avant les grandes fusions de 2000, comme la Ville de Laval depuis 1965, ou acquis lors de la grande vague de fusions en 2000. Les défusions n'ont pas altéré ce pouvoir, puisque la ville centrale exerce les pouvoirs de l'agglomération, sous le contrôle du conseil d'agglomération.

¹¹⁴ Pour une discussion sur les disparités de pouvoirs qui se creusent entre les grands centres urbains et les régions, voir Marie-Claude PRÉMONT et Gérard DIVAY, « La réforme municipale en cours : fracture entre les grands centres urbains et les régions » *L'État du Québec 2018*, Montréal, Institut du Nouveau Monde, 2017, p. 276-281.

V. Le pouvoir général de redevance réglementaire

A) Les conditions prévues par la loi

1. Les conditions générales

Le pouvoir général de redevance réglementaire, accordé à toutes les municipalités du Québec en 2018¹¹⁵ dans la LCV (art. 500.6-500.11) et le CM (art. 1000.6-1000.11)¹¹⁶, innove par sa formulation inédite d'un pouvoir général que les municipalités pourront utiliser selon des formes qui n'attendent que la hardiesse dont elles pourront faire preuve pour mettre en œuvre leurs divers régimes de réglementation. En effet, contrairement à la redevance sur les carrières et les sablières qui laisse peu de marge de manœuvre à la municipalité dans la façon de l'appliquer, ou à la redevance de développement qui vise les pouvoirs d'aménagement et d'urbanisme, le nouveau pouvoir de redevance réglementaire municipale ne cible aucun objet particulier, aucune assiette précise, aucun régime de réglementation spécifique des municipalités. C'est tout le champ de la redevance réglementaire qui s'ouvre aux municipalités, sous réserve des exceptions prévues.

Évidemment, le législateur ne pouvait donner plus de liberté aux municipalités que l'aire des règles dessinées par la jurisprudence. Il pouvait par contre en limiter ou en préciser certaines conditions, ce qu'il a fait. En effet, comme la province représente l'autorité constitutionnelle qui dispose du pouvoir de déléguer certains pouvoirs aux municipalités, elle peut, à l'intérieur de ce qu'autorise le droit constitutionnel (art. 92 (8) LC 1867),

¹¹⁵ Le pouvoir a été accordé par la *Loi visant principalement à reconnaître que les municipalités sont des gouvernements de proximité et à augmenter à ce titre leur autonomie et leurs pouvoirs*, L.Q. 2017, c. 13, dont les dispositions ont modifié la *Loi sur les cités et villes*, RLRQ, c. C-19 (LCV) et le *Code municipal du Québec*, RLRQ, c. C-27.1 (CM), et sont entrées en vigueur le 1^{er} janvier 2018.

¹¹⁶ Le pouvoir avait d'abord été accordé en 2009 à la Ville de Montréal par la *Loi modifiant diverses dispositions législatives concernant le domaine municipal*, L.Q. 2009, c. 26 (PL 45), qui modifiait la *Charte de la Ville de Montréal*; puis en 2016 à la Ville de Québec, par la *Loi accordant le statut de capitale nationale à la Ville de Québec et augmentant à ce titre son autonomie et ses pouvoirs*, L.Q. 2016, c. 31 (PL 109), qui modifiait la *Charte de la ville de Québec*.

en fixer les conditions de fonctionnement. Afin de limiter les risques d'erreur toujours présents au moment de l'élaboration de nouvelles réglementations (surtout celles qui génèrent des pouvoirs de perception de deniers auprès des individus et des entreprises), le législateur a été prudent et s'en est tenu de façon assez stricte aux enseignements de la jurisprudence. Par exemple, même si la Cour suprême n'a pas exigé dans tous les cas la création d'un fonds distinct (voir les affaires suivantes : affaire *620 Connaught*¹¹⁷; affaire *Allard Contractors*¹¹⁸), ni interdit strictement les surplus générés (affaire *620 Connaught*), le législateur québécois a astreint les municipalités à ces deux règles afin d'assurer plus de solidité juridique aux régimes susceptibles d'être adoptés par les municipalités.

2. Deux possibilités d'objectifs principaux de la redevance réglementaire

Le législateur a retenu la distinction dessinée par les tribunaux entre les deux principaux objectifs que peut poursuivre une redevance réglementaire (art. 500.6 al. 1 LCV) :

- 1) la redevance dont le but premier est de financer un régime de réglementation qui relève de ses compétences;
- 2) la redevance dont le but premier est d'influencer le comportement des personnes vers l'atteinte des objectifs d'un régime de réglementation.

Dans l'un et l'autre cas de figure, même si l'objectif premier se révèle différent, les redevances doivent être étroitement associées à un régime de réglementation, contribuer tout de même à son financement et être versées dans un fonds destiné exclusivement à les recevoir (art. 500.6 al. 2 LCV).

La première catégorie de redevance réglementaire, dont l'objectif premier est de financer un régime de réglementation, est illustrée par la redevance (spécifique) sur les carrières et les sablières, dont nous avons discuté plus haut. La redevance n'a nullement pour objectif d'influencer les

¹¹⁷ Préc., note 28.

¹¹⁸ Préc., note 33.

comportements : les opérateurs des sites d'extraction doivent contribuer à la réparation des routes qu'ils abîment.

La seconde catégorie de redevance réglementaire, dont le but premier est d'influencer les comportements des personnes, est bien représentée par le mécanisme connu de la consigne, qui a pour objet d'influencer les comportements afin que le contenant reste dans la boucle de la réutilisation au lieu de prendre le chemin du dépotoir.

3. Deux catégories de personnes pouvant être visées

Comme la redevance réglementaire n'est pas une taxe, sa cible, ou la personne qui peut y être soumise, doit répondre à des règles propres au concept de ladite redevance. Les tribunaux ont discerné deux catégories de personnes qui satisfont à cette exigence et qui sont reprises scrupuleusement par le législateur québécois.

En effet, pour se conformer aux exigences du concept de la redevance réglementaire, deux catégories de personnes peuvent y être soumises : celles qui bénéficient du régime réglementaire ou celles qui en créent le besoin (art. 500.8 LCV). Les deux exemples de redevances, qui se distinguent par leur objectif premier, soit la redevance sur les carrières et les sablières ainsi que la consigne, ne se différencient toutefois pas quant aux personnes qui y sont soumises, car toutes les deux visent d'abord les personnes qui créent le besoin du régime et non pas tant celles qui en bénéficient. En effet, le transport lourd endommage les routes ou crée des nuisances, et le fabricant, le distributeur ou le consommateur de boissons embouteillées augmente le volume d'ordures qui, autrement, prendrait le chemin du dépotoir. Précisons toutefois que les deux catégories de personnes qui paient la redevance ne sont pas toujours mutuellement exclusives, car la personne qui crée le besoin peut aussi en partie bénéficier du régime, comme le transport lourd qui peut également profiter de meilleures routes, ou le consommateur qui bénéficie pareillement de la réduction des ordures, en tant que contribuable et citoyen. L'affaire *620 Connaught*¹¹⁹ offre un exemple de redevance réglementaire perçue auprès

¹¹⁹ Affaire *620 Connaught*, préc., note 28.

des personnes qui en bénéficient. Dans cette affaire, une redevance de tous les restaurants et bars titulaires de permis de vente d'alcool est alors perçue par Parcs Canada. La Cour suprême conclut qu'il est clair que les restaurants et les bars du parc national Jasper, soumis au paiement de la redevance, bénéficient d'un parc bien entretenu puisque leurs revenus dépendent en grande partie de l'affluence des visiteurs qui apprécient le parc et ses installations, tout comme ils profitent de la concurrence réduite par la réglementation de Parcs Canada. La redevance imposée à ces bénéficiaires du bon entretien du parc, auquel contribue la redevance, répond donc aux exigences que doit satisfaire toute redevance pour assurer sa validité.

4. L'exclusion de personnes visées

La LCV interdit aux municipalités de soumettre certaines catégories de personnes au pouvoir général de redevance réglementaire. Comme il l'a fait dans le cas du pouvoir général de taxation (art. 500.2), le législateur a aussi écarté la possibilité pour une municipalité d'appliquer aux pouvoirs publics et parapublics le nouveau pouvoir de redevance réglementaire (art. 500.11).

Il faut d'abord noter que, contrairement au pouvoir de taxation, cette exclusion n'est pas dictée par la règle constitutionnelle de l'article 125 de la LC 1867 qui interdit de taxer les pouvoirs publics. En effet, comme nous l'avons expliqué plus haut, la redevance réglementaire n'étant pas une taxe au sens de la Constitution, elle pourrait donc, en principe, s'appliquer aux pouvoirs publics. La Cour suprême a confirmé que l'immunité de l'article 125 ne vise pas un prélèvement de la nature d'une redevance réglementaire. Cette question est aujourd'hui au cœur du débat judiciaire qui a cours concernant la taxe sur le carbone adoptée par le fédéral¹²⁰ et contestée par l'Ontario¹²¹, la Saskatchewan¹²² et l'Alberta¹²³.

¹²⁰ *Loi sur la tarification de la pollution causée par les gaz à effet de serre*, préc., note 49.

¹²¹ *Reference re Greenhouse Gas Pollution Pricing Act*, préc., note 50.

¹²² *Reference re Greenhouse Gas Pollution Pricing Act*, préc., note 52.

¹²³ *Reference re Greenhouse Gas Pollution Pricing Act*, préc., note 51.

Bref, en ce qui a trait au pouvoir de redevance réglementaire accordé aux municipalités, le législateur québécois a fait le choix d'en interdire l'application par les municipalités aux pouvoirs publics, même si le droit constitutionnel l'y autorise. Par exemple, si une municipalité décidait d'imposer une redevance réglementaire sur les grands employeurs de son territoire en tant que générateurs de déplacements afin de l'aider à financer les services de transports durables, elle ne pourrait agir de cette manière à l'égard des employeurs publics, que ce soit les gouvernements ou les établissements parapublics (hôpitaux, écoles).

Relevons toutefois une différence importante entre les conditions d'exercice du pouvoir général de taxation (que nous n'abordons pas directement dans notre article) et le pouvoir de redevance réglementaire. En effet, contrairement au pouvoir général de taxation, la municipalité peut viser par une redevance réglementaire la présence d'une entreprise sur son territoire (art. 500.9 LCV). Puisque la loi interdit à la municipalité de lever une redevance réglementaire en raison de la présence d'un particulier, elle a, *a contrario*, le champ libre pour imposer une redevance réglementaire auprès de la personne morale présente sur son territoire, avec l'exclusion ciblée de la personne morale de droit public.

5. L'assiette de perception

La majorité des interdictions législatives d'assiettes du pouvoir général de taxation ont également été appliquées à la redevance réglementaire, en vertu de l'article 500.9 de la LCV, qui prévoit tout de même des exceptions. En vertu de la liste d'interdictions, une redevance réglementaire municipale ne pourrait donc avoir pour assiette le revenu tiré, le capital versé, la machinerie, le matériel informatique ou la masse salariale d'un employeur. Elle ne peut non plus viser la fortune, une succession, les boissons alcoolisées, le tabac, le carburant, le cannabis, une ressource naturelle, l'énergie ou l'électricité.

Par contre, quatre différences notables par rapport aux exclusions applicables au pouvoir général de taxation doivent être soulignées, car elles peuvent dès lors constituer une assiette potentielle pour l'exercice du

pouvoir général de redevance réglementaire municipale (art. 500.9 al. 1 LCV) :

- 1) la fourniture d'un bien ou d'un service sur le territoire de la municipalité : on peut évidemment penser ici aux commerces, mais aussi aux événements culturels ou sportifs (paragraphe 1^o de l'article 500.1 LCV);
- 2) la présence d'un particulier sur le territoire de la municipalité, qui ne doit pas, par contre, s'appuyer sur la résidence ou non du particulier sur ledit territoire : en effet, l'alinéa 1 de l'article 500.9 *in fine* exclut la possibilité de l'assiette basée sur la résidence d'un particulier, en dépit de l'application du paragraphe 7 de l'alinéa 1 de l'article 500.1 de la LCV;
- 3) la présence d'une entreprise ou d'une personne morale sur le territoire de la municipalité (paragraphe 7^o de l'article 500.1 de la LCV);
- 4) l'utilisation par une personne d'un chemin public (sur ou sous le chemin ou au-dessus de ce dernier) pour fournir un service public (paragraphe 13^o de l'article 500.1 de la LCV).

6. Le contenu du règlement municipal

La municipalité doit procéder par voie réglementaire pour imposer une redevance réglementaire. L'article 500.7 de la LCV lui impose en outre d'y préciser le régime de réglementation qui y est associé et les objectifs poursuivis. Le règlement doit clairement indiquer de qui la redevance peut être exigée, son montant ou la façon d'en fixer le montant, ainsi que les critères qui peuvent être utilisés pour en faire varier la somme.

La municipalité dispose du pouvoir de créer des catégories et d'adopter des taux variables qu'elle doit bien mentionner dans son règlement. Comme il lui faut toujours éviter d'agir de façon arbitraire dans la conception de sa réglementation, les critères utilisés et les variations de taux doivent se justifier à la lumière des objectifs poursuivis et de la réalité des activités réglementées. Remarquons ici les attributs propres à la redevance réglementaire qui doivent inéluctablement guider sa conception et sa mise en œuvre.

Par exemple, pour revenir au cas instructif de la perception des frais de basculement dans les dépotoirs de la Municipalité régionale d'Ottawa-Carleton¹²⁴, la Commission municipale de l'Ontario, tout en confirmant le pouvoir de redevance réglementaire pour imposer une telle charge sur chaque tonne de déchets basculée dans chacun des dépotoirs du territoire, qu'il appartienne ou non à la municipalité régionale, a tout de même corrigé certaines variations de taux qui ne se justifiaient pas à la lumière des objectifs du régime. Comme l'explique la Commission, rien ne justifie d'imposer un taux de basculement plus élevé à une municipalité qui a bien planifié ses infrastructures et a réussi à diminuer le volume enfoui par rapport à un autre dépotoir qui, faute de planification, devrait atteindre plus rapidement la saturation de sa capacité. La Commission n'a alors pas hésité à corriger les taux prévus pour mieux répondre à l'exigence d'un lien étroit entre la redevance et la poursuite de ses objectifs.

La LCV exige en outre que le règlement municipal prévoie la création d'un fonds destiné à recueillir les redevances perçues et énonce les fins pour lesquelles les montants peuvent être utilisés¹²⁵. Le règlement municipal peut aussi indiquer des frais de recouvrement ou pour provision insuffisante (art. 500.7 al. 2 LCV).

B) Les formes éventuelles d'une redevance réglementaire

1. La distinction entre la redevance réglementaire et la tarification

Il importe de relever une distinction importante entre la redevance réglementaire et la tarification, déjà discutée sommairement lorsque nous avons abordé la redevance sur les carrières et les sablières. En effet, le tarif s'inscrit de façon stricte dans la logique de l'utilisateur-payeur, puisqu'il ne peut être exigé que de la personne qui bénéficie ou pourrait bénéficier du service tarifé. Les dispositions concernant la tarification municipale qui figurent dans la *Loi sur la fiscalité municipale* sont claires à cet effet¹²⁶.

¹²⁴ *Ottawa-Carleton (Regional Municipality) By-Law 234-1992 (Re)*, préc., note 45.

¹²⁵ La municipalité a l'obligation de transmettre au ministère des Affaires municipales et de l'Habitation une copie vidimée de son règlement, dans un délai de 15 jours suivant son adoption.

¹²⁶ Voir notamment l'article 244.3 *Loi sur la fiscalité municipale*, RLRQ, c. F-2.1.

Or, ce n'est pas nécessairement le cas pour la redevance réglementaire, même si la redevance perçue de la personne qui en crée le besoin peut parfois s'en approcher. En effet, il arrive souvent que la personne qui crée le besoin du régime n'en soit pas la bénéficiaire car, au contraire, ledit régime peut viser à réduire l'activité néfaste aux objectifs du régime de réglementation de la municipalité. Il en est de même lorsque, par le régime, on veut précisément influencer le comportement des personnes : le bénéfice découle du changement de comportement qui induit, à son tour, une réduction des perceptions monétaires. La logique à l'œuvre peut donc parfois être totalement distincte de celle de la tarification. Par contre, elle s'en approche à l'occasion, comme lorsque la redevance s'applique à tous les dépotoirs du territoire auprès desquels est perçue une redevance de basculement des ordures, que le dépotoir soit public ou privé¹²⁷. Nous avons déjà traité de la redevance réglementaire perçue sur le camionnage de matières extraites des carrières et des sablières. Le propriétaire du site d'extraction doit payer un droit volumétrique, sans être le (seul) bénéficiaire des sommes investies pour entretenir les routes. Il n'est pas non plus le bénéficiaire des mesures d'atténuation des inconvénients créés par ce transport lourd (comme par l'épandage d'abat-poussière). La municipalité devrait entretenir ses routes municipales de toute façon, et les autres formes de transport lourd ne sont pas soumises à de tels paiements, tout en profitant des mêmes infrastructures de transport. Ce n'est donc clairement pas un système de tarification, car on pourrait alors difficilement justifier que les autres formes de transport lourd en soient exemptées.

Le système de consigne, que les tribunaux ont qualifié de redevance réglementaire¹²⁸, illustre aussi cette logique. Dans ce cas, le prélèvement passe par plusieurs étapes et fait participer toutes les personnes de la chaîne qui en créent le besoin, c'est-à-dire les embouteilleurs, les grossistes, les détaillants et les consommateurs. La personne qui paie la consigne à chaque étape n'en est pas la bénéficiaire, mais elle en crée le besoin.

¹²⁷ Voir notamment *supra*, note 46.

¹²⁸ *Cape Breton Beverages Ltd. c. AG of Nova Scotia*, 1997 CanLII 9915 (NS SC).

L'exemple de l'Ontario donné plus haut¹²⁹ montre bien la distinction entre la redevance réglementaire et la tarification, notamment en raison de l'augmentation du nombre de personnes qui peuvent être appelées à payer la redevance et qui ne se limitent pas aux seuls utilisateurs des services fournis par la municipalité. La Municipalité régionale d'Ottawa-Carleton obtient le pouvoir en matière de disposition des déchets solides et est responsable d'un site d'enfouissement pour lequel elle facture des frais de basculement de 20 \$ la tonne déchargée. D'autres dépotoirs (municipaux et privés) sont par ailleurs présents sur son territoire et disposent des permis nécessaires. La Municipalité régionale d'Ottawa-Carleton a donc adopté un règlement qui impose également des frais de basculement dans ces autres dépotoirs, même s'ils ne lui appartiennent pas, et qui sont de propriété distincte, soit privée, soit municipale. Le tribunal a validé le règlement de la Municipalité régionale d'Ottawa-Carleton imposant des frais de basculement (à taux variable, tout en y apportant certaines modifications), même auprès des déchargements qui s'effectuent dans des dépotoirs qui ne sont pas les siens. Il a reconnu que ce règlement était passé d'un mode de tarification dans sa première version qui en limitait l'application aux dépotoirs de la Municipalité régionale d'Ottawa-Carleton à un mode de la nature de la redevance réglementaire qui visait plus largement, à l'échelle régionale, à inciter à la réduction, au recyclage et à la réutilisation des matières et qui servait aussi à constituer une réserve en vue du développement de nouvelles infrastructures de gestion des matières résiduelles, une fois que les dépotoirs en activité seraient saturés. Il est donc clair dans cet exemple que la redevance réglementaire permet à l'autorité municipale de se dégager de la limite de la perception auprès des seuls utilisateurs des services qu'elle offre pour embrasser l'enjeu qui se joue à l'échelle de son territoire relativement à la capacité de l'ensemble des dépotoirs pouvant recueillir les matières résiduelles.

Rappelons l'exemple actuellement devant la Cour suprême concernant les prélèvements qui pourraient être qualifiés de redevances réglementaires de lutte contre les changements climatiques, soit le régime fédéral de tarification du carbone. Évidemment, cette situation est loin des

¹²⁹ *Regional Municipality of Ottawa-Carleton By-Law 234-1192 (Re)*, [1996] O.M.B.D. No. 553.

compétences municipales, mais le système nous permet de confirmer l'abondance des formes que peut prendre la redevance réglementaire (si la Cour suprême en valide la qualification). Les cours d'appel de l'Ontario et de la Saskatchewan, qui contestent la constitutionnalité de la loi fédérale¹³⁰, ont reconnu à la majorité¹³¹ la validité de ce régime très particulier¹³². La Cour d'appel de l'Alberta, quant à elle, s'est récemment rangée à la majorité contre la validité de ce régime de redevance réglementaire du fédéral¹³³. Le régime en question ne vise pas directement à générer des recettes à des fins générales. Son objectif est plutôt d'imposer une redevance qui, par son caractère plus ou moins élevé, permettrait en elle-même de réduire les émissions de GES, ce qui constituerait ainsi la « pièce maîtresse d'un plan réglementaire¹³⁴ ».

2. La distinction entre la prohibition et la redevance qui vise les comportements

Afin de saisir la pertinence et les perspectives qu'offre le pouvoir général de redevances réglementaires, nous distinguerons la réglementation concernant l'interdiction de certains usages ou comportements de celle dont l'objectif est de dissuader des pratiques en particulier et de progressivement inciter les personnes à modifier leur comportement.

Par exemple, la Ville de Montréal a adopté le *Règlement interdisant la distribution de certains sacs d'emplettes dans les commerces de détail*

¹³⁰ *Loi sur la tarification de la pollution causée par les gaz à effet de serre*, préc., note 49.

¹³¹ La cour d'appel de l'Ontario et de la Saskatchewan ont siégé avec une formation exceptionnelle de cinq juges.

¹³² *Reference re Greenhouse Gas Pollution Pricing Act*, préc., note 50; *Reference re Greenhouse Gas Pollution Pricing Act*, préc., note 52.

¹³³ *Reference re Greenhouse Gas Pollution Pricing Act*, préc., note 51. La Cour d'appel de l'Alberta a aussi siégé avec une formation de cinq juges.

¹³⁴ Voir le commentaire sommaire à la suite de la première décision rendue par la Cour d'appel de la Saskatchewan le 3 mai 2019 : Tommy GELBMAN, « La Cour d'appel de la Saskatchewan confirme la constitutionnalité du régime fédéral de tarification du carbone », *Osler – Bulletin d'actualités*, 7 mai 2019, en ligne : <<https://www.osler.com/fr/ressources/reglements/2019/la-cour-d-appel-de-la-saskatchewan-confirme-la-constitutionnalite-du-regime-federal-de-tarification>>.

(n°16-051), qui s'appuie sur les pouvoirs de la municipalité prévus par la LCM (art. 16 et 19 : prohibition et environnement), et sur les pouvoirs de la LCV (amendes et inspections). La Ville de Montréal compte maintenant élargir l'interdiction à tous les sacs en plastique en 2021, et non plus seulement aux sacs minces, puisqu'on s'est aperçu que les sacs plus épais n'étaient pas vraiment réutilisés et se retrouvaient quand même aux ordures, souvent en tant que contenants à déchets. Comment cette nouvelle interdiction sera-t-elle accueillie par la population et les commerçants? Comment la Ville de Montréal pourra-t-elle la présenter de manière à ne pas déclencher un tollé?

Sans interdire totalement la distribution de tous les types de sacs de plastique, la redevance réglementaire pourrait décharger la Ville de Montréal de trouver une solution au remplacement de ces sacs, pour la refiler aux détaillants et aux consommateurs eux-mêmes. Par exemple, une redevance pourrait être imposée aux commerçants par « volume » ou par « quantité » de plastique utilisé dans le commerce, qui comprendrait non seulement les sacs, mais aussi les barquettes en plastique, etc. Le détaillant¹³⁵ aurait ainsi intérêt à laisser les choses en vrac au lieu de les prédisposer en barquettes de styromousse, ces dernières n'étant pas recyclables. De la même manière, il voudrait diminuer la quantité de sacs de plastique distribués en les vendant ou en proposant des options de rechange, comme des sacs de tissu réutilisables ou des sacs de papier recyclables. Lorsque ces nouvelles pratiques d'offre et de consommation seront adoptées par les distributeurs et les consommateurs, il sera alors plus facile de faire accepter l'interdiction ou l'indisponibilité des sacs de plastique. C'est d'ailleurs le cas chez certains détaillants d'alimentation qui, après plusieurs années de vente de sacs de plastique, ont cessé d'en offrir pour ne proposer que des sacs de papier ou des sacs réutilisables. Bref, cet exemple permet de distinguer la prohibition de la redevance réglementaire, toutes deux poursuivant au fond le même objectif, soit la modification des pratiques de consommation, mais avec des modalités différentes.

135

La question de la meilleure cible pourrait se poser mais, comme la municipalité n'a pas de pouvoir sur le distributeur, elle doit viser le détaillant en tant qu'entreprise faisant affaire sur son territoire.

La municipalité dispose en effet d'un pouvoir pour interdire certains comportements mais elle jouit aussi, par la redevance réglementaire, du pouvoir de dissuasion. Le premier pouvoir entre dans la catégorie des instruments de politique publique dits « proactifs », plus coercitifs et directs, alors que le second fait partie des instruments dits de « gouvernance », plus flexibles, interactifs et participatifs¹³⁶. Dans le cas précédent, la redevance sur les sacs de plastique pourrait être plus facilement acceptable que l'interdiction pure et simple. La redevance pourrait être une étape préalable menant à l'interdiction. La distinction peut apparaître scholastique, mais elle est plutôt névralgique et majeure, particulièrement lorsque l'interdiction paraît politiquement difficile à accepter. L'interdiction exige de plus la mise en place d'un appareil poussé et invasif de surveillance et de sanction, qui peut être non seulement difficile à implanter, mais encore coûteux et irritant pour les citoyens.

La conception d'une redevance réglementaire doit donc s'appuyer sur une analyse fine réalisée par la municipalité pour évaluer l'outil le plus approprié en vue d'atteindre ses objectifs. L'analyse doit l'amener à mettre en évidence clairement les comportements à décourager, sans aller jusqu'à les interdire totalement.

3. Les formes qui ne sont pas explicitement exclues par la loi

Regardons les assiettes ou les personnes qui ne sont pas exclues par la loi, et qui deviennent donc des cibles potentielles pour l'exercice du pouvoir général de redevance réglementaire.

Ainsi, une redevance peut être imposée sur la *fourniture d'un bien ou d'un service*. Celle-ci pourrait prendre la forme, par exemple, d'une redevance sur des quantités de certains biens fournis ou distribués, et susceptibles de se retrouver aux ordures, comme les articles à usage unique (sacs de plastique, gobelets, tasses et ustensiles jetables, contenants de styromousse, etc.) afin d'en favoriser la réduction et de financer les services de gestion des ordures. Pour en faciliter la gestion, la municipalité pourrait

¹³⁶

Jean MERCIER et autres, « Policy Tools for Sustainable Transport in Three Cities of the Americas: Seattle, Montreal and Curitiba », (2013) 50 *Transport Policy* 95.

par exemple cibler la restauration rapide de son territoire ou certains types de commerces où ces objets sont plus abondants.

Une autre assiette qui n'est pas exclue consiste en la *présence d'un particulier sur le territoire de la municipalité*. Suivant cette façon de concevoir les choses, une redevance pourrait être perçue de l'organisateur de grands événements extérieurs au moment de la délivrance du permis d'occupation de l'espace public, afin de contribuer au financement des services de sécurité et aux installations municipales requises, ou encore aux services de nettoyage des ordures générées dans la zone.

La *présence d'une entreprise sur le territoire de la municipalité* pourrait aussi requérir de la municipalité l'imposition d'une redevance. Par exemple, celle-ci pourrait être exigée d'une entreprise qui entrepose des produits dangereux sur son territoire, car elle serait alors susceptible d'avoir recours à l'intervention du service de lutte contre les incendies. Dans ce cas, la redevance pourrait être calculée par unité de volume de gaz ou de produit chimique entreposé (en tant que mesure du risque) ou encore selon la capacité des réservoirs d'entreposage. La redevance pourrait cibler les produits pétroliers entreposés, notamment dans des réservoirs souterrains des stations d'essence, comme exemple connu d'un risque de contamination. On pourrait en outre prévoir une redevance perçue auprès des grands employeurs, sur la base du nombre d'employés dépassant un certain seuil, afin de financer les infrastructures cyclables ou les services de transport collectif. Par contre, l'exclusion de l'État, de ses mandataires et des organismes publics et parapublics d'une telle redevance pourrait réduire considérablement sa portée et son efficacité, en fonction de la structure du marché de l'emploi dans la municipalité.

Finalement, la loi permet à la municipalité d'exiger une redevance sur l'*utilisation par une personne d'un chemin public (sur ou sous le chemin ou au-dessus de ce dernier) pour fournir un service public*. Par exemple, une redevance pourrait être imposée pour l'utilisation des conduits qu'elle fournit en vue de l'enfouissement des fils électriques ou de télécommunication sur son territoire, dans les zones où la municipalité exige l'enfouissement des fils d'utilité publique. Comme la loi exclut l'État et ses mandataires, une telle redevance pourrait être perçue des entreprises

offrant des services de câblodistribution, mais pas d'une société d'État, comme Hydro-Québec. Les chartes des villes de Montréal et de Québec prévoient déjà ce type de redevances.

4. Les autres prélèvements liés à l'émission d'un permis, mais distincts de la redevance de développement

La délivrance de permis municipaux peut être l'occasion de prévoir d'autres formes de prélèvements, distincts de la redevance de développement de la LAU. Ces formes dépassent l'objet de notre article, mais nous les mentionnons ici brièvement, puisqu'elles font partie de la grande famille de la redevance réglementaire. Au même moment où le législateur a accordé aux municipalités un pouvoir général de redevance réglementaire, il les a aussi autorisées à adopter des règlements permettant la conclusion d'ententes en matière de logement social, abordable et familial¹³⁷. Une municipalité qui adopte un tel règlement peut requérir des demandeurs de permis assujettis la construction de logements (sociaux, abordables ou familiaux) ou leur contribution par la cession d'un terrain ou le versement à la municipalité d'une somme d'argent qui devront servir à la construction de ces logements¹³⁸.

Une autre redevance réglementaire qui touche indirectement les municipalités mérite une mention, soit la redevance de transport mise en place dans la grande région de Montréal au bénéfice de l'Autorité régionale de transport métropolitain (ci-après « ARTM »). Grâce à l'adoption de nouvelles mesures législatives, l'ARTM reçoit du requérant de permis de construction immobilière à proximité des stations du Réseau express métropolitain (REM) (sur la base de la superficie des travaux assujettis), une redevance servant au financement de l'infrastructure de transport

¹³⁷ *Loi visant principalement à reconnaître que les municipalités sont des gouvernements de proximité et à augmenter à ce titre leur autonomie et leurs pouvoirs*, préc., note 115, art. 13, introduisant les nouveaux articles 145.30.1 à 145.30.3 de la LAU.

¹³⁸ Vanessa HERGETT et Louis BEAUREGARD, « Les contributions reliées au développement immobilier et autres redevances », dans S.F.C.B.Q., vol. 442, *Développements récents en droit municipal*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2018, p. 78-119.

collectif¹³⁹. La redevance est certes perçue par la municipalité au moment de la délivrance du permis de construction, mais elle est remise à l'ARTM qui la verse en totalité à la filiale de la Caisse de dépôt et placement du Québec (CDPQ), responsable et propriétaire du REM¹⁴⁰.

C) Un pouvoir qui peut aussi être exercé par les agglomérations

Contrairement au pouvoir général de taxation que n'ont pas les agglomérations¹⁴¹, la *Loi sur l'exercice de certaines compétences municipales par certaines agglomérations*¹⁴² prévoit que les agglomérations disposent du pouvoir général de redevance réglementaire dans l'exercice de leurs compétences et afin de financer leurs propres dépenses.

La ville centrale est le bras d'action de l'agglomération dont le pouvoir réglementaire s'exerce par le conseil d'agglomération. L'agglomération ne peut toutefois prévoir la perception d'une redevance auprès du requérant d'un permis de lotissement ou de construction, ou encore d'un certificat d'autorisation ou d'occupation, si la redevance doit servir au financement des travaux municipaux au sens de l'article 145.21 de la LAU. Seule la redevance de développement perçue par la municipalité locale peut alors être imposée au requérant. Par contre, l'agglomération pourrait exiger le paiement d'une redevance pour le financement d'autres compétences d'agglomération pour lesquelles elle établit un régime de réglementation détaillé et complet. En effet, l'alinéa 3 de l'article 500.6 de la LCV précise que l'ouverture à une redevance de développement écarte le pouvoir général de redevance réglementaire dans le cas où deux conditions sont réunies :

¹³⁹ *Loi sur l'Autorité régionale de transport métropolitain*, RLRQ c. A-33.3, art. 97.1-97.12; *Règlement concernant la redevance de transport à l'égard du Réseau express métropolitain*, RLRQ c. A-33.3, r. 2.

¹⁴⁰ Pour une description plus détaillée, voir : V. HERGETT et L. BEAUREGARD, préc., note 138; Fanny TREMBLAY-RACICOT et autres, *Les pouvoirs municipaux de prélèvements monétaires et la transition énergétique en aménagement du territoire et transport terrestre : encadrement juridique et études de cas*, Rapport à TEQ, 24 avril 2020, p. 71-78, en ligne : <https://transitionenergetique.gouv.qc.ca/fileadmin/medias/pdf/publications/ENAP-Livvable-2_TEQ.pdf>.

¹⁴¹ *Loi sur l'exercice de certaines compétences municipales par certaines agglomérations*, RLRQ, c. E-20.0001, art. 85.

¹⁴² *Id.*, art. 99.2.

1. La redevance est exigée et perçue auprès du requérant de permis ou de certificat;
2. Elle sert à financer les travaux municipaux prévus dans l'article 145.21 de la LAU.

Conclusion : Passer des effets involontaires de la taxation à l'effet recherché de la redevance réglementaire

Nous avons postulé que les municipalités doivent profiter des conséquences de la crise sanitaire pour mettre au profit de la crise climatique les nouveaux outils dont elles disposent en matière de redevance réglementaire. Cela leur permettrait d'ouvrir la voie à des changements systémiques, graduels et stables en vue de mieux répondre aux exigences d'un développement plus soutenable ainsi que de faire face à la crise des finances municipales qui les frappe de plein fouet. Il ne faut pas attendre la révolte des contribuables municipaux, comme l'ont expérimentée les États-Unis au cours des années 70, pour mettre en place les mécanismes d'une répartition des charges financières qui sera davantage équitable, tout en favorisant un développement plus durable.

Outre leur devoir de s'attaquer aux sources des émissions des GES responsables de la crise climatique, le Québec et les villes devront demeurer alertes aux effets de la pandémie. Elles doivent être particulièrement vigilantes par rapport aux craintes véhiculées qui pointent parfois du doigt la densité des villes comme responsables de la contagion¹⁴³, alors que les études ne démontrent pas, jusqu'ici, que la densité pose problème. La question est certes complexe, et chacun sait qu'au Québec comme ailleurs la pandémie a d'abord fait des victimes chez les personnes âgées et plus vulnérables. Dans le contexte des villes, le problème serait plutôt dans leur aménagement qui n'inclut pas suffisamment de logements décents pour toutes les couches de la société. Si des enseignements erronés étaient tirés de la pandémie, les politiques publiques pourraient en souffrir dangereusement, et les cycles de l'étalement urbain seraient relancés, avec tous les

¹⁴³ Scott WIENER et Anthony ITON, « A Backlash against Cities Would Be Dangerous », *The Atlantic*, 17 mai 2020, en ligne : <<https://www.theatlantic.com/ideas/archive/2020/05/urban-density-not-problem/611752/>>.

dommages induits pour les générations futures¹⁴⁴. Selon nous, il faut plutôt commencer à revoir la configuration des espaces urbains de vie en les rendant plus agréables pour la population qui y vit et y travaille. La redevance réglementaire est là pour aider et participer à cette reconfiguration.

La redevance réglementaire offre l'avantage de la fiscalité, qui est celui de la perception des revenus, sans être soumise à la limite intrinsèque de la fiscalité municipale qui interdit la forme indirecte de la taxation. Elle ouvre la voie des possibles pour mieux orienter le développement vers des milieux de vie harmonieux. La redevance réglementaire offre ainsi un réel potentiel de transformation, planifiée et orientée.

Rappelons que la taxation a toujours des effets involontaires qui obligent souvent l'autorité taxatrice à prévoir des adjuvants pour contrecarrer les problèmes secondaires engendrés. Les effets nocifs de la fiscalité foncière municipale doivent être parfois corrigés par des mesures fiscales provinciales, comme le remboursement partiel de l'impôt foncier perçu auprès des agriculteurs. La taxe est alors conçue pour prélever des revenus généraux et cherche donc essentiellement une assiette fiscale, souvent à l'aveugle quant à ses effets.

Les redevances doivent être calibrées en fonction des besoins financiers du régime de réglementation. Elles peuvent aussi être pensées de manière à éviter certains effets pervers, comme la fuite des entreprises et des résidents vers d'autres territoires en raison de l'augmentation des charges. Par exemple, la redevance de développement aux fins de transports collectifs de TransLink, autorité régionale de transports de la région de Vancouver, s'appuie sur les résultats d'une analyse de potentiel de développement foncier et immobilier dont l'objet consiste notamment à éviter le ralentissement significatif du développement immobilier et

¹⁴⁴ Des politiques postpandémie favorables à l'étalement urbain ont déjà été proposées au Québec : Marie-Claude PRÉMONT et Fanny TREMBLAY-RACICOT, « Le projet de loi 61 : un financement public à l'étalement urbain », *La Conversation*, 9 juin 2020, en ligne : <<https://theconversation.com/le-projet-de-loi-61-un-financement-public-a-letalement-urbain-140224>>.

l'inabordabilité résidentielle et commerciale¹⁴⁵. Ces études de développement foncier et immobilier permettent de déterminer des montants qui peuvent être absorbés par les contribuables, et qui seront donc acceptables du point de vue social et politique.

La distinction juridique importante entre la taxe et la redevance réglementaire en droit canadien et québécois révèle de plus une distinction puissante quant aux objectifs poursuivis. Si la taxe est aveugle, la redevance est, au contraire, conçue tel un appareil chirurgical de grande précision, pour cibler deux choses qui se conjuguent, soit certaines assiettes particulières et des cibles précises de demandes de services ou de comportements à influencer. La redevance réglementaire doit être finement mise au point et ciselée pour produire des effets car, en plus, elle autorise les exceptions, les modulations diverses et les taux variables. L'essence et la puissance de la redevance réglementaire se trouvent justement dans l'effet recherché avec précision, et non dans la collecte aveugle de fonds.

Comme nous l'avons démontré, les différents types de redevances réglementaires, que ce soit la redevance sur les carrières et les sablières, la redevance de développement ou celles qui émanent du pouvoir général de redevance réglementaire, permettent aux municipalités non seulement de diversifier leurs sources de revenus et de répartir plus équitablement le fardeau fiscal entre ses contribuables, mais surtout de percevoir un financement qui permet de produire en même temps des effets durables sur le développement du territoire et son occupation efficiente. Chaque municipalité peut ainsi financer des infrastructures essentielles à la prestation de services municipaux par une certaine catégorie de payeurs, soit ceux qui les rendent nécessaires, et non seulement par les utilisateurs, comme le veut le mécanisme trop souvent régressif de la tarification.

Lorsqu'elles conduisent à l'internalisation des coûts publics réels du développement immobilier dans le prix de vente des résidences, les redevances (ainsi que les contributions provenant des ententes avec les

¹⁴⁵ CORIOLIS CONSULTING CORP., « Regional DCC for Transit Infrastructure: Structure, Rates and Revenue Forecasts », *TransLink*, 1^{er} août 2018, en ligne : <https://tenyearvision.translink.ca/-/media/tenyearvision/funding/dcc_technical_report_aug_2018.pdf>.

promoteurs) transmettent aux développeurs et à leurs acquéreurs un signal quant au prix réel du développement urbain. Elles permettent ainsi de réduire la subvention publique au développement non durable et amenuisent l'illusion de l'avantage comparatif des nouvelles propriétés en territoire non pourvu en matière d'infrastructures, ce qui contribue du même coup à faire reconnaître l'atout des propriétés ayant un plus faible impact sur les infrastructures publiques. Utilisées correctement, les redevances peuvent combattre l'étalement urbain qui force autrement un développement ne répondant pas à l'intérêt collectif que doit poursuivre la municipalité. Complémentaires des autres sources de financement des municipalités, elles leur permettent de diminuer la pression sur les revenus provenant de la taxation sur la valeur foncière, ce qui favorise une plus grande équité entre les contribuables. De plus, les redevances qui visent la modification de certains usages ou comportements indésirables incarnent de puissants outils d'écofiscalité qui peuvent parfois se substituer à une réglementation prohibitive ou lui servir de prélude ou de complément.

La redevance réglementaire offre donc l'occasion de cibler des personnes, des usages et des comportements aux effets indésirables en matière de transition énergétique et de construction de milieux de vie agréables et soutenables. Elle peut lutter contre les comportements qui engendrent des coûts publics importants et qui imposent leurs coûts et conséquences nuisibles sur les pouvoirs publics, les contribuables et les citoyens. La redevance réglementaire confère à la municipalité de nombreux avantages, notamment celui de l'outiller afin de contribuer à résoudre certains problèmes qui ne peuvent être dénoués avec les outils réglementaires et fiscaux traditionnels. Enfin, la redevance offre à la municipalité une palette à la fois plus fine et plus large pour répondre à la demande des citoyens de préserver et de produire un environnement plus favorable à la qualité de vie.

Or, si l'on observe que les ententes avec les promoteurs et la redevance de développement ont été mises en œuvre par certaines municipalités du Québec avant même que le législateur les y autorise explicitement, on constate que, maintenant que les dispositions sont à leur portée, les municipalités hésitent à agir. Comment expliquer cette frilosité,

alors que pourtant celles-ci réclament depuis fort longtemps une diversification de leurs sources de revenus?

La combinaison d'une méconnaissance des possibilités qu'offrent ces outils, de l'expertise administrative et juridique qu'ils commandent et la crainte de contestation judiciaire, expliquerait en partie cet état de fait. Il n'en demeure pas moins que les municipalités devraient s'acquitter de leurs responsabilités auprès de leurs propres populations en tablant sur tout le potentiel offert par le mécanisme de l'entente avec les promoteurs relativement aux travaux municipaux, la redevance de développement et le pouvoir général de redevance réglementaire. Les municipalités du Québec disposent maintenant d'un pouvoir qu'elles réclament depuis toujours, c'est-à-dire non seulement de diversifier leurs sources de revenus, mais surtout, de répondre avec une finesse décuplée aux demandes pressantes de leurs citoyens et de la société, afin de forger un environnement à la hauteur de leurs aspirations. L'épisode dramatique de la pandémie de COVID-19 ne doit pas servir d'échappatoire à l'action nécessaire. Au contraire, elle permet de se rappeler que si les coûts de l'action peuvent intimider, le prix de l'inaction est encore plus grand et surtout plus dommageable à la société. Ce rappel doit se transformer en objectif soutenu et déterminé pour les municipalités québécoises.

L'adaptation du droit aux changements climatiques en matière d'érosion des zones côtières

par Catherine CHOQUETTE, Charles GAUTHIER,
Marie-Pier GOYETTE NOËL et Julia SANTOS SILVA*

Aggravée par des stressors anthropiques comme le déboisement des berges, l'érosion côtière est un phénomène principalement naturel susceptible de causer à plus ou moins long terme des dommages importants à maintes communautés côtières. Alors que les structures côtières sont de plus en plus vulnérables en raison des changements climatiques et de la fréquence accrue des événements météorologiques extrêmes en résultant, les réponses de quatre municipalités québécoises et du gouvernement du Québec afin de gérer les risques associés au recul côtier à la suite des grandes marées de 2010 sont examinées. Les auteurs relèvent, par l'examen diachronique des stratégies de réduction du risque d'érosion, d'atténuation des dommages et d'indemnisation applicables, certains changements de paradigmes apparus à la suite de cet événement ainsi que les changements nécessaires en vue de développer une réponse appropriée quant à la gestion des risques humains, matériels et environnementaux découlant de l'érosion côtière dans un contexte de changements climatiques.

* M^c Catherine Choquette est professeure à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke où elle dirige le Groupe de recherche sur les stratégies et les acteurs de la gouvernance environnementale (SAGE) et codirige le Centre de recherche sur la régulation et le droit de la gouvernance (CrRDG); M^c Charles Gauthier est avocat et candidat à la maîtrise de la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke et aussi étudiant-chercheur au CrRDG et membre du SAGE; M^c Marie-Pier Goyette Noël est avocate chez MPGN conseils juridiques et titulaire d'une maîtrise en droit de l'Université de Sherbrooke; Julia Santos Silva est ingénieure et chercheuse postdoctorale à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke et aussi membre du CrRDG et du SAGE. Cette recherche a été financée par deux subventions du Conseil de recherches en sciences humaines (CRSH) soit la première pour l'Alliance de recherche universités-communautés (ARUC) sur la gestion intégrée des zones côtières et la seconde pour la recherche sur l'adaptation du droit aux changements climatiques. Ce texte est à jour au 27 septembre 2020.

The problem of coastal erosion, exacerbated by anthropogenic stressors such as riverbank deforestation, is a largely natural phenomenon with the potential of causing, in the medium-to-long term, significant damage to many coastal communities. In the context of the ever-increasing vulnerability of coastal structures due to climate change and the resulting increased frequency of extreme weather events, this article examines the response of four Quebec municipalities and of the Government of Quebec to manage the risks associated with coastal erosion after the tidal flooding of 2010 known in French as “Les Grandes marées de 2010”. Based on a diachronic examination of the strategies adopted to reduce the risk of erosion, to mitigate damage and to provide compensation, the authors identify some of the paradigm changes that emerged following that event as well as the changes necessary to develop an adequate response for managing the human, material and environmental risks arising from coastal erosion in the context of climate change.

SOMMAIRE

Introduction	413
I. Un survol des municipalités côtières dans le contexte des grandes marées de 2010	415
A) La municipalité de Sainte-Flavie (MRC de La Mitis)	415
B) La municipalité de Maria (MRC d'Avignon)	417
C) La municipalité de Bonaventure (MRC de Bonaventure)	418
D) La ville de Sept-Îles (MRC de Sept-Rivières)	419
II. La gestion de l'érosion côtière à la suite des grandes marées de 2010	421
A) La réduction des dommages par des mesures préventives liées à l'utilisation du sol	421
1. Le contrôle de l'utilisation du sol dans la région de la Côte-Nord : le cas de la ville de Sept-Îles	423
2. Le cadre normatif de 2011 visant le contrôle de l'utilisation du sol dans les régions du Bas-Saint-Laurent et de la Gaspésie-Îles-de-la-Madeleine	426
3. L'application et les suites du cadre normatif de 2011	430
a) Le cas de Sainte-Flavie	431
b) Le cas de Maria	434
c) Le cas de Bonaventure	437
B) La réduction du risque d'érosion côtière par la protection des berges	440
C) La gestion des dommages par des mesures d'indemnisation : la mise en œuvre des programmes d'aide financière de 2003 et la création d'un programme spécifique	446
1. Les principales caractéristiques des programmes d'aide financière existants dans le contexte des grandes marées de 2010	450
2. L'application du Cadre de prévention des sinistres dans le territoire de Sainte-Flavie	453

III. Des changements importants de paradigmes	455
A) L'application du principe de subsidiarité.....	455
B) Une gouvernance étatique à développer	461
C) Une gestion intégrée axée sur la sécurité et le dommage à la propriété	464
D) Une approche adaptative.....	469
Conclusion	471

Introduction

Le 6 décembre 2010, au moment où quatre dépressions atmosphériques provoquent des précipitations abondantes dans tout l'est du Québec, des vagues d'une hauteur de plus de 5 mètres, accompagnées de vents de 80 à 90 kilomètres à l'heure, frappent les côtes de l'est du Québec et de la Côte-Nord et envahissent pendant tout l'après-midi le territoire de 79 municipalités. Des centaines de personnes sont dès lors sinistrées, tandis que d'autres sont évacuées, et de nombreuses sections de route sont fermées durant plusieurs jours, jonchées de débris, de morceaux de métal et d'arbres affaissés¹. Près de trois ans plus tard, le gouvernement du Québec verse au-delà de 21 millions de dollars aux sinistrés (15,5 millions), aux municipalités (3,3 millions) et aux entreprises riveraines (2,3 millions)². Ces marées, d'une hauteur atteignant 5,54 mètres, ce qui dépasse ainsi le précédent niveau record de 5,44 mètres enregistré en 1914³, seront par la suite désignées sous le vocable des « hautes » ou des « grandes » marées de 2010 et constitueront à maints égards le point de départ d'une réflexion renouvelée sur la gestion des risques dans les zones côtières.

Pour situer la problématique dans sa perspective québécoise, il importe de se rappeler, outre le fait que « la majorité de la population se concentre sur le littoral⁴ », que plus de la moitié des quelque 4 500 kilomètres de côtes de l'estuaire du Saint-Laurent s'érodent actuellement⁵

¹ « Est-du-Québec : l'empreinte des grandes marées de 2010 », *Radio-Canada*, 15 décembre 2011, en ligne : <<https://ici.radio-canada.ca/nouvelle/542688/grandes-marees-2010-bilan>>; « Dommages importants causés par les grandes marées et des vents violents — 6 décembre 2010 », dans Jean-Herman GUAY (dir.), *Bilan du siècle — Site encyclopédique sur l'histoire du Québec depuis 1900*, Sherbrooke, Université de Sherbrooke, en ligne : <<http://bilan.usherbrooke.ca/bilan/pages/evenements/23936.html>>.

² Carl THÉRIAULT, « Des hautes marées qui ont coûté cher », *Le Soleil*, 7 octobre 2013, en ligne : <<https://www.lesoleil.com/actualite/environnement/des-hautes-marees-qui-ont-coute-cher-22ac2c7d4db18749f6441e2fdb12a326>>.

³ *Id.*

⁴ OURANOS, « Partie 2. Vulnérabilités, impacts et adaptation aux changements climatiques », dans *Vers l'adaptation. Synthèse des connaissances sur les changements climatiques au Québec*, Montréal, Ouranos, 2015, p. 147.

⁵ MINISTÈRE DU DÉVELOPPEMENT DURABLE, DE L'ENVIRONNEMENT ET DE LA LUTTE CONTRE LES CHANGEMENTS CLIMATIQUES, avec la collab. de la DIRECTION DU SUIVI DE L'ÉTAT DE L'ENVIRONNEMENT, « L'état de l'eau et des

à la fois sous l'effet de stressseurs anthropiques, comme le déboisement des rives et les vagues produites par les embarcations, mais aussi naturels, par exemple le gel et le dégel, les variations du niveau de l'eau et les fortes tempêtes⁶. La sensibilité du littoral à l'érosion varie en fonction de nombreux facteurs, tels que le type de sol, l'orientation de la côte et l'exposition aux vagues⁷. Alors que le modèle climatique le plus probable à l'horizon 2050 « pour la majorité des secteurs côtiers comprend, relativement à la tendance historique, un accroissement de l'érosion côtière avec des reculs moyens qui varient selon les secteurs⁸ », il est indéniable que les changements climatiques imposent un lourd tribut aux littoraux partout dans le monde et qu'un nombre grandissant de communautés côtières doivent désormais faire face au recul de leurs berges. Ainsi, les côtes basses sablonneuses de Sept-Îles et de Percé pourraient connaître des reculs côtiers moyens respectifs de 58 et de 24 mètres d'ici 2050⁹; de leur côté, les dunes des Îles-de-la-Madeleine laisseraient voir un recul moyen de 51 mètres durant une période similaire¹⁰. Dans les régions du Bas-Saint-Laurent et de la Gaspésie-Îles-

écosystèmes aquatiques. Les rives et les côtes – Les côtes de l'estuaire et du golfe du Saint-Laurent », *Rapport sur l'état de l'eau et des écosystèmes aquatiques au Québec*, Québec, Gouvernement du Québec, 2014.

⁶ ENVIRONNEMENT CANADA et MINISTÈRE DU DÉVELOPPEMENT DURABLE, DE L'ENVIRONNEMENT ET DES PARCS DU QUÉBEC, *L'érosion des berges en eau douce, Plan d'action Saint-Laurent*, Gouvernement du Canada et Gouvernement du Québec, 2010, En154-58/2010F-PDF.

⁷ MINISTÈRE DU DÉVELOPPEMENT DURABLE, DE L'ENVIRONNEMENT ET DE LA LUTTE CONTRE LES CHANGEMENTS CLIMATIQUES, DPE POLITIQUE DE L'EAU avec la collab. de la DIRECTION DU SUIVI DE L'ÉTAT DE L'ENVIRONNEMENT, préc., note 5.

⁸ OURANOS, préc., note 4, p. 147.

⁹ Pascal BERNATCHEZ, Christian FRASER, Stéphanie FRIESINGER, Yvon JOLIVET, Steve DUGAS, Susan DREJZA et Antoine MORISSETTE, *Sensibilité des côtes et vulnérabilité des communautés du golfe du Saint-Laurent aux impacts des changements climatiques*, rapport de recherche, Rimouski, Laboratoire de dynamique et de gestion intégrée des zones côtières, Université du Québec à Rimouski, 2008, p. 247.

¹⁰ MINISTÈRE DU DÉVELOPPEMENT DURABLE, DE L'ENVIRONNEMENT ET DE LA LUTTE CONTRE LES CHANGEMENTS CLIMATIQUES, DPE POLITIQUE DE L'EAU avec

de-la-Madeleine, l'érosion côtière, aggravée par les changements climatiques, « pourrait affecter quelques centaines de bâtiments de même que plus d'une centaine de kilomètres de tronçons routiers du ministère des Transports du Québec (MTQ) et du réseau municipal¹¹ ».

Près d'une décennie après les grandes marées de 2010, le temps est désormais venu d'analyser les différentes stratégies adoptées tant par le gouvernement provincial que les municipalités régionales de comté (MRC) et les municipalités et d'en évaluer la performance dans un contexte de changements climatiques. Notre étude vise quatre municipalités côtières québécoises. Certaines actions accomplies par les instances municipales¹² se répétant, les tendances et les particularités de chaque cas seront mises en avant. Nous traiterons ainsi brièvement de chacune des municipalités (partie 1), puis de la gestion du recul des côtes et de ses impacts (partie 2). Enfin, nous aborderons les changements de paradigmes requis en vue de répondre au phénomène de l'érosion côtière dans un contexte de changements climatiques (partie 3).

I. Un survol des municipalités côtières dans le contexte des grandes marées de 2010

Nous avons retenu pour notre étude quatre municipalités, touchées de façon différente par les grandes marées de 2010 : Sainte-Flavie dans la région du Bas-Saint-Laurent, Maria et Bonaventure dans la région de la Baie-des-Chaleurs et Sept-Îles dans la région de la Côte-Nord.

A) La municipalité de Sainte-Flavie (MRC de La Mitis)

Longeant la rive sud de l'estuaire du Saint-Laurent, la municipalité de Sainte-Flavie compte un peu moins de 1 000 habitants : elle est située

la collab. de la DIRECTION DU SUIVI DE L'ÉTAT DE L'ENVIRONNEMENT, préc., note 5.

¹¹ OURANOS, préc., note 4, p. 147.

¹² Sauf lorsque le contexte s'y prête, cette expression et ses dérivés s'entendent ici des administrations municipales locales et régionales (par exemple, les MRC).

dans le nord-ouest de la MRC de La Mitis dans la région administrative du Bas-Saint-Laurent. Le périmètre urbanisé de la municipalité se situe le long de la côte de part et d'autre de la route 132. Dans ce périmètre, les rives sont généralement composées de terrains agricoles et de propriétés privées entrecoupés par la route 132. Du fait de sa proximité du littoral, Sainte-Flavie est exposée à des risques d'érosion, avec des taux de recul moyens estimés entre 0,5 et 2,0 mètres par an, et de submersion¹³. De nombreux riverains ont installé des infrastructures, comme des murets et des enrochements, pour protéger leur propriété des impacts de ces phénomènes. De plus, un mur de protection, qui prend la forme d'une promenade et d'un quai, longe la partie littorale de la municipalité¹⁴.

Sainte-Flavie a été fortement touchée par les grandes marées de 2010. Des ouvrages de protection des berges ont cédé, et des terrains se sont érodés ou alors ont été submergés. Certains secteurs de la municipalité ont même connu des reculs extrêmes de 12 à 15 mètres¹⁵. Au total, 76 % des propriétés en bord de mer ayant subi des dommages à différents niveaux¹⁶, il n'est pas surprenant que plusieurs résidences situées le long de la côte aient été fortement ravagées ou détruites. La municipalité a ainsi délivré des permis de démolition pour 24 propriétés, tandis que 17 autres ont été déplacées. Les propriétaires riverains restants ont plutôt choisi de demeurer sur place¹⁷ et plus de la moitié de ceux-ci ont par la suite utilisé des techniques de stabilisation du littoral, tels que des murs de soutènement avec façade en bois ou encore de l'enrochement

¹³ Julia SANTOS SILVA avec la collab. de Sabrina LONGCHAMPS et Michel ROBERT, *Portrait de la communauté de Sainte-Flavie, Bas-Saint-Laurent, Québec*, Rimouski, Alliance de recherche universités-communautés, Université du Québec à Rimouski, 2012, p. 13.

¹⁴ *Id.*, p. 14.

¹⁵ Pascal BERNATCHEZ, « Nos équipes au cœur des tempêtes : relevés terrains et analyses », (2019) 4 *La Zone côtière – Bulletin d'information* 12, 13.

¹⁶ *Id.*, 14.

¹⁷ COMITÉ DE DÉVELOPPEMENT SOCIO-ÉCONOMIQUE DE SAINTE-FLAVIE, *Planification stratégique Sainte-Flavie*, Sainte-Flavie, 2013, p. 61 (PDF).

avec de la végétalisation¹⁸, afin d'augmenter la résilience de leur propriété par rapport à l'érosion.

B) La municipalité de Maria (MRC d'Avignon)

Située dans la MRC d'Avignon dans la région administrative de la Gaspésie-Îles-de-la-Madeleine, Maria est une municipalité côtière d'un peu plus de 2 500 habitants de la baie de Cascapédia, secteur de la baie des Chaleurs. Le littoral constitue la principale zone habitée de la municipalité¹⁹ et est occupé soit par la route 132, soit par des résidences privées. Sa composition littorale fait en sorte que Maria est particulièrement sensible à l'érosion par les courants (taux de recul maximaux de 0,6 à 0,9 mètre par an) et par les marées (taux de recul moyen de 2,6 mètres pour les grandes marées)²⁰. La majorité de la population de la municipalité habite à moins d'un kilomètre du littoral de la baie des Chaleurs, et bon nombre de résidences sont à risque en matière d'érosion et d'inondation²¹. Un secteur particulièrement à risque est celui de la pointe Verte, près de laquelle les deux affluents de la rivière Verte se déversent²². Quelques citoyens de Maria ont construit divers murets afin de protéger leur propriété de l'érosion²³. Pour ce qui est de la route 132, elle longe le littoral sur 7 kilomètres entre Maria et Caps-de-Maria, municipalité plus à l'ouest : environ la moitié de celle-ci possède un mur de protection depuis les années 70²⁴.

¹⁸ Julia SANTOS SILVA, *Portrait des techniques d'aménagement du littoral utilisées par les riverains de Sainte-Flavie, suite aux grandes marées de 2010*, Rimouski, Alliance de recherche universités-communautés, Université du Québec à Rimouski, 2015.

¹⁹ Michel ROBERT avec la collab. de Sabrina LONGCHAMPS et Julia SANTOS SILVA, *Portrait de la communauté de Maria, Baie-des-Chaleurs, Québec*, Rimouski, Alliance de recherche universités-communautés, Université du Québec à Rimouski, 2012, p. 6.

²⁰ *Id.*, p. 9.

²¹ *Id.*, p. 11.

²² *Id.*, p. 8.

²³ *Id.*, p. 11.

²⁴ *Id.*, p. 12.

Comme Sainte-Flavie, Maria a également été touchée par les grandes marées de 2010. Certains secteurs de la municipalité ont connu des reculs extrêmes de 12 à 15 mètres²⁵, et une trentaine de familles ont dû être évacuées. La route 132, quant à elle, a été fermée entre Maria et Carleton-sur-Mer²⁶. Plusieurs citoyens ont profité de l'aide gouvernementale offerte aux sinistrés des grandes marées et des inondations pour démolir ou déménager leur résidence²⁷. Alors que quelques-uns ont opté pour l'une de ces deux solutions, d'autres ont plutôt fait le choix de rester sur place²⁸.

C) La municipalité de Bonaventure (MRC de Bonaventure)

Bonaventure est une municipalité côtière de la baie des Chaleurs qui regroupe un peu plus de 2 500 habitants : elle est située dans la MRC de Bonaventure dans la région administrative de la Gaspésie-Îles-de-la-Madeleine. Dans son périmètre urbanisé, la côte de Bonaventure est principalement occupée par la route 132, laquelle, dans sa partie limitrophe de la baie des Chaleurs, est enrochée à divers endroits²⁹. Seule la pointe de Beaubassin échappe à l'emprise de la route. Cette pointe se trouve à l'embouchure de la rivière Bonaventure et est principalement occupée par un camping, une plage, un quai et des chalets appartenant au Bioparc de la Gaspésie. En plus de l'enrochement partiel de la route 132, des murets de pierres protègent de l'érosion quelques propriétés privées situées face au littoral³⁰.

²⁵ P. BERNATCHEZ, préc., note 15, 13.

²⁶ AGENCE QMI, « Bas-Saint-Laurent et Gaspésie frappés par la marée », *TVA Nouvelles*, 6 décembre 2010, en ligne : <<https://www.tvanouvelles.ca/2010/12/06/bas-saint-laurent-et-gaspesie-frappes-par-la-maree>>.

²⁷ Antoine RIVARD-DÉZIEL, « Opération déménagement de maisons à Maria », *Graffiti*, 6 juin 2012, en ligne : <<https://graffici.ca/actualite/operation-demenagement-de-maison-a-maria/>>.

²⁸ *Id.*

²⁹ Sabrina LONGCHAMPS avec la collab. avec Michel ROBERT et Julia SANTOS SILVA, *Portrait de la communauté de Bonaventure, Baie des Chaleurs, Québec*, Rimouski, Alliance de recherche universités-communautés, Université du Québec à Rimouski, 2012, p. 14.

³⁰ *Id.*

De façon générale, la baie des Chaleurs est sensible à l'érosion, avec des taux de recul maximaux chaque année de 0,6 à 0,9 mètre des microfalaises sableuses³¹, de 0,17 mètre des falaises rocheuses et de 0,36 mètre des talus naturels³². En raison de sa friabilité élevée, le littoral de Bonaventure est particulièrement fragile aux effets de l'érosion pluviale, des cycles de gel et de dégel ainsi que de l'action des vagues³³. En revanche, une bonne partie du littoral de la municipalité est composée de falaises et de talus variant de 2 à 10 mètres et donc assez élevés pour protéger, du moins en partie et temporairement, la plaine côtière. Le secteur le plus sensible est vraisemblablement celui qui est situé à l'embouchure de la rivière Bonaventure.

En ce qui a trait aux grandes marées de 2010, notons que la ville de Bonaventure a été relativement peu touchée par cet événement³⁴.

D) La ville de Sept-Îles (MRC de Sept-Rivières)

Comptant environ 25 000 habitants, Sept-Îles est une ville de la Côte-Nord située dans la MRC de Sept-Rivières. Son territoire longe une zone côtière composée notamment de plages, de propriétés privées et d'un port en eau profonde. Nombre de ses résidents, entreprises et installations municipales étant à proximité des berges, la municipalité est particulièrement sensible à la problématique de l'érosion côtière.

À Sept-Îles, le taux de recul moyen de la côte a varié de 0,10 à 1,5 mètre pendant la période 1950-2001³⁵. Par contre, dans certains secteurs

³¹ *Id.*, p. 13.

³² LOGIMER, CONSEILLERS EN OCÉANOGRAPHIE, *Étude du littoral de la MRC de Bonaventure*, Étude présentée à la MRC de Bonaventure, 1984.

³³ S. LONGCHAMPS avec la collab. avec M. ROBERT et J. SANTOS SILVA, préc., note 29, p. 15; TABLE DE CONCERTATION DU LITTORAL DE BONAVENTURE, *Plan de gestion intégrée de la zone côtière de Bonaventure*, 2006, p. 23, en ligne : <<https://drive.google.com/file/d/0BwIF2uGBT6xXYTE1eHpLVndNLTA/view>>.

³⁴ S. LONGCHAMPS avec la collab. de M. ROBERT et J. SANTOS SILVA, préc., note 29, p. 15.

entre le port de Sept-Îles et l'embouchure de la rivière Moisie, l'érosion peut progresser annuellement jusqu'à 2 mètres³⁶. Environ le quart de la côte est artificialisé, et ce, généralement par de l'enrochement. C'est le cas principalement du secteur face à la zone urbaine de Sept-Îles et de celui des plages³⁷. En effet, dès 1984 et à plusieurs reprises par la suite, les berges de Sept-Îles ont été enrochées par divers intervenants, ce qui « a entraîné une érosion de la berge adjacente du côté ouest de la partie protégée par enrochement (« effet de bout ») et une quasi-disparition de la plage devant les enrochements³⁸ ». De plus, de nombreuses berges de la ville, comme celles de la rivière Moisie et des plages Monaghan, Ferguson, Routhier et Lévesque, présentent des risques de mouvements de terrain³⁹.

En ce qui a trait aux conséquences des grandes marées de 2010, la route 138 est la principale touchée⁴⁰. Le secteur de Clarke City, situé à environ 30 kilomètres à l'ouest de Sept-Îles, a aussi subi des dommages⁴¹. Dès le début des événements, deux résidences ont dû y être détruites en raison du risque d'effondrement et sept propriétés aux abords du littoral ont reçu l'autorisation de déménager de façon préventive⁴².

³⁵ Abdelhamid BOUDJERDA, *Impact des structures hydrauliques sur l'érosion littorale en Côte-Nord. Étude de cas précis : cas de Sept-Îles*, mémoire de maîtrise, Montréal, Université du Québec à Montréal, 2010, p. 89.

³⁶ *Id.*, p. 4.

³⁷ P. BERNATCHEZ et al., préc., note 9, p. 127.

³⁸ Yann ROPARS, *Érosion des berges : Études techniques et d'opportunité*, rapport technique, Ville de Sept-Îles, 2007, référence : 2432-01-24, p. 1.

³⁹ *Plan d'urbanisme*, Conseil municipal de la Ville de Sept-Îles, règlement n° 2007-102, p. 28, art. 2.9.1.

⁴⁰ AGENCE QMI, « État d'urgence dans l'est du Québec », *TVA Nouvelles*, 7 décembre 2010, en ligne : <<https://www.tvanouvelles.ca/2010/12/07/etat-durgence-dans-lest-du-quebec>>.

⁴¹ TVA NOUVELLES, « Les grandes marées menacent », *TVA Nouvelles*, 6 décembre 2010, en ligne : <<https://www.tvanouvelles.ca/2010/12/06/les-grandes-marees-menacent>>.

⁴² Lise GARIÉPY, « L'estuaire et le golfe du Saint-Laurent durement touchés par les pluies torrentielles et les grandes marées », (2011) 2-1 *Inter-Action Express : Bulletin pour les partenaires en sécurité civile et en sécurité incendie* 13, 13 et 14.

II. La gestion de l'érosion côtière à la suite des grandes marées de 2010

La gestion des impacts associés au recul des côtes relève généralement de l'une ou l'autre des trois stratégies suivantes : alors que la première tente de réduire le risque d'érosion, la deuxième vise l'atténuation des dommages, tandis que la troisième touche l'indemnisation des victimes des dommages. Ces trois stratégies ne s'excluent pas mutuellement : dans nombre de cas, l'indemnisation préventive contribuera à une réduction des risques associés au recul côtier, tout comme les mesures de contrôle de l'utilisation du sol et de protection des berges, ce qui permettra ainsi un moindre recours aux deniers publics à l'occasion de sinistres.

A) La réduction des dommages par des mesures préventives liées à l'utilisation du sol

Les mesures préventives liées à l'utilisation du sol s'inscrivent principalement dans une stratégie d'accommodation des zones à risque. Cette stratégie a pour objectif le maintien de l'occupation dans les territoires à risque en améliorant la résilience des communautés et des infrastructures, notamment par la modification de l'occupation du sol et des méthodes de construction⁴³. Par ailleurs, bien qu'il soit encore peu utilisé proactivement et principalement mis en œuvre au Québec par les mesures publiques d'indemnisation, le retrait stratégique, c'est-à-dire l'éloignement des structures anthropiques de la côte⁴⁴, fait également partie des mesures préventives liées à l'utilisation du sol.

⁴³ Nelson RANGEL-BUITRAGO, Victor N. DE JONGE et William NEAL, « How to Make Integrated Coastal Erosion Management a Reality », (2018) 156 *Ocean Coast. Manag.* 249, 251-253 (PDF).

⁴⁴ Allan WILLIAMS, Nelson Guillermo RANGEL-BUITRAGO, Enzo PRANZINI et Giorgio AUFUSO, « The Management of Coastal Erosion », (2018) 4 *Ocean Coast. Manag.* 3 (PDF).

De façon générale, à l'exception de la *Politique de protection des rives, du littoral et des plaines inondables*⁴⁵, longtemps demeurée le seul instrument normatif d'envergure imposant des mesures préventives minimales relatives à la protection du littoral, les normes qui portent sur le contrôle de l'utilisation du sol près des rives dans les municipalités à l'étude proviennent actuellement de l'interaction entre divers ministères québécois, chapeautés par le ministère de la Sécurité publique.

C'est dans ce contexte que les ministères en question ont élaboré une cartographie des zones à risque en matière d'érosion en collaboration avec des experts universitaires et ont mis au point des normes applicables à celles-ci sous la forme d'un cadre normatif. Par la suite, les MRC doivent insérer ce cadre normatif, avec les cartes qui y sont associées, dans leur schéma d'aménagement et de développement. Une fois ces normes ainsi intégrées, les municipalités adopteront à leur tour ces règles minimales, modifiant leurs règlements d'urbanisme en conséquence, conformément à la *Loi sur l'aménagement et l'urbanisme* (LAU)⁴⁶.

Alors que la région de la Côte-Nord possédait et appliquait depuis 2005 son propre cadre normatif afin d'y contrôler l'utilisation du sol dans les zones exposées à l'érosion littorale, ce n'est qu'à la suite des grandes marées de 2010 qu'un cadre normatif a été élaboré pour les régions du Bas-Saint-Laurent et de la Gaspésie-Îles-de-la-Madeleine. Avant 2010, les municipalités et les MRC de ces deux régions avaient parfois, de leur propre chef, réglementé l'utilisation du sol dans les zones qu'elles jugeaient à risque en matière d'érosion. Or, de l'avis du ministère de la

⁴⁵ *Politique de protection des rives, du littoral et des plaines inondables*, RLRQ, c. Q-2, r. 35, art. 2.1 (ci-après « Politique »).

⁴⁶ La *Loi sur l'aménagement et l'urbanisme*, RLRQ, c. A-19.1, art. 53.14 (ci-après « LAU »), prévoit ce qui suit :

53.14. Le ministre peut, au moyen d'un avis motivé et pour des raisons de sécurité publique, demander des modifications au plan métropolitain ou au schéma en vigueur. L'avis mentionne la nature et l'objet des modifications à apporter.

Les troisième et quatrième alinéas de l'article 53.12 s'appliquent, compte tenu des adaptations nécessaires, à une demande faite conformément au premier alinéa.

Sécurité publique, « certains contenus ne sembl[aient] pas bien adaptés aux phénomènes observés en décembre [2010] et à l'évolution de l'érosion littorale anticipée dans les prochaines années⁴⁷ », d'où l'élaboration par le gouvernement du Québec d'outils sous la forme de cadres normatifs. Ceux-ci visent, en conséquence, les secteurs les plus touchés par les grandes marées de 2010⁴⁸. Si certaines MRC ont alors immédiatement décidé d'inclure le cadre normatif à leur schéma d'aménagement et de développement, d'autres ont plutôt choisi de ne pas procéder ainsi.

1. Le contrôle de l'utilisation du sol dans la région de la Côte-Nord : le cas de la ville de Sept-Îles

En 2000, l'*Entente spécifique interministérielle sur l'érosion côtière de la Côte-Nord* entre le Conseil régional de développement de la Côte-Nord et six ministères québécois a permis d'établir, par l'entremise de cartes de zones à risque en matière d'érosion, un diagnostic de l'état des berges de la région de la Côte-Nord. Ces travaux ont fait ressortir qu'il fallait prévoir une aire additionnelle de prohibition et de restriction d'usages et d'activités sur les territoires présentant des risques d'érosion. En conséquence, la MRC de Sept-Rivières a édicté en 2005 le *Règlement de contrôle intérimaire relatif aux zones de risque d'érosion littorale en bordure du fleuve Saint-Laurent et de l'estuaire de certaines rivières du territoire de la MRC de Sept-Rivières*⁴⁹, applicable dans les secteurs du territoire de la MRC soumis à ces risques, y compris la ville de Sept-Îles⁵⁰.

L'aire d'application du Règlement de contrôle intérimaire est divisée en unités de gestion indiquant chacune une ligne de côte séparant

⁴⁷ MINISTÈRE DE LA SÉCURITÉ PUBLIQUE, *La prise en compte de l'érosion littorale dans l'aménagement du territoire. Application des cartes des types de côtes associés aux microfalaises et du cadre normatif visant le contrôle de l'utilisation du sol. Régions du Bas-Saint-Laurent et de la Gaspésie-Îles-de-la-Madeleine*, document d'information, Gouvernement du Québec, août 2011, p. 1.

⁴⁸ *Id.*

⁴⁹ Conseil de la MRC de Sept-Rivières, règlement n° 02-2005 (ci-après « *Règlement de contrôle intérimaire* »).

⁵⁰ *Id.*, art. 2.

la terre et les eaux ou une ligne de crête jusqu'au littoral. À noter que la ligne de crête n'existe que lorsque « se retrouvent des talus ou autres dénivellations identifiés comme des secteurs également fragiles à l'érosion⁵¹ ». Chaque unité non déclarée inconstructible se voit attribuer une distance variant de 30 à 140 mètres et constituant, à partir de la ligne de côte ou de la ligne de crête, l'aire de protection pour l'unité de gestion en cause⁵².

Après avoir interdit toute nouvelle construction ou modification d'une construction existante dans l'aire de protection réglementaire⁵³, le Règlement de contrôle intérimaire prévoit plusieurs exceptions à ce principe. Ce sont généralement des cas où des travaux peuvent être autorisés avec le dépôt d'expertises techniques⁵⁴. Cette façon de procéder facilite une considération des données *in situ* sans céder aux généralisations provenant de la technique de cartographie aérienne utilisée pour déterminer l'état des zones côtières visées. Les expertises, qu'elles soient géologiques, géotechniques ou hydrauliques⁵⁵, permettent de s'assurer que les interventions envisagées seront protégées contre l'érosion côtière, d'évaluer la stabilité du site et les effets des interventions projetées sur les berges ainsi que d'énumérer les travaux de protection des berges envisageables et leurs répercussions sur le processus d'érosion⁵⁶. Un propriétaire foncier peut donc, s'il dispose des fonds nécessaires, potentiellement tempérer certaines interdictions du Règlement de contrôle intérimaire selon la réalité de son terrain et, ce faisant, maximiser la jouissance de son bien-fonds malgré le phénomène d'érosion des berges.

En ce qui concerne la réglementation de la MRC et la Politique, la largeur de la rive à protéger dans le schéma d'aménagement et de développement de la MRC de Sept-Rivières respecte les prescriptions de

⁵¹ *Id.*, 8^e considérant.

⁵² *Id.*, art. 3.

⁵³ *Id.*, art. 7.1.

⁵⁴ *Id.*, art. 7.3 et 7.11.1.

⁵⁵ *Id.*, art. 8.7.

⁵⁶ *Id.*, art. 8.7.1-8.7.3.

celle-ci : selon la pente, la rive a une largeur minimale de 10 à 15 mètres⁵⁷. De plus, les restrictions minimales quant aux constructions, aux ouvrages ou aux travaux sur la rive et le littoral sont identiques à celles de la Politique⁵⁸. Comme le développement de Sept-Îles doit se faire vers le nord-est, en la direction opposée au fleuve⁵⁹, la pression sur les zones côtières n'est pas accrue par de nouveaux développements dans la municipalité.

Pour sa part, la réglementation de Sept-Îles comporte quelques divergences mineures par rapport à la Politique, applicables sous réserve des dispositions particulières de la MRC ou du gouvernement provincial. La première différence concerne les largeurs minimales des rives. Si ces dernières sont en principe celles de la Politique⁶⁰, la rive a plutôt 25 mètres de profondeur dans deux zones autour du lac des Rapides⁶¹, où Sept-Îles puise son eau potable. Une situation similaire existe aussi dans le secteur des plages⁶². À cet endroit, lorsqu'un terrain comporte les services d'aqueduc et d'égout sanitaire et que la pente de la rive est inférieure à 30 %, la largeur de la rive à protéger varie alors de 5 à 10 mètres en fonction de la distance entre la ligne avant du terrain et la ligne des hautes eaux⁶³. La deuxième différence a trait aux travaux, aux constructions et aux ouvrages permis sur le littoral. En effet, l'article 13.3 (5) du *Règlement de zonage*⁶⁴ permet l'aménagement, à des fins agricoles, de canaux d'amenée ou de dérivation pour les prélèvements d'eau dans les cas où l'aménagement de ces canaux est assujéti à l'obtention d'une

⁵⁷ *Schéma d'aménagement de la MRC de Sept-Rivières*, Conseil de la MRC de Sept-Rivières, en ligne : <http://www.septrivieres.qc.ca/data/66-septrivieres/ressources/documents/sys_docs/Schema88__vb__dernier.pdf>, point 12.3.3.1.

⁵⁸ *Id.*, points 12.3.3.3 et 12.3.3.4.

⁵⁹ *Id.*, point 6.5.

⁶⁰ *Règlement concernant la gestion des règlements d'urbanisme*, Conseil de la Ville de Sept-Îles, règlement n° 2007-105, art. 1.6.1.225.

⁶¹ *Id.*, art. 1.6.1.225. Sont ici visées les zones 405 — REC et 408-I : voir le Plan de zonage n. 2700 du *Règlement de zonage*, Conseil de la Ville de Sept-Îles, règlement n° 2007-103.

⁶² Plan d'urbanisme, préc., note 39, art. 13.1.

⁶³ *Id.*

⁶⁴ *Règlement de zonage*, préc., note 61.

autorisation en vertu de la *Loi sur la qualité de l'environnement*⁶⁵ lorsque leur réalisation n'est pas incompatible avec les dispositions sur les plaines inondables. Il en est de même du schéma d'aménagement et de développement durable de la MRC⁶⁶. Cette exception, provenant de l'article 3.3 de la Politique, a été abrogée par décret en 2014 sans modification corrélative de la réglementation municipale⁶⁷. La troisième différence porte sur les travaux, les ouvrages et les constructions dans la zone de grand courant d'une plaine inondable. Bien qu'en principe soient interdits tous les ouvrages, les constructions et les travaux dans une telle zone en vertu de l'article 4.2 de la Politique, le *Règlement de zonage*⁶⁸ prévoit une exception supplémentaire applicable aux demandes de dérogation : l'agrandissement d'ouvrages destinés à la construction navale et aux activités maritimes portuaires⁶⁹.

Enfin, les grandes marées de 2010 n'ont pas eu d'impacts significatifs sur le cadre légal applicable à la ville de Sept-Îles ou encore à la MRC de Sept-Rivières.

2. Le cadre normatif de 2011 visant le contrôle de l'utilisation du sol dans les régions du Bas-Saint-Laurent et de la Gaspésie-Îles-de-la-Madeleine

En 2011, les MRC des régions du Bas-Saint-Laurent et de la Gaspésie-Îles-de-la-Madeleine ont reçu une cartographie des types de côtes de leur territoire, réalisée par le ministère de la Sécurité publique à partir d'une caractérisation des côtes par l'Université du Québec à Rimouski⁷⁰, accompagnée d'un cadre normatif devant permettre de

⁶⁵ *Loi sur la qualité de l'environnement*, RLRQ, c. Q-2.

⁶⁶ *Schéma d'aménagement de la MRC de Sept-Rivières*, préc., note 57, art. 12.3.3.4.

⁶⁷ En effet, l'exception de l'article 13.3e) de la Politique a été abrogée par décret en 2014. Voir, à cet effet, le *Décret 702-2014*, (2014) 31 D. 702-2014, G.O. II, 2767.

⁶⁸ Conseil de la Ville de Sept-Îles, préc., note 60.

⁶⁹ *Id.*, art. 13.4 al. 2, par. 9.

⁷⁰ MINISTÈRE DE LA SÉCURITÉ PUBLIQUE, préc., note 47, p. 7.

contrôler l'utilisation du sol dans les zones exposées à l'érosion littorale⁷¹. Ces MRC ont alors été invitées par le ministère de la Sécurité publique à inclure ces nouvelles normes dans leur schéma d'aménagement et de développement. Pour diverses raisons, les instances municipales n'ont pas toutes adopté le cadre normatif proposé. Plutôt, l'intégration des cadres normatifs s'est révélée un processus graduel progressant au gré de l'utilisation par le ministre des Affaires municipales, des Régions et de l'Occupation du territoire de l'article 53.14 de la LAU.

Le cadre normatif de 2011 régit cinq types d'intervention risquant d'aggraver l'érosion côtière⁷² :

- 1) la construction de bâtiments principaux ainsi que leur agrandissement, leur reconstruction et leur relocalisation;
- 2) la construction de bâtiments de même que les constructions accessoires et leur agrandissement;
- 3) l'implantation d'infrastructures, d'ouvrages et d'équipements fixes;
- 4) les ouvrages d'épuration et d'évacuation des eaux usées;
- 5) les mesures de protection contre l'érosion littorale (tableau 1)⁷³.

En principe, toute intervention est interdite dans une bande de protection, mesurée à partir du trait de côte⁷⁴, dont la largeur varie en fonction du type de côtes associées aux microfalaises et sujettes à l'érosion littorale.

⁷¹ *Id.*, p. 10.

⁷² *Id.*

⁷³ *Id.*

⁷⁴ *Id.*, p. 13.

Tableau 1 Largeur minimale de la bande de protection selon le type de côtes (MSP, 2011)

Types de côtes	Bande de protection
Terrasse de plage	30 mètres
Dune	Ensemble de la surface de la zone dunaire + 20 mètres supplémentaires vers l'intérieur des terres ou 70 mètres
Marais	25 mètres au-dessus de la limite supérieure du marais
Flèche	Ensemble de la surface de la flèche délimité par le trait de côte

Certaines interventions sont néanmoins permises à l'intérieur de la bande de protection si elles n'empiètent pas sur une marge de précaution de 15 mètres à partir du trait de côte. L'imposition d'une marge de précaution minimale permet d'éviter que l'intervention constitue un facteur aggravant de l'érosion côtière. Alors que la bande de protection assure une pérennité d'un demi-siècle, il n'en est pas de même de la marge de précaution⁷⁵, car cette dernière, située plus près de la côte, n'équivaut pas, contrairement à la marge minimale de la bande de protection, aux taux de recul moyens mesurés pour un type de côtes par région pendant une période de 50 ans additionnés au recul maximal observé⁷⁶.

Les mesures préventives liées à l'utilisation du sol du cadre normatif de 2011 sont reproduites au tableau 2. Outre qu'elles sont davantage restrictives « lorsqu'il s'agit d'interventions où la sécurité des personnes peut être menacée ou lorsque des inconvénients considérables peuvent découler de l'endommagement ou de la perte d'un bien essentiel⁷⁷ », ces mesures ont été élaborées, de façon générale, en tant

⁷⁵ *Id.*, p. 11.

⁷⁶ *Id.*, p. 9.

⁷⁷ *Id.*, p. 11.

compte de la vulnérabilité de l'intervention et de ses effets sur l'érosion. Toutes les interventions, sauf les mesures de protection contre l'érosion littorale, peuvent être permises si le requérant produit une expertise géologique appropriée d'un géologue ou d'un ingénieur⁷⁸. En l'absence d'une telle expertise, une intervention prohibée pourra être permise si des mesures de protection contre l'érosion littorale sont réalisées sous la responsabilité d'une autorité publique à la suite d'une expertise hydraulique, le cadre normatif considérant alors que l'application d'une bande de protection n'est pas justifiée⁷⁹.

Tableau 2 Mesures préventives reliées à l'utilisation du sol du cadre normatif de 2011 (MSP, 2011)

Type d'intervention projetée	Règle applicable dans la bande de protection établie en fonction du type de côte	Exceptions non visées par le cadre normatif
Bâtiment principal, dont les maisons mobiles et les bâtiments agricoles (construction, reconstruction, relocalisation et agrandissement)	Interdit	La construction ou l'agrandissement d'un bâtiment nécessaire à l'exercice d'un usage à caractère public ou récréotouristique est permis. Celui-ci doit être implanté au-delà d'une marge de précaution d'une largeur de 15 mètres mesurée à partir de la ligne de côte et ne comporter aucune fondation permanente de manière à pouvoir être facilement déplaçable.

⁷⁸ *Id.*

⁷⁹ *Id.*

Infrastructure, ouvrage (sauf ouvrage de protection) ou équipement fixe (implantation)	Interdit	L'implantation de réseaux électriques; L'implantation des infrastructures ne nécessitant aucun remblai, ni déblai, ou excavation (ex. : les conduites en surface du sol); Le raccordement individuel à une infrastructure existante; L'implantation d'une infrastructure pour des raisons de salubrité publique; L'entretien et la réparation d'une infrastructure, d'un ouvrage et d'un équipement existants.
Bâtiment accessoire ou construction accessoire (construction ou agrandissement) Ouvrage d'épuration et d'évacuation des eaux usées (construction) Remblai, déblai, excavation	Interdit dans une marge de précaution d'une largeur de 15 mètres mesurée à partir de la ligne de côte	Les cabanons et les remises et les cabanons d'une superficie de moins de 15 mètres carrés ne nécessitant aucun remblai, ni déblai, ou excavation, ni fondation.

3. L'application et les suites du cadre normatif de 2011

Il importe de noter que les instances municipales n'ont pas toutes adopté spontanément le cadre normatif proposé. Nous verrons ci-dessous les parcours différents suivis par les municipalités de Sainte-Flavie, de Maria et de Bonaventure.

a) Le cas de Sainte-Flavie

Dans le cas de Sainte-Flavie, l'intégration du cadre normatif de 2011 à la réglementation municipale faisait suite à l'adoption en 2011 d'un règlement de contrôle intérimaire par la MRC de La Mitis visant l'inclusion de ce cadre à son schéma d'aménagement et de développement⁸⁰.

En ce qui a trait à la Politique, les règlements de la municipalité de Sainte-Flavie y sont identiques presque en tout point. La zone de protection riveraine est donc de 10 ou de 15 mètres selon le degré de la pente. Les quelques points divergents sont de peu d'importance. Par exemple, l'article 14.3 (4) du règlement de zonage, lequel correspond à l'article 3.2 (d) de la Politique, limite à une superficie de 15 mètres carrés ou moins la construction d'un bâtiment accessoire, alors que la Politique ne fait aucune référence à une superficie pour un tel bâtiment. De plus, l'article 14.4 (6) prévoit que l'empiètement sur le littoral doit cesser une fois les travaux dans la rive terminés, mais l'article 3.3(f) de la Politique ne précise pas un tel élément.

En 2018, conformément à une demande du gouvernement du Québec en vertu de l'article 53.14 de la LAU, la MRC de La Mitis a modifié son schéma d'aménagement et de développement afin d'y inclure un cadre normatif produit en 2017⁸¹. Ce dernier indique sur le territoire de la MRC une seule zone de contraintes relative à l'érosion côtière⁸², laquelle est composée de dépôts meubles avec un talus d'une hauteur approximative de moins de 5 mètres et susceptibles de subir des reculs en raison de l'érosion⁸³. À l'exception des travaux de cartographie, ce cadre

⁸⁰ *Règlement de contrôle intérimaire relatif aux zones à risque d'érosion et de submersion*, Conseil de la MRC de La Mitis, règlement n° 262-2011.

⁸¹ *Règlement modifiant le schéma d'aménagement et de développement au sujet de l'érosion côtière*, Conseil de la MRC de La Mitis, règlement n° 310-2017.

⁸² MINISTÈRE DE LA SÉCURITÉ PUBLIQUE, *Guide d'utilisation des cartes de contraintes et du cadre normatif visant le contrôle de l'utilisation du sol : Municipalité régionale de comté de La Mitis*, Québec, octobre 2017, p. 10.

⁸³ *Id.*

normatif est analogue à celui qui a été produit en 2016 pour la MRC d'Avignon. La municipalité de Sainte-Flavie a modifié sa réglementation en conséquence en 2018.

Parmi les faits notables du cadre normatif de 2017, la largeur de la bande de protection correspond dorénavant au taux de recul du scénario le plus probable à l'horizon 2060 additionné du recul maximal atteint à l'occasion d'un événement ou à la bande de protection en érosion côtière pour 2060, la bande la plus sévère étant utilisée arrondie à 5 mètres près⁸⁴. De même, le cadre normatif de 2017 prévoit neuf types d'intervention, et non cinq, dont la réalisation dans une zone de contraintes nécessite la délivrance d'un permis :

- 1) la construction de bâtiments principaux ainsi que leur agrandissement, leur déplacement et leur reconstruction;
- 2) la construction de bâtiments accessoires et de constructions accessoires;
- 3) la construction de bâtiments agricoles et d'ouvrages agricoles;
- 4) l'implantation, la réfection ou la reconstruction d'infrastructures;
- 5) les travaux de remblai, de déblai, d'excavation, de stabilisation de talus et de protection des berges, ces derniers visant la réduction du risque d'érosion côtière;
- 6) les usages sensibles ou à des fins de sécurité publique;
- 7) les usages récréatifs intensifs extérieurs;
- 8) l'abattage d'arbres;
- 9) le lotissement (subdivision de lots) destiné à recevoir un bâtiment ou un usage dans une zone⁸⁵.

Le tableau 3 présente certaines normes applicables, pour les usages d'habitation unifamiliale, bifamiliale et trifamiliale, à un bâtiment principal situé dans une zone de contraintes. D'autres normes du schéma

⁸⁴ *Id.*

⁸⁵ *Id.*, p. 13.

d'aménagement et de développement peuvent aussi trouver application, comme celles qui sont relatives aux zones à risque en matière d'inondation et de mouvements de sol ou encore les mesures de protection des rives et du littoral, les normes les plus restrictives ayant préséance⁸⁶.

Tableau 3 Sélection de normes applicables aux terrains des usages d'habitation unifamiliale, bifamiliale et trifamiliale (bâtiment principal) (SAD de la MRC de La Mitis, 2011)

Intervention projetée	Règle applicable dans la zone de contraintes	Expertise permettant de lever l'interdiction
Construction Reconstruction à la suite d'un événement lié à l'érosion ou à la submersion côtière Agrandissement équivalent ou supérieur à 50 % de la superficie au sol Déplacement sur le même lot pour s'approcher de la ligne de côte Reconstruction sur de nouvelles fondations à la suite d'un incendie ou de la manifestation d'un aléa autre que l'érosion ou la submersion côtières Agrandissement inférieur à 50 % de la superficie au sol et qui s'approche de la ligne de côte	Interdit	Expertise hydraulique

⁸⁶ *Schéma d'aménagement et de développement de la MRC de La Mitis*, Conseil de la MRC de La Mitis, 2011, c. 18, document complémentaire, p. 83.

Agrandissement inférieur à 50 % de la superficie au sol et qui ne s'approche pas de la ligne de côte Agrandissement par l'ajout d'un étage ou d'un demi-étage supérieur au rez-de-chaussée	Interdit	Expertise hydraulique
---	----------	-----------------------

b) Le cas de Maria

À la suite des grandes marées de 2010, la MRC d'Avignon n'a pas appliqué le cadre normatif de 2011⁸⁷. Cette décision s'expliquerait par le fait que celui-ci ne vaudrait que pour une partie restreinte de son territoire. En effet, les normes produites en 2011 par le ministère de la Sécurité publique ne s'intéressent principalement qu'à la protection des types de côtes associés aux microfalaises, les falaises meubles et rocheuses n'étant pas visées⁸⁸. Or, une partie conséquente de la côte de la MRC est constituée de falaises supérieures à 5 mètres. En conséquence, Maria n'a pas non plus modifié sa réglementation pour y inclure ce cadre normatif.

⁸⁷ *Règlement n° 435-07 modifiant le règlement de zonage 278-89 pour l'intégration de la Politique de protection des rives, du littoral et des plaines inondables et le respect des modifications du schéma d'aménagement de la MRC d'Avignon en matière semblable*, Conseil de la Municipalité de Maria, règlement n° 435-07; *Règlement numéro 2006-001 modifiant le schéma d'aménagement de la MRC d'Avignon*, Conseil de la MRC d'Avignon, règlement n° 2006-001.

⁸⁸ Selon le ministère de la Sécurité publique, les falaises meubles et rocheuses étant « exposées à divers types de mouvements de terrains, elles nécessitent une analyse plus approfondie pour pouvoir en tenir compte plus adéquatement dans l'aménagement du territoire » : Guy LAROCHE, lettre adressée à M. Bertin Denis, préfet de la MRC des Basques, Ministère de la Sécurité publique, 29 août 2011, en ligne : <http://update.notredamedesneiges.qc.ca/wp-content/uploads/2016/11/Lettre_de_la_securite_publique.pdf>.

Plutôt, malgré l'existence d'un cadre normatif produit en 2013 rappelant que ce sont les dommages causés par les grandes marées de 2010 qui ont mis en lumière « l'importance de régir le développement dans les zones exposées à l'érosion côtière⁸⁹ », ce n'est qu'en 2016 que la MRC d'Avignon a modifié son schéma d'aménagement et de développement afin d'y inclure intégralement un cadre normatif produit en 2016⁹⁰ et analogue à celui qui a été produit la même année pour la MRC de Bonaventure. L'intégration du cadre normatif de 2016 par la MRC d'Avignon a eu lieu à la suite d'une demande en ce sens auprès de la MRC en vertu de l'article 53.14 de la LAU⁹¹. Maria a modifié en 2017 son règlement de zonage en conséquence⁹².

⁸⁹ MINISTÈRE DE LA SÉCURITÉ PUBLIQUE, *La prise en compte de l'érosion littorale dans l'aménagement du territoire : Régions du Bas-Saint-Laurent et de la Gaspésie-Îles-de-la-Madeleine*, Québec, Gouvernement du Québec, novembre 2013, p. 2.

⁹⁰ *Règlement numéro 2016-006 modifiant le schéma d'aménagement et de développement de la MRC d'Avignon relativement au cadre normatif pour le contrôle de l'utilisation du sol dans les zones de contraintes relatives à l'érosion côtière et aux mouvements de terrain le long de l'estuaire du golfe du Saint-Laurent*, Conseil de la MRC d'Avignon, règlement n° 2016-006. Voir : MINISTÈRE DE LA SÉCURITÉ PUBLIQUE, *Cadre normatif pour le contrôle de l'utilisation du sol dans les zones de contraintes relatives à l'érosion côtière et aux mouvements de terrain le long de l'estuaire et du golfe du Saint-Laurent : MRC d'Avignon*, Gouvernement du Québec, juin 2016; MINISTÈRE DE LA SÉCURITÉ PUBLIQUE, *Guide d'utilisation des cartes de zones de contraintes et du cadre normatif visant le contrôle de l'utilisation du sol : MRC d'Avignon*, Gouvernement du Québec, octobre 2016.

⁹¹ *Résolution numéro CM-2016-11-23-173 concernant le règlement numéro 2016-006 modifiant le schéma d'aménagement et de développement de la MRC d'Avignon relativement au cadre normatif pour le contrôle de l'utilisation du sol dans les zones de contraintes relatives à l'érosion côtière et aux mouvements de terrain le long de l'estuaire du golfe du Saint-Laurent*, Conseil de la MRC d'Avignon, résolution n° CM-2016-11-23-173.

⁹² *Règlement numéro 522-17 modifiant le règlement de zonage n° 278-89 pour l'intégration du nouveau cadre normatif visant le contrôle de l'utilisation du sol dans les zones de contraintes relatives à l'érosion côtière et aux mouvements de terrain le long de l'estuaire du golfe du St-Laurent*, Conseil de la Municipalité de Maria, règlement n° 522-17.

Le calcul de la largeur de la bande de protection dans le cadre normatif de 2016 applicable à la MRC d'Avignon se fait de la même façon que dans le cadre normatif de 2017 applicable à la MRC de La Mitis⁹³. De même, le cadre normatif de 2016 prévoit, comme celui de 2017, neuf types d'intervention dont la réalisation envisagée dans une zone de contraintes nécessite la délivrance d'un permis⁹⁴. Les règles applicables à chacune de ces interventions sont précisées pour chacune des six catégories de zones de contraintes indiquées sur les cartes, dont trois font référence expressément à l'érosion⁹⁵.

À titre indicatif, le tableau 4 regroupe certaines normes applicables, selon le cadre normatif de 2016, à un bâtiment principal d'usage résidentiel unifamilial, bifamilial et trifamilial dans les zones de contraintes relatives à l'érosion côtière.

Tableau 4 Sélection de normes applicables à un bâtiment principal d'usage résidentiel de faible à moyenne densité dans les zones de contrainte relatives à l'érosion côtière selon le cadre normatif de 2016 (MSP, 2016)

Intervention projetée	Règle applicable dans la zone de contraintes	Expertise permettant de lever l'interdiction
Construction Reconstruction à la suite d'un événement lié à l'érosion et la submersion côtière, à un effondrement rocheux et à un glissement de terrain	Interdit	Expertise hydraulique

⁹³ MINISTÈRE DE LA SÉCURITÉ PUBLIQUE, *Guide d'utilisation des cartes de contraintes et du cadre normatif visant le contrôle de l'utilisation du sol : Municipalité régionale de comté d'Avignon*, préc., note 90, p. 18.

⁹⁴ *Id.*, p. 25.

⁹⁵ *Id.*, p. 20-21.

Reconstruction sur les mêmes fondations à la suite d'un incendie ou de la manifestation d'un aléa autre que l'érosion ou de la submersion côtière, d'un effondrement rocheux, d'un glissement de terrain ou de quelque autre cause	Aucune norme	Aucune expertise
Agrandissement équivalent ou supérieur à 50 % de la superficie au sol Déplacement sur le même lot pour s'approcher de la ligne de côte, de la falaise ou du talus Reconstruction sur de nouvelles fondations à la suite d'un incendie ou de la manifestation d'un aléa autre que l'érosion ou la submersion côtière, d'un effondrement rocheux, d'un glissement de terrain ou de quelque autre cause	Interdit	Expertise hydraulique
Déplacement sur le même lot sans s'approcher de la ligne de côte, de la falaise ou du talus	Aucune norme	Aucune expertise

c) Le cas de Bonaventure

À la suite des grandes marées de 2010, ni la ville de Bonaventure ni la MRC de Bonaventure n'ont jugé nécessaire d'intégrer le cadre normatif de 2011 à leur réglementation, chacune disposant de normes

élaborées sur la base d'une étude réalisée pour la MRC en 1984⁹⁶, laquelle avait permis de constater un taux de recul moyen de la côte de 0,17 mètre par an pour les falaises rocheuses et de 0,36 mètre pour les talus naturels.

Conformément à l'étude produite en 1984, le calcul de la bande de protection est basé sur le taux de recul moyen de la côte sur un horizon de 50 ans additionné d'un facteur de sécurité⁹⁷. Ainsi, la réglementation municipale prévoit que la bande de protection est d'une largeur de 10 mètres pour une falaise et de 20 mètres pour un talus⁹⁸. Dans tous les cas, elle se mesure horizontalement à partir du haut de la falaise ou du talus. Dans la bande de protection sont prohibés tous les ouvrages, les constructions et les travaux, à l'exception d'un sentier, d'une clôture et d'un escalier de bois⁹⁹. Y sont aussi interdits tous les usages, sauf des usages agricoles qui ne requièrent aucune autre construction qu'une clôture¹⁰⁰. Dans le talus ou la falaise ne sont pas permis tous les ouvrages, les constructions et les travaux, à l'exclusion d'un sentier, d'une clôture et d'un escalier de bois¹⁰¹. La construction d'un bâtiment ou d'un ouvrage est cependant possible à certaines conditions, notamment par la production d'une étude géotechnique du projet par un ingénieur. Dans le cas de la construction d'un bâtiment, cette étude doit certifier que le terrain ne présente pas de risque d'érosion, de décrochement, de glissement de terrain et de ravinement et que la construction souhaitée est possible sans travaux ou qu'elle peut être implantée pourvu que des travaux de protection soient réalisés. Dans ce dernier cas, des plans et des devis techniques doivent être soumis pour indiquer les mesures de protection

⁹⁶ LOGIMER, CONSEILLERS EN OCÉANOGRAPHIE, préc., note 32.

⁹⁷ *Id.*

⁹⁸ *Schéma d'aménagement et de développement durable révisé de la MRC de Bonaventure*, Conseil de la MRC de Bonaventure, 2008, art. 2.6.1.1; *Règlement de zonage numéro 2006-543*, Conseil de la Ville de Bonaventure, règlement n° 2006-543, art. 306. Selon ce dernier règlement, art. 303 al. 2, « une falaise est un abrupt rocheux qui délimite le contact entre la terre et la mer, tandis qu'un talus est un abrupt formé de matériaux meubles non consolidés comme l'argile, le sable et les graviers ».

⁹⁹ *Règlement de zonage numéro 2006-543*, préc., note 98, art. 306 al. 4.

¹⁰⁰ *Id.*, art. 306.

¹⁰¹ *Id.*, art. 304.

requis. Les travaux prévus doivent être exécutés sous la surveillance d'un ingénieur, et ce dernier doit remettre à la fin des travaux au fonctionnaire désigné de la municipalité un rapport signé approuvant les travaux effectués¹⁰².

Au moment des grandes marées de 2010, en ce qui concerne les rives de la baie des Chaleurs, la municipalité de Bonaventure bénéficie de règles plus sévères que celles de la Politique. Selon le règlement de zonage de la ville, la rive de la baie des Chaleurs a une largeur de 20 mètres à partir de la ligne des plus hautes marées, peu importe l'inclinaison de la pente. Dans cette bande de protection de 20 mètres sont en principe interdits toutes les constructions, tous les ouvrages et tous les travaux, à l'exception de ceux qui se révèlent nécessaires à l'entretien, à l'amélioration ou à la protection des structures existantes, y compris un remblai ou un déblai nécessaire à ces fins. Sont permis les ouvrages non permanents qui n'entravent pas la libre circulation des eaux comme une table de pique-nique. Toutefois, les ouvrages autorisés doivent être réalisés en dehors des périodes de montaison du saumon et des périodes de frai de toute autre espèce de poisson. Ces constructions et ces ouvrages doivent eux aussi permettre la libre circulation de l'eau et respecter les conditions du milieu, notamment en prévoyant la réfection des sites perturbés par les ouvrages¹⁰³. Le règlement de zonage reprend la Politique avec quelques adaptations logiques. Par exemple, alors que cette dernière autorise l'aménagement, à des fins agricoles, de canaux d'amenée ou de dérivation pour les prélèvements d'eau, ce type de travaux ne bénéficie pas d'une exception dans la rive de la baie des Chaleurs à Bonaventure, vraisemblablement en raison de la salinité de l'eau. Il en est de même pour les travaux de nettoyage et d'entretien dans les cours d'eau effectués par une autorité municipale. Le règlement de zonage ajoute cependant une interdiction : « aucun remblai et aucun déblai ne sont autorisés sur le

¹⁰² *Schéma d'aménagement et de développement durable révisé de la MRC de Bonaventure*, préc., note 98, art. 8.1.7.

¹⁰³ *Règlement de zonage numéro 2006-543*, préc., note 98, art. 295.

littoral et dans les barachois, ni sur les autres éléments qui composent le littoral comme les pointes de sable et les plages¹⁰⁴ ».

Ce n'est qu'en 2016 que le ministère de la Sécurité publique a produit un cadre normatif et sa cartographie pour le territoire de la MRC de Bonaventure. Conformément à une demande effectuée auprès de la MRC en vertu de la LAU¹⁰⁵, en plus des normes découlant de la Politique, le cadre normatif de 2016 est intégré, en 2017, au schéma d'aménagement et de développement de la MRC de Bonaventure¹⁰⁶. De ce fait, les dispositions de ce cadre normatif doivent être appliquées par chacune des municipalités limitrophes de la baie des Chaleurs¹⁰⁷, dont la ville de Bonaventure qui a modifié son règlement de zonage en conséquence en 2018¹⁰⁸. Ce cadre normatif étant essentiellement le même que celui qui a été produit en 2016 pour la MRC d'Avignon, les normes mentionnées dans le tableau 4 s'appliquent aussi à la municipalité de Bonaventure.

B) La réduction du risque d'érosion côtière par la protection des berges

La réduction du risque d'érosion côtière par la protection des berges est une stratégie défensive consistant soit au maintien en place du littoral, soit à son avancement à l'encontre de la mer de façon à accroître la surface des terres par l'utilisation de méthodes d'ingénierie, la plupart coûteuses et souvent temporaires¹⁰⁹.

¹⁰⁴ *Id.*, art. 296 al. 2.

¹⁰⁵ *Règlement numéro R2018-709 modifiant le règlement numéro 2006-543 « règlement de zonage » de la ville de Bonaventure — adoption du cadre normatif sur l'érosion côtière*, Conseil de Ville de Bonaventure, règlement n° R2018-709.

¹⁰⁶ *Schéma d'aménagement et de développement durable révisé de la MRC de Bonaventure*, Conseil de la MRC de Bonaventure, 2008, à jour en janvier 2019 (règlement n° 2018-06), art. 6.1 et annexe 8.

¹⁰⁷ *Id.*, art. 8.1.7.

¹⁰⁸ *Règlement numéro R2018-709 modifiant le règlement numéro 2006-543 « règlement de zonage » de la ville de Bonaventure — adoption du cadre normatif sur l'érosion côtière*, préc., note 105.

¹⁰⁹ Allan WILLIAMS et al., préc., note 44, 3 (PDF).

En ce qui concerne la préservation des berges de Sept-Îles, l'article 7.11 du *Règlement de contrôle intérimaire* autorise la stabilisation des berges par une recharge en sable et l'entretien des ouvrages de protection ou de stabilisation des berges existants. Si l'article 8.1 prohibe tous les travaux non liés aux usages et aux constructions que le Règlement de contrôle intérimaire autorise, sont néanmoins permis les semis ou la plantation d'espèces végétales, d'arbres ou d'arbustes et les travaux en vue d'établir un couvert végétal permanent et durable ainsi que certains travaux relatifs à l'aménagement forestier, à la végétation et à l'agriculture, lorsqu'ils ne sont pas réalisés dans un talus, à la base de celui-ci ou à 10 mètres et moins de sa crête¹¹⁰. Dans un talus ou à la base d'un talus sont interdits tous les travaux de déblai¹¹¹. De même, dans un talus et à la base d'un talus, et ce, jusqu'au littoral, sont prohibés tous les travaux de remblai non autrement expressément autorisés par le Règlement de contrôle intérimaire, comme la recharge en sable¹¹². Le recours au remblai est néanmoins autorisé, lorsqu'il est réalisé à une distance minimale équivalente à la hauteur du talus, jusqu'à concurrence d'une distance maximale de 40 mètres, dans les unités de gestion dans lesquelles des risques de glissement de terrain ont été identifiés en plus des risques d'érosion littorale¹¹³. Dans tous les cas, les prohibitions relatives aux travaux de remblai, de dégagement du couvert végétal ou d'installation septique peuvent être levées avec le dépôt d'une expertise géotechnique¹¹⁴. Également, malgré les dispositions du Règlement de contrôle intérimaire, les travaux de stabilisation d'un talus ou les ouvrages de protection des berges en bordure du littoral ayant pour but de protéger les infrastructures publiques d'un risque de sinistre sont permis dans la mesure où ils sont exécutés par une autorité publique qui s'engage à en devenir propriétaire et à en assurer la pérennité par un entretien régulier. De plus, une expertise géotechnique et hydraulique préalable recom-

¹¹⁰ *Règlement de contrôle intérimaire*, préc., note 49, art. 8.1.

¹¹¹ *Id.*, art. 8.2.

¹¹² *Id.*, art. 8.3 al. 1.

¹¹³ *Id.*, art. 8.3 al. 2 et art. 4 « Mouvement de terrain ».

¹¹⁴ *Id.*, art. 8.4.

mandant de tels travaux et un rapport final doivent être déposés à la MRC et aux autres autorités concernées¹¹⁵.

Le *Règlement de contrôle intérimaire* est susceptible d'être complété par toutes autres normes municipales par ailleurs applicables¹¹⁶. À cet égard, dans les zones de contraintes sujettes aux mouvements de terrain, comme certaines plages et les berges de rivières désignées dans le plan de zonage, des restrictions à la modification du couvert végétal ainsi qu'au déboisement existant, sont prévues par le *Règlement de zonage*¹¹⁷ de Sept-Îles, tandis que certains travaux et ouvrages sont prohibés¹¹⁸. Sauf dans le contexte d'une exploitation forestière, le *Règlement de zonage*¹¹⁹ contrôle explicitement l'abattage des arbres dans une zone ou un secteur exposé ou à risque de mouvements de terrain ou comportant un talus de plus de 10 mètres de hauteur¹²⁰. Lorsque des travaux de déboisement sont effectués dans un secteur exposé aux mouvements de terrain ou à l'érosion, le reboisement est obligatoire. Seulement des espèces viables dans le milieu récepteur peuvent être plantées et les arbres doivent avoir une hauteur minimale de 2,5 mètres à leur plantation¹²¹. Tout arbre abattu en contravention au *Règlement de zonage*¹²² doit également être remplacé par un autre d'une hauteur minimale de 2,5 mètres¹²³.

En ce qui concerne le cadre normatif produit en 2011 et intégré à la réglementation municipale de Sainte-Flavie, les mesures de protection contre l'érosion littorale font partie des cinq types d'intervention visés¹²⁴. Si les mesures de protection contre l'érosion littorale, c'est-à-dire les

¹¹⁵ *Id.*, art. 8.6.

¹¹⁶ *Id.*, art. 7.13 et 8.5.

¹¹⁷ *Id.*

¹¹⁸ *Id.*, art. 24.1-24.3.

¹¹⁹ *Règlement de zonage*, préc., note 61.

¹²⁰ *Id.*, art. 10.2.3. Voir l'exception prévue dans cet article : « L'abattage d'arbres dans le cadre d'une exploitation forestière et à proximité d'un cours d'eau ou d'un lac est régi distinctement au présent règlement. »

¹²¹ *Id.*, art. 10.2.4 et 10.2.5.

¹²² *Id.*

¹²³ *Id.*, art. 10.2.5.

¹²⁴ MINISTÈRE DE LA SÉCURITÉ PUBLIQUE, préc., note 82, p. 10.

ouvrages de protection, tels que les enrochements, les épis, les brise-lames et la recharge en sable, sont en principe interdits dans la bande de protection, certaines exceptions sont prévues¹²⁵. Ce sont en fait des mesures de protection recommandées par le gouvernement à la suite d'un sinistre ou en présence d'un risque imminent, de l'entretien et de la réparation des ouvrages de protection existants légalement érigés de même que des travaux de revégétalisation des berges¹²⁶. Outre ces exceptions, les mesures de protection contre l'érosion littorale sont autorisées lorsque deux conditions cumulatives sont satisfaites. D'abord, une expertise hydraulique doit avoir été produite par un ingénieur : celui-ci doit préciser, entre autres, les types de travaux de protection des berges qui permettraient d'enrayer l'érosion du site visé sans avoir d'effets négatifs sur les secteurs adjacents aux ouvrages. Ensuite, les travaux doivent être exécutés sous la responsabilité d'une autorité publique, pour « éviter les travaux de protection réalisés ponctuellement sur un terrain, lesquels peuvent avoir des impacts négatifs comme l'érosion accélérée des terrains adjacents¹²⁷ ». Le cadre normatif de 2011 interdit également, dans une marge de précaution d'une largeur de 15 mètres mesurée à partir de la ligne de côte, les opérations de remblai, de déblai et d'excavation¹²⁸. Cette interdiction peut être levée par la production d'une expertise géologique ou encore à la condition que soient mises en place des mesures de protection contre l'érosion littorale, puisqu'en ce cas le cadre normatif considère que l'application d'une bande de protection n'est pas justifiée¹²⁹.

À Sainte-Flavie, la réglementation municipale de 2011 oblige les propriétaires à réaliser les travaux de stabilisation des rives conformément à une expertise hydraulique. Aucun travail de protection ou de stabilisation des berges ou de talus ne peut en principe avoir lieu, à moins d'avoir été l'objet d'une telle expertise¹³⁰. Fait notamment exception à ce

¹²⁵ *Id.*, p. 1.

¹²⁶ *Id.*

¹²⁷ *Id.*, p. 12.

¹²⁸ *Id.*, p. 1.

¹²⁹ *Id.*, p. 11.

¹³⁰ *Règlement de zonage de Sainte-Flavie*, Conseil de la Municipalité de Sainte-Flavie, règlement n° 2011-08, art. 14.20; *Règlement de contrôle intérimaire*

principe la réparation d'un ouvrage de stabilisation ou de protection existant lorsque les travaux sont effectués conformément au certificat d'autorisation originellement délivré, aux normes de confection déterminées préalablement par la municipalité ou à un avis technique d'un membre d'un ordre professionnel compétent en la matière ainsi qu'à un plan d'arpentage, avant et après les travaux. Dans tous les cas, les travaux de réparation d'un tel ouvrage ne doivent pas empiéter sur le littoral du fleuve¹³¹.

À la suite de l'intégration à la réglementation de Sainte-Flavie et de la MRC de La Mitis du cadre normatif de 2017, quatre catégories de mesures de protection sont présentes : la végétalisation des rives, les ouvrages de stabilisation légers, la recharge de plage et la stabilisation mécanique (tableau 5). Bien qu'il faille obtenir un permis dans tous les cas et qu'une expertise hydraulique préalable doive être produite pour assurer que le type de mesures envisagées est approprié au site et contribue à en améliorer la pérennité, les intervenants autorisés à les mettre en œuvre varient selon le type de mesures projetées. De plus, dans le cas de la stabilisation mécanique, l'expertise doit confirmer que la végétalisation des rives ou le rechargement de plage ne peuvent pas être appliqués sur le site et que le projet inclut, si cela est possible, des moyens pour diminuer l'accélération de l'érosion sur le site et sur les terrains adjacents¹³². Notons que les travaux, les ouvrages et les constructions relatifs à l'entretien et à la réparation d'un ouvrage de protection contre l'érosion côtière sont expressément autorisés¹³³. Également, le cadre normatif de 2017 interdit, relativement, entre autres, aux usages d'habitation unifamiliale, bifamiliale et trifamiliale, dans une marge de précaution de 15 mètres mesurée à partir de la ligne de côte, les travaux de déblai ou d'excavation permanents et l'abattage d'arbres¹³⁴. Des exceptions existent, notamment une excavation

relatif aux zones à risque d'érosion et de submersion côtière, préc., note 80, art. 10 al. 2 (8).

¹³¹ *Règlement de zonage de Sainte-Flavie*, préc., note 130, art. 14.20.

¹³² *Schéma d'aménagement et de développement de la MRC de La Mitis*, préc., note 86, c. 18, document complémentaire, tableau 17.3.4, p. 95.

¹³³ *Id.*, tableau 17.2.1, p. 86.

¹³⁴ *Id.*

ou un déblai de moins de 50 centimètres ou d'une superficie de moins de 5 mètres carrés, les travaux de déblai ou d'excavation pour une installation septique ainsi que les coupes d'assainissement et de contrôle de la végétation sans essouchement¹³⁵.

Tableau 5 Exigences selon la famille de mesures de protection contre l'érosion côtière dans le cadre normatif de 2017 (SAD de la MRC de La Mitis, 2011)

Famille de mesures	Intervenants autorisés
Famille 1 : Végétalisation des rives	Propriétaire privé Collectif de propriétaires privés Autorité publique
Famille 2 : Ouvrage de stabilisation léger	Propriétaire privé Collectif de propriétaires privés Autorité publique
Famille 3 : Rechargement de plage	Collectif de propriétaires privés Autorité publique
Famille 4 : Stabilisation mécanique	Autorité publique Propriétaire privé si le terrain est situé à l'intérieur d'un segment de côte majoritairement stabilisé mécaniquement et que le site est enclavé entre deux sites d'intervention se trouvant à moins de 30 mètres de part et d'autre qui ont fait l'objet de travaux de protection mécanique conformément à un certificat d'autorisation municipal ou provincial

En ce qui concerne Maria et Bonaventure, le cadre normatif de 2016 contient les quatre mêmes familles de mesures de protection. À remarquer que cette innovation était déjà présente dans le cadre normatif de 2013. L'implantation et la reconstruction de travaux de protection contre l'érosion côtière, interdits dans la zone de contraintes soumise à

¹³⁵

Id.

l'érosion, sont possibles avec le dépôt d'une expertise hydraulique. Dans le cas de la stabilisation mécanique, cette expertise doit confirmer que la végétalisation des rives ou le rechargement de plage ne peuvent être appliqués sur le site. De plus, à la différence du cadre normatif de 2017, un propriétaire privé n'est pas un intervenant autorisé à réaliser des mesures de stabilisation mécanique comme protection contre l'érosion¹³⁶. Également, le cadre normatif de 2016 interdit, dans les zones à risque d'érosion, relativement notamment à l'usage résidentiel unifamilial, bifamilial et trifamilial, l'abattage d'arbres dans une marge de précaution de 15 mètres à partir de la ligne de côte. Ne sont pas visés, entre autres, les coupes d'assainissement et de contrôle de la végétation sans essouchement ainsi que, à l'extérieur d'un périmètre d'urbanisation, l'abattage d'arbres lorsqu'aucun bâtiment n'est situé dans la bande de protection à la base d'un talus. En outre, toujours relativement à un tel usage résidentiel dans les zones à risque en matière d'érosion, les travaux de déblai ou d'excavation sont interdits dans une marge de précaution de 15 mètres à partir de la ligne de côte. Des exceptions existent pour les excavations de moins de 50 centimètres ou d'une superficie de moins de 5 mètres carrés, les déblais et les excavations temporaires de même que les déblais et les excavations nécessaires à l'entretien et à la réfection du réseau routier.

- C) La gestion des dommages par des mesures d'indemnisation : la mise en œuvre des programmes d'aide financière de 2003 et la création d'un programme spécifique

Les polices d'assurance ne couvrant généralement pas, lors des grandes marées de 2010, les dommages aux résidences et aux commerces situés le long de la côte provenant de risques côtiers, comme les débordements d'un cours d'eau et les mouvements de sol, les programmes généraux d'aide financière en cas de sinistres ont été d'un grand secours aux citoyens. Complémentaire des régimes privés d'assurance, l'aide financière gouvernementale en cas de sinistres n'est pas accordée pour un

¹³⁶ MINISTÈRE DE LA SÉCURITÉ PUBLIQUE, *Guide d'utilisation des cartes de zones de contraintes et du cadre normatif visant le contrôle de l'utilisation du sol : MRC d'Avignon*, préc., note 90, tableau 2.2.

dommage assurable, dans la mesure où une assurance existe à cet égard sur le marché québécois et est généralement souscrite dans le territoire concerné¹³⁷. Au Québec, ce sont les articles 100 à 122 de la *Loi sur la sécurité civile*¹³⁸ qui habilite le gouvernement à établir les conditions d'admissibilité à de tels programmes d'aide financière, ainsi que les barèmes à respecter et les modalités de versement à privilégier. En pratique, alors que ces programmes doivent leur existence à des décrets gouvernementaux, il suffit au ministre de la Sécurité publique de prendre un arrêté afin de les mettre en œuvre.

Au moment de la survenance des grandes marées de 2010, un décret pris en 2003 avait établi les trois programmes généraux d'aide financière suivants : le Programme général d'aide financière lors de sinistres, le Programme d'aide financière pour les besoins de première nécessité lors de sinistres et le Programme d'aide financière relatif à l'imminence de mouvements de sol¹³⁹. Ces programmes n'ayant été implantés que progressivement pendant plus de deux semaines avant d'être remplacés, aux fins des grandes marées de 2010, par le Programme d'aide financière spécifique, la plupart des mesures qu'ils prévoient participent à la prévention de sinistres et rarement à la seule indemnisation des victimes du préjudice.

À titre indicatif, le 7 décembre 2011, le Programme général d'aide financière lors de sinistres réels ou imminents s'est substitué aux trois programmes de 2003¹⁴⁰ avant d'être remplacé à son tour par un autre du même nom en 2018¹⁴¹ et en 2019¹⁴². Entretemps, la première assurance habitation couvrant les dommages relatifs aux inondations est offerte en

¹³⁷ *Décret 1383-2003*, (2003) 1 G.O. II, 34, art. 64 ; *Décret 113-2011*, (2011) 11 G.O. II, 999, art. 64 ; *Décret 1271-2011*, (2011) 52 G.O. II, 5841, art. 1 et appendice L.

¹³⁸ *Loi sur la sécurité civile*, RLRQ, S-2.3.

¹³⁹ *Décret 1383-2003*, préc., note 137.

¹⁴⁰ *Décret 1271-2011*, préc., note 137.

¹⁴¹ *Décret 459-2018*, (2018) 16 G.O. II, 2805.

¹⁴² *Décret 403-2019*, (2019) 18 G.O. II, 1431.

2015¹⁴³; depuis, plus du tiers des propriétaires détiennent un tel produit d'assurance, même si les zones les plus à risque ne sont pas couvertes¹⁴⁴. C'est dans ce contexte de complémentarité entre l'aide publique aux sinistrés et le marché privé de l'assurance que les démarches entre la municipalité de Sainte-Flavie et le ministère de la Sécurité publique relatives à la mise en œuvre dès 2018 d'un programme d'indemnisation financière de nature préventive prennent toute leur importance.

La mise en œuvre des programmes d'aide financière dans le contexte des grandes marées de 2010 a débuté dès le lendemain du début de l'occurrence de cet événement. En effet, le 7 décembre 2010, afin de soutenir les citoyens, les entreprises et les municipalités touchés par les tempêtes, le ministre de la Sécurité publique lance le Programme général d'aide financière lors de sinistres par un arrêté. Celui-ci précise que les sinistrés de 30 municipalités, dont Sainte-Flavie, Sept-Îles et Maria, peuvent bénéficier de ce programme¹⁴⁵. Bonaventure n'est pas visée par l'arrêté ministériel du 7 décembre 2010. En effet, comme les grandes marées de 2010 n'ont pas touché également et au même moment les riverains, quelques jours seront nécessaires pour que le territoire de toutes les municipalités affectées bénéficie des programmes gouvernementaux d'aide financière. Toujours le 7 décembre 2010, un autre arrêté ministériel permet la mise en œuvre du Programme d'aide financière relatif à l'imminence de mouvements de sol au bénéfice du propriétaire d'une résidence principale de Sept-Îles, puisque cette dernière se trouvait menacée par de tels mouvements de sol en raison de l'érosion côtière¹⁴⁶.

Environ trois jours plus tard, le territoire de plusieurs municipalités ayant relevé des dommages lors des grandes marées de décembre 2010 n'étant toujours pas visé par l'arrêté ministériel de mise en œuvre du

¹⁴³ James B. DAVIES, « Reforming Canada's Disaster Assistance Programs », (2020) 46-2 *Can. Public Policy* 187, 1 et 3 (PDF).

¹⁴⁴ *Id.*, 1 (PDF).

¹⁴⁵ *Arrêté numéro AM 0059-2010 du ministre de la Sécurité publique en date du 7 décembre 2010*, (2010) G.O. II, 5790.

¹⁴⁶ *Arrêté numéro AM 0060-2010 du ministre de la Sécurité publique en date du 7 décembre 2010*, (2010) G.O. II, 5792.

7 décembre 2010, un autre arrêté ministériel est pris le 10 décembre 2010 afin que le Programme général d'aide financière lors de sinistres puisse trouver application à l'égard de 47 municipalités additionnelles, dont Bonaventure¹⁴⁷. La même journée, le ministre de la Sécurité publique ordonne que le Programme d'aide financière relatif à l'imminence de mouvements de sol soit implanté au bénéfice d'un propriétaire d'une autre résidence principale de Sept-Îles, cette dernière étant également menacée par l'imminence de mouvements de sol en raison de l'érosion côtière¹⁴⁸.

Ensuite, près de deux semaines plus tard, un arrêté ministériel en date du 22 décembre 2010 met en œuvre le Programme d'aide financière relatif à l'imminence de mouvements de sol au bénéfice, entre autres, de cinq résidences principales de Sept-Îles et d'une de Saint-Flavie menacées par des mouvements de sol en raison de l'érosion¹⁴⁹.

Enfin, le 16 avril 2011, après avoir mis en œuvre sur plusieurs jours et presque autant d'arrêtés ministériels le Programme d'aide financière relatif à l'imminence de mouvements de sol et le Programme général d'aide financière lors de sinistres réels ou imminents, le gouvernement du Québec décrète, en soulevant notamment les besoins particuliers causés par le sinistre de décembre 2010, qu'il y a lieu de remplacer ces programmes par le Programme d'aide financière spécifique pour les régions administratives du Bas-Saint-Laurent, de la Gaspésie-Îles-de-la-Madeleine et de la Côte-Nord¹⁵⁰, dans lesquelles se trouvent Sainte-Flavie, Maria, Bonaventure et Sept-Îles. Le 20 avril 2011, le gouvernement du Québec modifie le Programme d'aide financière spécifique afin de réduire la participation des municipalités qui ont dû

¹⁴⁷ *Arrêté numéro AM 0064-2010 du ministre de la Sécurité publique en date du 10 décembre 2010*, (2010) G.O. II, 5885.

¹⁴⁸ *Arrêté numéro AM 0063-2010 du ministre de la Sécurité publique en date du 10 décembre 2010*, (2010) G.O. II, 5885.

¹⁴⁹ *Arrêté numéro AM 0067-2010 du ministre de la Sécurité publique en date du 22 décembre 2010*, (2010) G.O. II, 447.

¹⁵⁰ *Décret 113-2011*, préc., note 137.

prendre part financièrement de façon importante à l'occasion de sinistres durant les six années précédentes¹⁵¹.

1. Les principales caractéristiques des programmes d'aide financière existants dans le contexte des grandes marées de 2010

Les programmes généraux d'aide financière de 2003 et le Programme d'aide financière spécifique de 2011 prévoient diverses mesures afin de minimiser les impacts financiers sur les sinistrés. Du point de vue de la gestion du recul des côtes, l'aide financière octroyée par les programmes existants dans le contexte des grandes marées de 2010 se répartit en deux catégories, l'une ne visant que la seule indemnisation des victimes du préjudice alors que l'autre, la plus importante, conditionne leur indemnisation à la mitigation du risque.

Entrent dans la première catégorie les sommes rattachées à la préservation des biens du sinistré et à sa personne, comme les frais d'hébergement, car l'indemnité n'a pas pour objet de réduire les possibilités de réalisation du risque. C'est ainsi qu'un sinistré peut se voir accorder une aide financière s'il a pris des mesures préventives temporaires afin de préserver sa résidence principale et ses biens en surélevant des meubles ou en érigeant un enrochement de protection, par exemple¹⁵². Des frais excédentaires d'hébergement temporaire, de ravitaillement ou d'habillement, les dommages aux biens meubles et immeubles essentiels de même que les frais de déménagement et d'entreposage ont également pu être remboursés par le gouvernement¹⁵³. L'objectif de l'aide financière de première catégorie consiste essentiellement à accorder l'indemnité minimale au ménage afin qu'il recouvre ses fonctions de base¹⁵⁴. Notons que l'aide financière accordée pour les dommages causés à une résidence principale pouvait être utilisée

¹⁵¹ *Décret 439-2011*, (2011) G.O. II, 1785.

¹⁵² *Décret 1383-2003*, préc., note 137, annexe I, art. 5 ; *Décret 113-2011*, préc., note 137, art. 5.

¹⁵³ *Décret 113-2011*, préc., note 137, art. 6-10 ; cf. *Décret 1383-2003*, préc., note 137, annexe I, art. 5-9.

¹⁵⁴ J.B. DAVIES, préc., note 143, 6 (PDF).

à titre d'allocation de départ ou encore pour l'immunisation ou le déplacement de la résidence principale, l'utilisation à de telles fins de l'aide financière permettant même d'augmenter le montant octroyé¹⁵⁵. La réduction du risque est ainsi favorisée à la simple indemnisation, d'autant plus que contrairement au Programme général d'aide financière lors de sinistres de 2003, qui ne faisait qu'assujettir l'aide financière utilisée aux fins d'immunisation de la résidence aux règles d'immunisation de la Politique¹⁵⁶, le Programme d'aide financière spécifique de 2011 précise que le choix d'immuniser, de déplacer sa résidence ou d'accepter une allocation de départ ne doit pas « porter atteinte à la sécurité publique ou aux principes de développement durable¹⁵⁷ ». Ce faisant, la réduction du risque se trouve d'autant plus favorisée.

Entrent dans la seconde catégorie les sommes octroyées pour financer la réalisation de mesures en vue de réduire les risques de sinistres futurs. C'est le cas des principales mesures prévues par les décrets d'aide financière applicables aux grandes marées de 2010. Par exemple, si le propriétaire choisit d'immuniser l'immeuble, les travaux doivent être effectués conformément aux mesures d'immunisation applicables aux constructions, aux ouvrages et aux travaux exécutés dans une plaine inondable prévues dans la Politique¹⁵⁸. Essentiellement, ces mesures veulent qu'aucune ouverture ni aucun plancher de rez-de-chaussée ne puissent être atteints par la crue de récurrence de 100 ans, que les drains soient munis de clapets de retenue et que les structures sous le niveau de la crue à récurrence de 100 ans puissent résister à cette crue. De plus, le remblayage du terrain doit se limiter à une protection immédiate autour de la construction. Le propriétaire peut également choisir de déplacer sa

¹⁵⁵ *Décret 1383-2003*, préc., note 137, annexe I, art. 11; *Décret 113-2011*, préc., note 137, art. 14.

¹⁵⁶ Politique, préc., note 45, annexe 1, art. 14; *Décret 1383-2003*, préc., note 137, annexe I, art. 11 al. 5. Le décret spécifique de 2011 est au même effet : *Décret 113-2011*, préc., note 137, art. 14 al. 1 et 20.

¹⁵⁷ *Décret 113-2011*, préc., note 137, art. 14 al. 1; *Décret 1271-2011*, préc., note 137, art. 14 al. 1.

¹⁵⁸ *Décret 1383-2003*, préc., note 137, annexe I, art. 11 al. 5; *Décret 113-2011*, préc., note 137, art. 20.

résidence sur le même terrain ou sur un autre terrain considéré comme un site sécuritaire. S'il fait ce choix, le propriétaire doit, entre autres, procéder à l'élimination des fondations résiduelles en conformité avec les lois et les règlements en vigueur et de façon que cette élimination ne constitue pas un risque pour la sécurité des personnes¹⁵⁹. Si le propriétaire décide d'utiliser l'aide financière à titre d'allocation de départ, il peut démolir l'immeuble ou le vendre à un tiers, lequel devra alors s'engager à déplacer la résidence sur un autre terrain¹⁶⁰. Dans tous les cas, les fondations résiduelles devront être éliminées. Un autre exemple d'indemnisation de seconde catégorie trouve application pour les municipalités. En effet, les dépenses additionnelles engagées par celles-ci pour la réalisation de travaux de protection des berges en vue de protéger de façon permanente des biens essentiels, tels les bâtiments, les infrastructures des égouts sanitaires et les systèmes d'alimentation en eau potable¹⁶¹, ont également pu faire l'objet d'une réclamation au gouvernement¹⁶².

Une mesure d'indemnisation de seconde catégorie prévue dans le Programme d'aide financière spécifique est intéressante en ce qu'elle diffère des mesures mentionnées ci-dessus en raison de son caractère préventif. Il s'agit du droit d'option octroyé au propriétaire d'une résidence principale menacée par l'imminence de mouvements de sol ou située dans une zone à risque de sinistres¹⁶³. Ce droit existe aussi dans le Programme général d'aide financière lors de sinistres ainsi que dans le Programme d'aide financière relatif à l'imminence de mouvements de sol du décret de 2003¹⁶⁴. En effet, en vertu du Programme d'aide financière spécifique de 2011, une fois avisé par le ministre de la Sécurité publique qu'une résidence principale est menacée par l'imminence de mouvements

¹⁵⁹ *Décret 1383-2003*, préc., note 137, annexe I, art. 11; *Décret 113-2011*, préc., note 137, art. 27 et 28.

¹⁶⁰ *Décret 1383-2003*, préc., note 137, annexe I, art. 11; *Décret 113-2011*, préc., note 137, art. 23 et 24.

¹⁶¹ *Décret 113-2011*, préc., note 137, appendice J.

¹⁶² *Id.*, art. 60.

¹⁶³ *Id.*, art. 17.

¹⁶⁴ *Décret 1383-2003*, préc., note 137, annexe I, art. 11, et annexe III, art. 5-19.

de sol ou située dans une zone à risque de sinistres, le propriétaire doit choisir s'il souhaite utiliser l'aide financière à lui être versée pour le déplacement ou l'immunisation de l'immeuble ou encore à titre d'allocation de départ¹⁶⁵. Par exemple, conformément à ces programmes, Sept-Îles a, en 2012, résolu d'acquérir deux terrains touchés par les événements de 2010 pour la somme respective d'un dollar¹⁶⁶. La ville en est toujours propriétaire, et les terrains sont dorénavant non aménagés et non exploités¹⁶⁷. Il en est de même de cinq autres résidences de Sept-Îles menacées par l'érosion en raison des grandes marées de 2010¹⁶⁸.

2. L'application du Cadre de prévention des sinistres dans le territoire de Sainte-Flavie

Un programme d'assistance financière instauré le 19 juin 2013 et reconduit jusqu'au 31 mars 2022¹⁶⁹ diffère des programmes généraux d'aide financière mentionnés plus haut et mérite mention en raison de son approche préventive. En effet, le Cadre de prévention des sinistres est un programme d'aide financière de seconde catégorie établi en vertu de la *Loi sur la sécurité civile*¹⁷⁰ : il permet d'obtenir du soutien financier de la part du gouvernement du Québec afin de réaliser des travaux de prévention ou d'atténuation des risques liés, entre autres, à l'érosion, à la submersion

¹⁶⁵ *Décret 113-2011*, préc., note 137, art. 17.

¹⁶⁶ *Résolution numéro 1203-189 : Programme d'aide financière spécifique relatif aux sinistres survenus du 5 au 7 décembre 2010 et du 13 décembre 2010 au 10 janvier 2011, sur le territoire des régions administratives du Bas-Saint-Laurent, de la Gaspésie-Îles-de-la-Madeleine et de la Côte-Nord — 265, rue des Campeurs et 127, rue des Barachois : Acquisition et mandat*, Conseil de la Ville de Sept-Îles, résolution n° 1203-189, 12 mars 2012.

¹⁶⁷ VILLE DE SEPT-ÎLES, *Rôle d'évaluation foncière*, lot 3 668 979.

¹⁶⁸ *Id.*, lots 3 668 990, 3 668 850, 3 668 851, 3 668 852 et 3 668 988.

¹⁶⁹ MINISTÈRE DE LA SÉCURITÉ PUBLIQUE, « Agir en prévention de sinistres – Un soutien financier supplémentaire de 50 M\$ et une contribution financière mieux adaptée aux municipalités », *Services Québec*, 23 juillet 2018, en ligne : <<http://www.fil-information.gouv.qc.ca/Pages/Article.aspx?idArticle=2607235475>>.

¹⁷⁰ *Loi sur la sécurité civile*, préc., note 138, art. 67 (4) et 67 (6).

côtière et aux inondations¹⁷¹. En 2018, le Cadre de prévention des sinistres avait permis de protéger près de 4 000 personnes : pour chaque dollar investi dans l'atténuation de risques, environ 21 dollars en biens et infrastructures ont été protégés¹⁷².

Le Cadre de prévention des sinistres permet le financement de plusieurs mesures d'atténuation, notamment :

- la construction ou la remise en état d'un ouvrage de protection;
- le déplacement d'une résidence principale ou d'un bâtiment essentiel à l'exploitation d'une entreprise sur un site sécuritaire;
- le versement d'une allocation de départ pour la démolition et la relocalisation d'une résidence principale ou du bâtiment essentiel à l'exploitation d'une entreprise;
- le déplacement, le remplacement ou la reconstruction d'un bâtiment ou d'une infrastructure municipale essentielle, tels les routes et les ponts dont l'entretien relève de la Ville¹⁷³.

Dans tous les cas où le Cadre de prévention des sinistres autorise la libération du terrain d'un bâtiment ou d'une infrastructure, toute nouvelle construction ou infrastructure est interdite sur ledit terrain tant que subsiste un danger pour la sécurité des personnes et la protection des biens¹⁷⁴.

¹⁷¹ MINISTÈRE DE LA SÉCURITÉ PUBLIQUE, «Cadre pour la prévention de sinistres 2013-2022», 2018, en ligne : <<https://www.securitepublique.gouv.qc.ca/securite-civile/soutien-partenaires/soutien-aux-municipalites/cadre-pour-la-prevention-de-sinistres.html>>.
Id.

¹⁷² *Id.*
¹⁷³ MINISTÈRE DE LA SÉCURITÉ PUBLIQUE, «Paramètre de l'octroi d'une aide financière visant le traitement des risques de sinistres», 2018, en ligne : https://www.securitepublique.gouv.qc.ca/fileadmin/Documents/securite_civile/soutien_partenaires/parametres_octroi_aide_financiere_2018.pdf.

¹⁷⁴ *Id.*

Dès 2018, le Cadre de prévention des sinistres a été mis en œuvre par la municipalité de Sainte-Flavie afin d'offrir une indemnité financière aux citoyens propriétaires d'une résidence principale le long du littoral qui a été ciblée par le ministère de la Sécurité publique en raison de son indice de vulnérabilité élevé à l'érosion ou à la submersion côtière. La participation financière du gouvernement du Québec, qui s'élève à 5,5 millions de dollars, permettra de dédommager les propriétaires menacés par les tempêtes et l'érosion littorale¹⁷⁵. Une fois contactés par la municipalité, les citoyens visés auront alors la possibilité de profiter d'une indemnité financière, qui dans le cas de Sainte-Flavie s'élève jusqu'à concurrence de 200 000 \$¹⁷⁶, pour déplacer ou démolir leur maison de manière préventive.

III. Des changements importants de paradigmes

En raison de leurs impacts sur 79 municipalités ainsi que sur des centaines de sinistrés et des dommages évalués à plusieurs millions de dollars, les grandes marées de 2010 représentent à maints égards le point de départ d'une réflexion renouvelée sur la gestion des risques humains, matériels et environnementaux découlant du recul côtier. Certains changements de paradigmes sont apparus, parfois de façon timide, mais d'autres attendent toujours de se déployer.

A) L'application du principe de subsidiarité

Alors que, au moment des grandes marées de 2010, les instances municipales étaient généralement libres d'adopter, sous réserve de la Politique, les normes qu'elles jugeaient appropriées concernant les zones à risque en matière d'érosion, l'élaboration des cadres normatifs de même

¹⁷⁵ Jean-Philippe ROBILLARD « Québec indemniser des victimes des changements climatiques au Bas-Saint-Laurent », Radio-Canada, 16 janvier 2019, en ligne : <<https://ici.radio-canada.ca/nouvelle/1147287/indemnisation-victime-changement-climatique-bas-saint-laurent-sainte-flavie-berge-maree-erosion>>.

¹⁷⁶ Isabelle PORTER, « Les exilés de l'érosion des berges du Saint-Laurent », *Le Devoir*, 29 juin 2019, en ligne : <<https://www.ledevoir.com/societe/environnement/557735/les-exiles-de-l-erosion-demenager-ou-attendre-la-tempete>>.

que – environ cinq ans plus tard – l’emploi, semble-t-il, systématique de l’article 53.14 de la LAU afin de forcer l’intégration desdits cadres ont progressivement limité l’action municipale au point qu’aujourd’hui ces normes, sur le territoire des MRC et des municipalités à l’étude, émanent plus ou moins toutes directement du gouvernement provincial. À cet égard, le principe de subsidiarité, tel qu’il est exprimé à l’article 6 g) de la *Loi sur le développement durable*¹⁷⁷, veut que « les pouvoirs et les responsabilités doivent être délégués au niveau approprié d’autorité [...] en ayant le souci de les rapprocher le plus possible des citoyens et des communautés concernées », l’objectif étant, selon la Cour suprême du Canada, que « 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 population¹⁷⁸ ». Si certains soutiennent que la subsidiarité requiert une prise de décision par les acteurs locaux afin de mieux refléter leurs besoins¹⁷⁹, avec égard nous soulevons le danger d’une telle interprétation réductrice¹⁸⁰. En effet, selon le libellé du principe, une démarche en deux temps doit être suivie, sous peine de le dénaturer. Dans un premier temps, le niveau « approprié » d’autorité doit être recherché, ce qui sous-entend l’application d’un critère d’efficacité normative. Dans un second temps, et seulement lorsque les niveaux provincial et municipal se révèlent tout autant efficaces, le niveau le plus près du citoyen doit être privilégié.

¹⁷⁷ *Loi sur le développement durable*, RLRQ, c. D-8.1.1.

¹⁷⁸ *114957 Canada ltée (Spraytech, Société d’arrosage) c. Hudson (Ville)*, 2001 CSC 40, par. 3.

¹⁷⁹ Catherine IORNS et Jesse WATTS, *Adaptation to Sea-level Rise: Local Government Liability Issues*, Wellington, Deep South National Science Challenge, coll. Research Report for the Deep South National Science Challenge, 2019, p. 27; Yves HENOCQUE, « Leçons et futur de la gestion intégrée des zones côtières dans le monde », (2006) 7-3 *VertigO*, p. 6 (PDF).

¹⁸⁰ Catherine CHOQUETTE, *Le droit de l’environnement au Québec*, Sherbrooke, Université de Sherbrooke, 2020.

Nous ne nions pas que les instances municipales doivent demeurer des parties prenantes privilégiées en la matière, mais les suites des grandes marées de 2010 révèlent une reconnaissance implicite du fait que le principe de subsidiarité requiert, dans ce contexte particulier, une gestion de l'érosion côtière au niveau provincial et non au niveau municipal. Même si les cadres normatifs n'indiquent pas un défaut matériel d'efficacité de la part des intervenants municipaux, l'utilisation systématique de l'article 53.14 de la LAU traduit néanmoins leur réticence dans l'application de normes. Les cadres normatifs ont été élaborés, selon le ministère de la Sécurité publique, parce que les règlements municipaux « ne sembl[ai]ent pas bien adaptés aux phénomènes observés en décembre dernier [2010] et à l'évolution de l'érosion littorale anticipée dans les prochaines années¹⁸¹ ». La réticence des municipalités à adopter des règlements contrant l'érosion du littoral ou amenuisant les dommages en résultant s'explique par divers facteurs.

Premièrement, les connaissances nécessaires à l'élaboration de telles mesures sont tributaires d'un travail qui dépasse de loin les moyens et les capacités des municipalités¹⁸², et même du gouvernement provincial puisqu'il a dû faire appel à des experts universitaires. Deuxièmement, la lutte contre l'érosion des berges doit se faire dans une perspective stratégique d'aménagement du territoire à l'échelle même du phénomène d'érosion, c'est-à-dire de la cellule hydrosédimentaire¹⁸³ qui peut s'étendre sur plusieurs territoires municipaux, ce qui demande une coordination souvent plus facilement réalisable au niveau provincial qu'au niveau municipal. Troisièmement, outre des considérations souvent liées au tourisme et à la villégiature, cette réticence de la part des gouvernements locaux s'explique aussi par le fait que la fiscalité municipale, élaborée principalement autour de l'impôt foncier, n'encourage pas les municipalités à prendre des mesures pour interdire l'occupation du littoral et à se priver ainsi de revenus fonciers substantiels. En effet, les investisseurs, peu soucieux ou simplement inconscients des problé-

¹⁸¹ MINISTÈRE DE LA SÉCURITÉ PUBLIQUE, préc., note 47, p. 1.

¹⁸² C. IORNS et J. WATTS, préc., note 179, p. 28.

¹⁸³ A. BOUDJERDA, préc., note 35; P. BERNATCHEZ et al., préc., note 9.

matiques rattachées à la zone littorale, achèteront des propriétés dans les municipalités n'ayant pas de mesures contraignantes à leur égard ou ayant adopté des normes de protection moins sévères au détriment, bien sûr, des municipalités désirant protéger la zone côtière. Les statistiques démontrent que « le nombre de bâtiments et d'infrastructures construits dans les zones basses à risque de submersion et sur des terrains meubles exposés à l'érosion côtière a continuellement augmenté depuis quelques décennies¹⁸⁴ ». Or, la demande élevée pour des terrains côtiers, associée à la quantité limitée de lots présentement à la disposition de la population, accroît leur valeur foncière et, par conséquent, les bénéfices financiers pour les municipalités¹⁸⁵. Afin que celles-ci renoncent à ce véritable pactole et se mettent à protéger les berges et les zones inondables, une réflexion sur le régime fiscal municipal s'imposera ou le gouvernement provincial devra adapter sa stratégie, comme il l'a fait en imposant ses cadres normatifs. Cet incitatif pécuniaire pour « ne pas mettre en œuvre » la Politique est bien connu et est présent dans toutes les municipalités du Québec qui possèdent un ou plusieurs plans d'eau. Une intervention du gouvernement provincial imposant, grâce à la LAU¹⁸⁶, l'application de la

¹⁸⁴ OURANOS, préc., note 4, p. 89.

¹⁸⁵ *Id.*

¹⁸⁶ LAU, préc., note 46 :

Art 165.2 : Si le ministre de l'Environnement est d'avis qu'un règlement de zonage, de lotissement ou de construction d'une municipalité ne respecte pas la politique du gouvernement visée à l'article 2.1 de la Loi sur la qualité de l'environnement (chapitre Q-2) ou n'offre pas, compte tenu des particularités du milieu, une protection adéquate des rives, du littoral et des plaines inondables, il peut demander à la municipalité de le modifier s'il le juge opportun.

Art 165.4 : Si, à l'expiration d'un délai de 90 jours à compter de la réception de l'avis du ministre, le conseil de la municipalité n'a pas modifié son règlement conformément à cet avis, le ministre peut, aux lieu et place de la municipalité, exercer ses pouvoirs réglementaires en vue de rendre le règlement conforme à son avis.

L'adoption par le ministre d'un règlement visé au premier alinéa n'est assujettie à aucune formalité préalable.

Ce règlement entre en vigueur le jour de sa publication à la *Gazette officielle du Québec* et a le même effet qu'un règlement adopté par le conseil de la municipalité.

Politique dès son adoption, ainsi qu'il vient de le faire avec ses cadres normatifs en zone côtière, aurait pu éviter plus de 30 années de destruction massive des rives et des littoraux partout au Québec¹⁸⁷.

Quatrièmement, la réticence des municipalités peut aussi se comprendre par la nature sensible de la problématique des risques côtiers, y compris l'érosion, pour les intervenants municipaux, ceux-ci devant, avec des moyens limités, concilier des opinions et des objectifs opposés, comme l'illustrent les consultations sur le schéma d'aménagement et de développement de la MRC de Sept-Rivières menées durant les années 80. En effet, si une municipalité peut être justifiée de rejeter l'appellation de zone sujette aux mouvements de terrain pour des secteurs de son territoire, le fait que Sept-Îles a plaidé, sans résultat, que « les mesures préventives mises de l'avant par la MRC risqu[aient] d'hypothéquer le développement des deux secteurs¹⁸⁸ » est révélateur de certains incitatifs municipaux en faveur de l'urbanisation. La ville demandait également à la MRC de ne pas mentionner qu'une partie du territoire de la municipalité serait une zone inondable, et ce, dans l'attente des résultats d'une étude du ministère de l'Environnement visant à identifier de telles zones dans la région du golfe du Saint-Laurent¹⁸⁹. Un comité soutenu par des citoyens rappelait, en outre, « la possible perte de valeur des habitations, l'augmentation des primes d'assurances et la non-reconnaissance de la capacité de la MRC à identifier de telles zones¹⁹⁰ ». Dans ce cas, puisque « sur tout le littoral de [ce] territoire, il y a risque d'inondation lors de certaines tempêtes maritimes¹⁹¹ » et qu'il n'y avait toujours pas d'étude scientifique sur laquelle se baser lors du dépôt du schéma, la MRC a résolu en 1987 de ne

Avis de l'entrée en vigueur de ce règlement doit être transmis à la municipalité, à la Commission et à la municipalité régionale de comté.

¹⁸⁷ Catherine CHOQUETTE avec la collab. de Anne-Marie ROBICHAUD, Anne PAILLARD et Marie-Pier GOYETTE NOËL, « Analyse de la validité des règlements municipaux sur les bandes riveraines », (2008-09) 39 *R.D.U.S.* 261-328.

¹⁸⁸ *Schéma d'aménagement de la MRC de Sept-Rivières*, préc., note 57 : Modalités et conclusions de la consultation (annexe), p. 6.

¹⁸⁹ *Id.*

¹⁹⁰ *Id.*

¹⁹¹ *Id.*, p. 7.

désigner comme zones inondables que celles qui l'avaient d'abord été par le ministère de l'Environnement¹⁹². En sus des pressions citoyennes en vue de protéger leurs droits fonciers et les futurs développements, les administrations locales peuvent donc avoir des réserves à prendre des décisions qui, malgré leurs gains à long terme, imposent des coûts immédiats à leur population¹⁹³.

Cinquièmement, alors que la mise en œuvre de la Politique et des cadres normatifs relève des gouvernements locaux, l'indemnisation des victimes des dommages liés à ces mesures d'intervention dépend essentiellement du gouvernement provincial et de l'assurance privée, parfois du gouvernement fédéral. Même lorsque les municipalités n'appliquent pas de mesures préventives pour empêcher ou atténuer les dommages, elles ne sont pas tenues responsables de ces derniers. Dans ces circonstances, on comprend facilement que les municipalités ont très peu d'intérêt à adopter des mesures, souvent impopulaires, qui leur sont coûteuses à faire respecter en matière d'inspection et de suivi.

Que ce soit pour la sécurité publique ou la protection de l'environnement, le choix du niveau d'intervention ne doit pas refléter les pressions politiques ou économiques, mais plutôt faire l'objet d'une évaluation systématique des incitatifs et de la capacité du gouvernement provincial, des gouvernements locaux et même des citoyens eux-mêmes à réguler une problématique spécifique de manière optimale. En édictant ses cadres normatifs et en les imposant par l'intermédiaire de l'article 53.14 de la LAU, le gouvernement provincial a répondu à l'urgence de se doter d'outils d'intervention pour s'adapter aux risques côtiers dans un contexte de changements climatiques. À noter qu'en agissant ainsi il n'a pas enlevé aux entités municipales leurs pouvoirs réglementaires. Celles-ci ont toujours la possibilité d'imposer des normes plus ciblées en raison de leur connaissance plus fine de leur territoire, et même plus sévères que les normes provinciales, tant et aussi longtemps qu'elles demeurent

¹⁹² *Id.*

¹⁹³ C. IORNS et J. WATTS, préc., note 179, p. 28.

conciliables avec ces dernières¹⁹⁴ ou qu'elles s'intègrent comme mesures particulières dans un plan de gestion des rives, du littoral et des inondables¹⁹⁵.

B) Une gouvernance étatique à développer

Quoique la définition du terme « gouvernance » ne fasse pas consensus à l'heure actuelle, il se dessine toutefois une constante, à savoir que la participation des acteurs du milieu, principalement les destinataires de la norme, doit être intégrée dans le processus décisionnel. Cette participation accroît toujours la compréhension et l'adhésion aux normes élaborées conjointement. Un tel processus permet aux autorités publiques d'intégrer les attentes des communautés concernées et favorise également l'apprentissage collectif¹⁹⁶. En adoptant la *Politique nationale de l'eau*¹⁹⁷ en 2002, le gouvernement provincial souhaitait établir progressivement une gouvernance de l'eau basée sur « une plus grande participation des différents usagers à la prise de décision et aux diverses actions qui en découlent¹⁹⁸ ». Depuis 2009, la *Loi affirmant le caractère collectif des ressources en eau et favorisant une meilleure gouvernance de l'eau et des milieux associés*¹⁹⁹ reconnaît formellement les organismes de bassins versants (OBV) comme des tables de concertation et de conciliation et les

¹⁹⁴ *Loi sur les compétences municipales*, RLRQ, c. C-47.1, art. 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. »

¹⁹⁵ *Politique*, préc., note 45, art. 5 et suiv.

¹⁹⁶ Catherine CHOQUETTE et David GILLES, « Loi affirmant le caractère collectif des ressources en eau et favorisant une meilleure gouvernance de l'eau et des milieux associés », dans *JurisClasseur Québec*, coll. « Droit public », *Droit de l'environnement*, fasc. 18, Montréal, LexisNexis Canada, 2018.

¹⁹⁷ MINISTÈRE DE L'ENVIRONNEMENT ET DE LA LUTTE CONTRE LES CHANGEMENTS CLIMATIQUES, *L'eau, la vie, l'avenir : Politique nationale de l'eau*, Québec, 2002, en ligne : <<http://www.environnement.gouv.qc.ca/eau/politique/politique-integral.pdf>>

¹⁹⁸ *Id.*, p. 15.

¹⁹⁹ *Loi affirmant le caractère collectif des ressources en eau et favorisant une meilleure gouvernance de l'eau et des milieux associés*, RLRQ, c. C-6.2.

tables de concertation régionales (TCR) que l'on qualifie de « processus de concertation locale et régionale²⁰⁰ ». De plus, depuis 1988, Environnement Canada a instauré des comités de zones d'intervention prioritaire (comités ZIP), répartis tout le long du fleuve Saint-Laurent. Ces comités sont des unités « de partenariat et de concertation dont l'objectif était d'abord de permettre aux citoyens et aux acteurs sociaux de s'engager dans la protection et le développement de leur secteur du Saint-Laurent et, ultimement, de le prendre en charge²⁰¹ ». En 1989, les comités ZIP se sont regroupés au sein de l'organisme Stratégies Saint-Laurent (SSL)²⁰².

Malgré une multiplicité de forums décisionnels, le gouvernement provincial aurait agi pour élaborer ses cadres normatifs sans vraiment avoir recours à ces outils de gouvernance à sa disposition ni consulter au préalable la population. Le succès de la mise en œuvre des cadres normatifs en 2011 a été identique à celui de la mise en œuvre de la Politique puisque peu de municipalités ou de MRC s'y sont conformées spontanément, ce qui a forcé le gouvernement à l'imposer par l'entremise de l'article 53.14 de la LAU. Même si la normativité des cadres résulte, qu'il y ait ou non recours à la LAU, de leur consécration par la réglementation municipale, le forum dans lequel ces normes doivent être élaborées ne correspond désormais plus nécessairement au gouvernement provincial ni aux conseils municipaux ou aux MRC, mais plutôt à une concertation entre une pluralité d'acteurs, car en général « les structures politiques et administratives aux différentes échelles sont, quand elles existent, inadaptées à la gestion d'écosystèmes côtiers ménageant une complémentarité entre fonctions biologiques et économiques²⁰³ ».

²⁰⁰ *Id.*, art. 13.4.

²⁰¹ GOUVERNEMENT DU CANADA et GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, « Historique du programme ZIP », *Plan d'action Saint-Laurent 2011-2026*, 2012, en ligne : <http://planstlaurent.qc.ca/fr/gestion_integree/programme_zip.html>.

²⁰² STRATÉGIES SAINT-LAURENT, « Les comités ZIP », 2011, en ligne : <<http://www.strategiessl.qc.ca/les-organismes/les-comites-zip>>.

²⁰³ Bernard KALAORA et Lionel CHARLES, « Intervention sociologique et développement durable : le cas de la gestion intégrée des zones côtières », (2000) 8-2 *Natures Sciences Sociétés* 31, 31.

Il est vrai que les premiers cadres normatifs ont fait l'objet d'une consultation auprès des MRC et des municipalités concernées, pour les bonifier et permettre notamment d'améliorer leurs documents de planification et de réglementation de façon volontaire²⁰⁴. Toutefois, la participation des acteurs locaux à l'élaboration des cadres normatifs ultérieurs semble avoir été mineure. Par exemple, le ministère de la Sécurité publique se réfère aux « cartes de zones de contraintes à l'utilisation du sol relatives à l'érosion côtière le long de l'estuaire et du golfe du Saint-Laurent ainsi [qu'au] cadre normatif afférent qui sont *produits par* le gouvernement du Québec²⁰⁵ » sans mentionner d'autres acteurs. De même, si certains traitent du cadre normatif *proposé* par le gouvernement du Québec²⁰⁶, d'autres font néanmoins référence au cadre normatif *imposé* par le ministère de la Sécurité publique²⁰⁷.

Dans une perspective de gouvernance, les cadres normatifs ne doivent pas être pour les intervenants municipaux un fait accompli, mais l'œuvre d'une démarche inclusive résultant « de la collaboration, de la négociation et de la concurrence entre une pluralité d'acteurs impliqués²⁰⁸ ». La mobilisation des acteurs du milieu est nécessaire, mais elle « n'est pas en soi une condition suffisante, car la réussite du processus repose pour une large part sur une vision partagée du monde et de son futur²⁰⁹ ». En effet, au-delà du rassemblement des décideurs, des parties prenantes et des acteurs concernés, tous doivent être animés d'un désir

²⁰⁴ MINISTÈRE DE LA SÉCURITÉ PUBLIQUE, préc., note 82, p. 2.

²⁰⁵ *Id.*, p. 1 (l'italique est de nous).

²⁰⁶ CONSEIL DU SAINT-LAURENT/TABLE DE CONCERTATION RÉGIONALE DU SUD DU SAINT-LAURENT, *Fiche du portrait. Plan de gestion intégrée régional du Conseil du Saint-Laurent*, 2017, p. 3.

²⁰⁷ VILLE DE NEW RICHMOND, « Cadre normatif sur l'érosion côtière – Présentation publique. 18 mars 2019 – 19 h », en ligne : <<http://villeneuve-richmond.com/events/cadre-normatif-sur-lerosion-cotiere-presentation-publique/>>.

²⁰⁸ Isabelle LACROIX et Pier-Olivier ST-ARNAUD, « La gouvernance : tenter une définition », (2012) 4-3 *Cahiers de recherche en politique appliquée* 19, 26 et 27; J.B. RUHL, « General Design Principles for Resilience and Adaptive Capacity in Legal Systems – With Applications to Climate Change Adaptation », (2010) 89-5 *N. C. L. Rev.* 1373, 1397 et 1398.

²⁰⁹ B. KALAORA et L. CHARLES, préc., note 203, 33.

partagé de dialoguer, de vouloir comprendre les enjeux associés à une problématique et d’y trouver une solution satisfaisante. Le développement de ce dialogue éclairé et constructif passe par une participation significative, un accompagnement soutenu des acteurs du milieu, une capacité de mobilisation constante sur le terrain, des transferts de connaissances entre les acteurs du milieu et les décideurs publics ou privés ainsi que par un espace de dialogue accueillant et inclusif²¹⁰.

C) Une gestion intégrée axée sur la sécurité et le dommage à la propriété

Outre un recalibrage de l’action municipale, les cadres normatifs ont permis de promouvoir, dans la lignée de la *Loi affirmant le caractère collectif des ressources en eau et favorisant une meilleure gouvernance de l’eau et des milieux associés*²¹¹, une gestion de la problématique du recul côtier basée sur la gestion intégrée des zones côtières, cette dernière faisant communément référence à « un processus dynamique qui réunit gouvernement et société, sciences et décideurs, intérêts publics et privés dans la préparation et l’exécution du plan sur la protection et le développement des systèmes et ressources côtières²¹² ». En effet, en sus des considérations de politique publique, la gestion de l’érosion côtière doit veiller au maintien de l’intégrité de l’écosystème côtier, tout en tenant compte des usages anthropiques et des particularités des cellules hydrosédimentaires²¹³.

²¹⁰ Catherine CHOQUETTE, « RSE, médiation et ‘dialogue normatif’ : une combinaison gagnante pour l’environnement? », dans Véronique MERCIER et Stéphanie BRUNENGO-BASSO (dir.), *RSE et médiation. Regard croisé France-Canada*, Aix, Presses universitaires d’Aix-Marseille, 2017; Catherine CHOQUETTE et Véronique FRASER, *Environmental Mediation: An International Survey*, Londres, Routledge, 2018.

²¹¹ *Loi affirmant le caractère collectif des ressources en eau et favorisant une meilleure gouvernance de l’eau et des milieux associés*, préc., note 199.

²¹² B. KALAORA et L. CHARLES, préc., note 203, 31.

²¹³ A. BOUDJERDA, préc., note 35, p. 109; P. BERNATCHEZ et al., préc., note 9.

Parmi les municipalités à l'étude, le cas de Sept-Îles fait figure de précurseur, puisqu'en 2000 l'*Entente spécifique interministérielle sur l'érosion côtière de la Côte-Nord* entre le Conseil régional de développement de la Côte-Nord et six ministères a permis d'établir d'un diagnostic de l'état des berges de la Côte-Nord²¹⁴. Les travaux réalisés dans ce contexte ont « permis au gouvernement du Québec d'acquérir de multiples connaissances et de développer une expertise afin de bien circonscrire la problématique de l'érosion côtière²¹⁵ ». Depuis, « des travaux interministériels ont été effectués afin de revoir les outils cartographiques et réglementaires utilisés pour l'aménagement du territoire²¹⁶ ». Il en est, entre autres, résulté le cadre normatif de 2011, destiné aux MRC du Bas-Saint-Laurent et de la Gaspésie-Îles-de-la-Madeleine, ainsi que des documents cartographiques réalisés par le ministère de la Sécurité publique à partir d'une caractérisation des côtes par l'Université du Québec à Rimouski²¹⁷.

Soulignons également que le ministère de la Sécurité publique a procédé à une certaine « mobilisation de compétences fonctionnelles et instrumentales²¹⁸ » sous la forme d'un comité d'experts venant de ministères, d'organismes gouvernementaux ou de groupes de recherche, notamment universitaires²¹⁹. Ce comité est chargé de « supervise[r] l'ensemble des travaux de recherche et [d']apporte[r] une contribution importante à la cartographie des zones affectées par ce phénomène²²⁰ ».

²¹⁴ *Règlement de contrôle intérimaire*, 1^{er} considérant.

²¹⁵ MINISTÈRE DE LA SÉCURITÉ PUBLIQUE, préc., note 82, p. 2.

²¹⁶ *Id.*

²¹⁷ MINISTÈRE DE LA SÉCURITÉ PUBLIQUE, préc., note 47, p. 7.

²¹⁸ B. KALAORA et L. CHARLES, préc., note 203, 33.

²¹⁹ Font notamment partie de ces experts l'Université du Québec à Rimouski, l'Université de Sherbrooke, l'Institut des sciences de la mer de Rimouski, l'Institut Maurice-Lamontagne, Ouranos ainsi que Pêches et Océans Canada. MINISTÈRE DE LA SÉCURITÉ PUBLIQUE, « Les partenaires en matière d'érosion des berges », 2012, en ligne : <<https://www.securitepublique.gouv.qc.ca/securite-civile/surveillance-du-territoire/erosion-cotiere/partenaires.html>>.

²²⁰ *Id.*

Toute action de réduction des risques d'érosion doit tenir compte de la complexité de la dynamique côtière, car une tentative malavisée de protection des berges ne concordant pas avec les connaissances scientifiques et les données *in situ* pourrait empirer le phénomène. Relevons que l'érosion côtière est « à beaucoup d'endroits à travers le monde aggravé par les actions anthropiques de plus en plus agressives sur des milieux aussi fragiles que les littoraux²²¹ ». La décision de recourir à des mesures de protection des berges n'est pas dénuée de difficultés, pas plus que les mesures adoptées à cet égard se révèlent nécessairement efficaces à long terme. C'est, à vrai dire, une tentative de lutte, dans un milieu naturel déjà fragile, contre un phénomène naturel à la fois inéluctable et plein d'impondérables. L'objectif de maintenir une ligne de défense en vue de stabiliser le littoral ou de gagner des terres additionnelles²²² ne peut ainsi souvent être atteint qu'avec des résultats temporaires et à grands frais. Si les méthodes dures de protection des berges, tels les murs et les enrochements, ont traditionnellement été privilégiées, celles-ci étant largement perçues comme la meilleure pratique de gestion de l'érosion côtière²²³, en raison peut-être du sentiment de sécurité et de durabilité qu'elles procurent²²⁴, les coûts associés à leur mise en place et à leur entretien, la diminution de la capacité adaptative du littoral qu'elles entraînent de même que leur interférence négative dans les processus d'érosion²²⁵ militent en faveur des méthodes douces, telles que les recharges en sable et la végétalisation des berges. En effet, les plages dont le talus est protégé par des murs ou des enrochements subissent des abaissements, des rétrécissements; on note même une disparition de la plage dans 85 % des cas²²⁶. À tout le moins, alors que le recours à des méthodes dures doit être réduit, voire évité²²⁷, la diminution des risques d'érosion doit s'inscrire dans un ensemble cohérent considérant les volets spatial et temporel du phénomène à l'échelle même où il se produit. Une

²²¹ A. BOUDJERDA, préc., note 35, p. 54.

²²² A. WILLIAMS et autres, préc., note 44, 2 (PDF).

²²³ N. RANGEL-BUITRAGO, V.N. DE JONGE et W. NEAL, préc., note 43, 3 (PDF).

²²⁴ OURANOS, préc., note 4, p. 90.

²²⁵ N. RANGEL-BUITRAGO, V.N. DE JONGE et W. NEAL, préc., note 43, 3 (PDF).

²²⁶ OURANOS, préc., note 4, p. 89 et 90.

²²⁷ C. IORNS et J. WATTS, préc., note 179, p. 160.

gestion globale doit donc primer les actions ponctuelles faites au gré des besoins ou en réponse à une situation d'urgence²²⁸. Le contraire emporte une incompréhension des processus d'érosion ainsi que de leurs effets secondaires et cumulatifs²²⁹, et ne revient qu'au traitement des symptômes et non des causes²³⁰.

Placé devant les difficultés relatives à la planification et à l'implantation effectives de mesures de protection, le gouvernement a priorisé la réduction des dommages par des mesures préventives liées à l'utilisation du sol. Deux stratégies sont susceptibles de trouver application : l'accommodation et la relocalisation stratégique. La première, stratégie la plus fréquente, a pour objet de maintenir l'usage des terres situées en zones à risque, tout en essayant d'accroître la résilience afin de rendre le risque acceptable, notamment par des changements au zonage ou aux méthodes de construction²³¹. Cette stratégie est au cœur des cadres normatifs. Pour sa part, la relocalisation stratégique (seconde stratégie) consiste à retirer les structures anthropiques des zones développées à risque de façon que les développements ultérieurs soient réalisés plus loin de la côte²³². Preuve de la complémentarité de ces deux stratégies, au Québec, bien que la relocalisation stratégique relève de l'occupation du territoire, sa mise en œuvre s'effectue principalement par les programmes publics d'indemnisation et le Cadre de prévention des sinistres, lesquels prévoient les principales mesures incitatives en la matière.

C'est donc que la gestion des dommages résultant de l'érosion côtière par des mesures d'indemnisation doit être considérée dans le contexte d'une réponse stratégique globale. À cet égard, depuis l'intégration par les municipalités à l'étude des cadres normatifs, il faut noter qu'en matière de recul côtier le gouvernement provincial est à la fois

²²⁸ A. BOUDJERDA, préc., note 35, 93.

²²⁹ Joan L. FLORSHEIM, Jeffrey F. MOUNT et Anne CHIN, « Bank Erosion as a Desirable Attribute of Rivers », (2008) 58-6 *BioScience*, 519, 525.

²³⁰ *Id.*, 526.

²³¹ N. RANGEL-BUITRAGO, V.N. DE JONGE et W. NEAL, préc., note 43, 3 (PDF).

²³² *Id.*

responsable de l'élaboration des outils réglementaires et des mesures d'indemnisation, ce qui facilite ainsi une cohérence d'actions. Bien qu'elle ne fasse pas l'unanimité²³³, l'indemnisation publique s'inscrit dans une approche préventive dès lors que les fonds participent à l'atténuation des risques et du préjudice. À l'exception du cas des zones les plus à risque, pour lesquelles aucun produit privé d'assurance n'existe encore²³⁴, le dilemme demeure toutefois en raison de la nécessaire complémentarité des mesures publiques d'indemnisation et du marché privé de l'assurance, car un principe clé veut qu'un risque raisonnablement et aisément assurable ne bénéficie pas d'une indemnisation publique²³⁵. Au Québec, cependant, les programmes publics d'aide financière ou d'indemnisation sont déterminés en partie en se fondant sur les assurances de dommages proposées sur le marché québécois et généralement souscrites dans le territoire concerné²³⁶.

En outre, l'élaboration et la mise en œuvre des programmes d'aide financière étant des décisions gouvernementales, qui prennent respectivement la forme de décrets gouvernementaux et d'arrêtés ministériels, la décision de ne pas indemniser des sinistrés d'un événement de l'ampleur des grandes marées de 2010 a un coût politique²³⁷ associé aux pressions qu'ont les gouvernements de fournir une certaine compensation financière aux victimes, et cela amplifie ainsi le fardeau fiscal futur²³⁸. Limiter l'indemnisation publique à un seul événement et aux zones pour lesquelles aucun produit d'assurance privée raisonnablement et aisément accessible n'existe en raison des risques plus élevés semble une option plus équitable pour l'ensemble des contribuables. Dans ces zones, l'application de mesures d'indemnisation *proactives* est également bénéfique. À cet effet, la prolongation du Cadre pour la prévention des sinistres jusqu'à 2022, grâce à laquelle les instances municipales peuvent être appuyées finan-

²³³ Geneviève BRISSON et Mary RICHARDSON, *Perception de l'érosion des berges de la Côte-Nord et perspectives de santé publique*, Baie-Comeau, Agence de la santé et des services sociaux de la Côte-Nord, 2009, p. 16.

²³⁴ J.B. DAVIES, préc., note 143, 1 (PDF).

²³⁵ *Id.*

²³⁶ *Loi sur la sécurité civile*, préc., note 138, art. 102, par. 2.

²³⁷ J.B. DAVIES, préc., note 143, 6 (PDF).

²³⁸ C. IORNS et J. WATTS, préc., note 179, p. 20.

cièrement par le gouvernement du Québec afin d'effectuer des travaux de prévention, notamment pour atténuer et traiter les risques d'érosion, se révèle une voie à suivre prometteuse. Pensons en particulier aux démarches entre le ministère de la Sécurité publique et Sainte-Flavie qui permettent d'offrir, afin de déplacer ou de démolir leur maison de manière préventive, une indemnité financière aux citoyens possédant une résidence principale le long du littoral ciblée en raison de son indice de vulnérabilité élevé.

D) Une approche adaptative

Dans sa recherche d'une réponse à une problématique environnementale, le droit a eu tendance, jusqu'à présent, à adopter une conception statique et uniforme de l'environnement naturel, présupposant toujours un retour possible à l'équilibre initial des écosystèmes. Quoique cette conception traditionnelle de la dynamique des écosystèmes ne reflète pas la réalité, puisqu'elle ne tient pas compte de la variabilité naturelle, elle permettait néanmoins au législateur d'adopter des règles générales et de suivre la lente évolution des écosystèmes. De nos jours, les changements climatiques accélèrent la transformation des écosystèmes, le tout de façon très variable selon les caractéristiques qui les définissent. La conception juridique traditionnelle nuit désormais, encore davantage, à une résolution juste de nombreuses problématiques environnementales en ce que la lourdeur du système juridique ne facilite pas de fréquentes modifications, substantives et procédurales, pour répondre à un univers en mouvance. Or, la performance des interventions en matière environnementale requiert des solutions juridiques s'adaptant aux changements écosystémiques à l'échelle et à la vitesse de ces derniers²³⁹. C'est pourquoi une approche normative adaptative doit également être élaborée relativement à l'érosion littorale pour produire une réponse juridique propre à chaque cas et à son évolution. Par exemple, plusieurs objectifs de régulation sont devenus inappropriés ou obsolètes à cause des changements climatiques. C'est le

²³⁹ Craig Anthony ARNOLD, « Environmental Law, Episode IV: A New Hope? Can Environmental Law Adapt for Resilient Communities and Ecosystems? », (2015) 21 *Journal of Environmental and Sustainability Law* 1.

cas notamment, des cotes d'inondation de récurrence de 20 et de 100 ans servant à déterminer l'étendue des plaines inondables de la Politique, car ces cotes proviennent de séries statistiques historiques qui correspondent de moins en moins à la nouvelle réalité apportée par les changements climatiques²⁴⁰ ou encore elles sont tirées de modèles de prévision du recul côtier n'intégrant pas les nouvelles contraintes climatiques ou les spécificités des unités hydrosédimentaires.

En matière d'érosion côtière, les grandes marées de 2010 ont marqué le début d'une approche adaptative. Il faut se rappeler qu'en 2010, à l'exception de la région de la Côte-Nord, les municipalités côtières ne possédaient pas toutes un cadre réglementaire propre à la réalité de leurs côtes, leur réglementation à cet égard étant alors essentiellement tributaire de la Politique. Les normes de cette dernière, de nature générale, ne sont pas en soi modulables en fonction des particularités du milieu côtier concerné (fragilité du littoral, présence d'ouvrages de protection, etc.). Ce n'est qu'en 2011 que le premier cadre normatif a été élaboré pour les régions du Bas-Saint-Laurent et de la Gaspésie-Îles-de-la-Madeleine. Ce cadre de même que les autres qui l'ont suivi ont l'avantage de réguler les interventions visées dans leur territoire d'application selon les différents types de côtes relevés à partir de données cartographiques et d'autoriser la levée de certaines interdictions en fonction de la production de rapports d'expertise, ce qui entraîne de cette manière une action adaptée à la réalité de chaque côte. En outre, leur élaboration, externe aux processus législatifs et réglementaires usuels, laisse entrevoir la possibilité d'une actualisation normative, selon l'évolution des connaissances et de la dynamique des milieux, nettement plus rapide que les instruments législatifs et réglementaires. Toutefois, il n'en demeure pas moins qu'un mécanisme formel et itératif de suivi de la performance environnementale et sociale des interventions, qui serait basé sur l'efficacité et l'efficience normatives²⁴¹, permettrait d'analyser les résultats, d'ajuster les objectifs et

²⁴⁰ Catherine CHOQUETTE, *L'adaptation du droit aux changements climatiques*, Sherbrooke, Cahiers du Sage, 2014, p. 8.

²⁴¹ *Id.*, p. 16.

les cibles de performance ainsi que de recalibrer les normes²⁴². Grâce à ces mécanismes de suivi, établis au niveau local, il serait possible non seulement d'observer de manière plus juste les risques d'érosion à l'échelle des cellules hydrosédimentaires, mais également de contribuer à la gestion intégrée des zones côtières en y faisant participer directement les acteurs locaux.

Conclusion

Le principal impact des grandes marées de 2010 sur les stratégies de gestion du recul des berges par les MRC et les municipalités aura été de réduire l'autonomie normative accordée aux acteurs municipaux en la matière. Si, en 2010, la plupart des municipalités à l'étude disposaient de leurs propres normes visant la réduction des dommages par des mesures préventives liées à l'utilisation du sol et de réduction du risque d'érosion côtière par la protection des berges, l'élaboration de cadres normatifs par le ministère de la Sécurité publique et leur intégration forcée au niveau municipal annoncent les débuts d'un changement de paradigme, somme toute nécessaire, afin de répondre à la problématique de l'érosion côtière dans le contexte des changements climatiques. Les événements de 2010 ont également mis en lumière les limites de l'efficacité des acteurs municipaux en matière d'érosion côtière et d'aménagement du territoire, notamment en raison d'un système de fiscalité municipale lourdement basé sur la valeur foncière et de leur manque d'imputabilité relativement aux conséquences de leurs actions ou inactions. Ces dysfonctionnements, qui ont été soulevés à nouveau en 2011 lors des inondations causées par la rivière Richelieu et lors des crues de 2019 qui ont vu céder une digue à Sainte-Marthe-sur-le-Lac, tardent toujours à être investigués par le gouvernement provincial. Par ailleurs, même si un changement est à prévoir en raison de l'ouverture, en 2015, de l'offre de services de l'assurance privée, le recours à des mesures publiques d'indemnisation en tant qu'incitatifs, particulièrement en ce qui a trait au retrait préventif stratégique, constitue un exemple de gestion adaptative qui sera certaine-

²⁴² Craig ANTHONY et Lance H. GUNDERSON, « Adaptive Law and Resilience », (2013) 43-5 *Environmental Law Reporter* 426, 427.

ment appelée à se développer en fonction de l'évolution des impacts climatiques.

Depuis une décennie, l'utilisation d'une cartographie précise et l'élaboration de cadres normatifs par le gouvernement provincial ont certes été des moments décisifs dans la protection des zones côtières. Toutefois, la performance des normes passe essentiellement par leur mise en œuvre sur le terrain et l'atteinte des objectifs de protection. Dans les deux cas, un effort concerté de toutes les parties prenantes et une gestion intégrée plus axée sur la protection de l'environnement sauront certainement y contribuer et aideront à trouver des solutions peut-être mieux adaptées et plus rassembleuses en matière d'érosion des zones côtières.

Devant une érosion côtière qui s'accélère, l'État, les scientifiques et la société civile en général devront chercher ensemble des solutions novatrices tant en ce qui concerne la réduction des risques d'érosion que pour ce qui est de l'atténuation des dommages et de l'indemnisation des victimes car, *qu'on le veuille ou non, le contexte actuel des changements climatiques offre un riche laboratoire pour l'expérimentation*²⁴³.

²⁴³ J.B. RUHL, préc., note 208, 1403 (libre traduction des auteurs).

La pandémie de COVID-19 et le droit européen des droits de la personne : réflexions sur l'application de la *Convention européenne des droits de l'homme* à l'ère du confinement et des masques obligatoires

par Anne-Françoise DEBRUCHE*

Comment la Convention européenne des droits de l'homme peut-elle s'appliquer aux multiples situations liées à la pandémie de COVID-19? À travers un examen minutieux des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, qui représentent la source principale permettant de réfléchir au jugement possible de nouvelles problématiques, l'auteure analyse, dans la première partie de son texte, les obligations qui pèsent sur les États membres en matière de santé au regard de la Convention. L'adoption de mesures destinées à limiter la progression de la pandémie pourra dès lors être évaluée sous l'angle d'une obligation positive à laquelle doivent satisfaire les États afin de protéger le droit à la vie garanti par la Convention, mais également comme une interférence potentielle avec le même droit à la vie lorsque les « effets secondaires » des mesures y portent atteinte directement ou indirectement. Dans la seconde partie de son texte, l'auteure considère deux cas de figure fondés sur les éventuelles répercussions dommageables de mesures emblématiques (confinement et masques obligatoires) : elle étudie la façon dont les victimes pourraient invoquer certains droits et libertés garantis par la Convention pour obtenir réparation devant la Cour, parmi lesquels se trouve l'interdiction des traitements inhumains et dégradants, des privations de libertés arbitraires et de la discrimination.

* Professeure agrégée, Faculté de droit, Section de droit civil, Université d'Ottawa.

How is the European Convention on Human Rights likely to apply to the many aspects of the current pandemic? As always with novel factual questions, the answer can only be found in a thorough and innovative examination of the case-law of the European Court of Human Rights. We consider firstly the duties of Member States with respect to health issues under the Convention. From this starting point, we will then seek to determine whether the measures adopted by States to limit the spread of the virus should be viewed as the fulfillment of the positive obligation to protect the right to life enshrined in the Convention, or rather as an encroachment on that right because of the many “side-effects” of those measures on the day to day lives of individuals. We will then present two fictional scenarios involving the potential deleterious impact of common measures such as confinement and mandatory masks in the context of the question of how victims might obtain redress from the Court for the alleged violation of certain rights and freedoms protected under the Convention, for example the prohibition against inhumane and degrading treatment, arbitrary detention and discrimination.

SOMMAIRE

Introduction	477
I. La Convention européenne des droits de l'homme à l'heure de la pandémie et des mesures d'urgence : quel droit à la vie?	479
A) L'obligation positive de préserver la vie : la justification « évidente » de mesures sanitaires drastiques.....	481
1. L'organisation des soins de santé dans les hôpitaux publics ou privés	481
2. La prévention des atteintes à la santé dans l'environnement extérieur	484
a) Une obligation sanitaire préventive théorique.....	485
b) La pandémie vue comme un événement incontrôlable susceptible de causer des pertes humaines importantes.....	486
3. Une vaccination obligatoire?	489
B) Une obligation positive qui est aussi une ingérence? Le choix entre la peste et le choléra.....	490
1. L'autre versant du droit à la vie	490
2. Une marge d'appréciation étatique qui devrait l'emporter.....	492
II. La protection du droit à la vie au regard des autres droits et libertés : réflexions concrètes autour de deux cas d'actualité	495
A) L'interdiction des traitements inhumains ou dégradants et le confinement dans un bateau de croisière	497
1. Le confinement peut-il être considéré comme une privation de liberté arbitraire au sens de l'article 5 CEDH?.....	498
a) Est-il question de privation de liberté ou de restriction à la liberté de circulation?	498
b) La justification épidémiologique et l'interdiction de l'arbitraire	500
2. Le droit à la santé des passagers confinés	503
B) L'interdiction de la discrimination et le port du masque obligatoire pour sortir de chez soi.....	509
1. Le confinement et la discrimination.....	510
2. Le masque comme condition obligatoire au déconfinement : une discrimination indirecte?	513
Conclusion	516

Introduction

La mise entre parenthèses ou la réduction de certains droits et libertés fondamentaux pour maîtriser la crise sanitaire provoquée par la pandémie de COVID-19 apparaissent pour la plupart justifiées et naturelles à beaucoup de gens, professionnels du droit ou non. Cette relative absence d'inquiétude et de polémique témoigne d'un degré de confiance appréciable dans la capacité des institutions à ne pas restreindre plus que nécessaire ces droits et libertés fondamentaux pendant la pandémie, et à lever ces restrictions dès qu'il sera possible de le faire. La crainte de dérives sécuritaires, voire de l'émergence d'un « État fort » au despotisme grandissant, ne semble guère préoccuper les esprits. Mais cette confiance spontanée, entretenue par le climat de peur que distillent les médias à grand renfort de chiffres quotidiens et d'images « chocs », est-elle fondée?

Au sein du Conseil de l'Europe, organisation internationale régionale regroupant aujourd'hui 47 États et 830 millions de citoyens, cette question se pose avec acuité par référence à la *Convention européenne des droits de l'homme* (CEDH)¹. Qu'il s'agisse de démocraties bien ancrées comme le Royaume-Uni, la Norvège ou l'Islande, ou encore de très jeunes démocraties issues de l'éclatement de l'URSS (Hongrie, Serbie, Russie, etc.) ou bien de pays où les bastions de la démocratie ne sont plus aussi assurés qu'ils l'étaient (par exemple, la Turquie), la question de l'application de la CEDH dans le contexte de la pandémie de COVID-19 se pose en termes différents, mais chaque État membre est touché d'une manière ou d'une autre. Le président de l'Assemblée parlementaire, Rik Daems, a rappelé dès le 23 avril 2020 que la plupart des droits garantis par la CEDH comportent déjà d'amples possibilités de dérogation de façon à pouvoir s'adapter aux nécessités économiques ou sociales du moment, mais qu'il existe tout de même des « lignes rouges » à ne pas dépasser².

¹ Sa dénomination officielle est : « Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour concrétiser la protection des droits fondamentaux en Europe » (ci-après « CEDH »).

² Rik DAEMS, « COVID-19 : que l'exception ne devienne pas la "nouvelle normalité" », *APCE*, 23 avril 2020, Actualités, en ligne : <<https://pace.coe.int/fr/news/7861/covid-19-que-l-exception-ne-devienne-pas-la-nouvelle-normalite->>.

Les États parties à la CEDH auraient-ils pu s'abstenir de toute mesure pour lutter contre la pandémie de COVID-19 en tablant sur la construction d'une immunité collective? S'ils décidaient d'adopter des mesures, jusqu'où pourraient-ils aller? Dans la première partie de notre texte, nous tenterons de répondre à la première question en examinant la mesure des obligations étatiques découlant de l'article 2 CEDH, qui protège le droit à la vie, dans ce contexte de pandémie (I). Dans la seconde partie, à travers deux trames factuelles suggérées par des situations pratiques emblématiques, nous verrons comment certains droits et libertés garantis par la CEDH peuvent être mis en cause concrètement par des mesures comme le confinement ou le port d'un certain type de masque obligatoire dans les lieux publics (II). Au fil du texte, des références ponctuelles à la *Charte canadienne des droits et libertés* montreront que la discussion pourrait être prolongée en droit canadien, et nous suggérerons des réflexions alternatives, le cas échéant.

Précisons que notre étude porte essentiellement sur les arrêts rendus par la Cour européenne des droits de l'homme (Cour EDH), analysés de façon prospective par rapport à des questions de fait nouvelles plutôt que sur une collection de doctrine. En effet, au contraire du volume conséquent de la doctrine consacrée au droit de l'Union européenne, les études sectorielles (par opposition aux manuels généraux) portant sur le droit européen des droits de la personne ne sont pas légion, au même titre que les revues spécialisées dans le domaine (comme par exemple la *Revue trimestrielle des droits de l'homme*). Toute question nouvelle et spécifique doit donc être abordée de manière autonome par les chercheurs, sur la base des sources primaires étudiées dans le détail, notamment par la comparaison des trames factuelles³. Les sources secondaires génériques (manuels) appuieront donc le fil de notre recherche, et référence sera faite aux contributions plus spécifiques dans la mesure où elles existent.

³ Pour deux rares exemples, en relation avec la pandémie, qui ne comportent pratiquement que des références jurisprudentielles : Ledi BIANKU, « La Convention européenne des droits de l'homme et la pandémie de Covid-19 », (2021) 125 *Revue trimestrielle des droits de l'homme* 15; Frédéric SUDRE, « Le droit à la protection de la santé, droit diffus dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », (2021) 125 *Revue trimestrielle des droits de l'homme* 49.

I. La Convention européenne des droits de l'homme à l'heure de la pandémie et des mesures d'urgence : quel droit à la vie?

L'article 2 CEDH garantit le droit à la vie de façon inconditionnelle, c'est-à-dire qu'il n'est pas permis aux États membres du Conseil de l'Europe d'y déroger formellement de manière générale au motif d'un quelconque état d'urgence ou d'autres circonstances exceptionnelles⁴. L'article 2 lui-même prévoit certaines exceptions dans le cas où la mort surviendrait à la suite de l'utilisation d'une force meurtrière rendue absolument nécessaire par les circonstances, et au service d'un but légitime (comme défendre quelqu'un contre des violences illicites), mais ces exceptions sont de stricte interprétation, et la marge d'appréciation dont disposent les États dans leur mise en œuvre est très réduite⁵.

À l'instar d'autres droits garantis par la CEDH, l'interprétation faite de l'article 2 par la Cour EDH permet d'en dégager deux types d'obligations pour les États membres. Ceux-ci ont, au premier chef, l'obligation négative de ne pas donner la mort illégalement à travers leurs institutions et agents (par exemple, la police), donc de s'abstenir d'une « ingérence » dans le droit à la vie. Mais l'article 2 implique aussi une double obligation dite « positive » à charge des États membres, la première imposant à l'État de prendre les mesures nécessaires pour prévenir les décès prévisibles (volet « substantiel » ou matériel), et la seconde consistant en une obligation d'enquêter de manière indépendante et efficace en cas de décès suspect pour faire toute la lumière sur les circonstances de celui-ci (volet « procédural »)⁶.

⁴ Art. 15 CEDH.

⁵ *McCann, Farrell et Savage c. Royaume-Uni* [GC], 27 septembre 1995, n° 18984/91, § 147.

⁶ Jean-François RENUCCI, *Droit européen des droits de l'homme*, 8^e éd., Paris, L.G.D.J., 2019, n° 103-112; Laurens LAVRYSEN, *Human Rights in a Positive State: Rethinking the Relationship between Positive and Negative Obligations in the European Convention on Human Rights*, Cambridge, Intersentia, 2016.

L'arrêt *Osman c. Royaume-Uni* (1998)⁷ fournit une illustration bien connue de ce type d'obligations positives. Saisie d'un recours initié par le fils et la veuve d'un homme tué par un professeur d'école secondaire, qui manifestait de façon inquiétante des sentiments obsessionnels pour le fils de la victime, au point que la famille Osman avait demandé la protection de la police, la Grande Chambre a estimé que l'État défendeur n'avait pas manqué à son obligation positive substantielle de préserver la vie. En effet, une législation pénale suffisamment dissuasive existait, et la police avait pris des mesures concrètes raisonnables afin d'éviter la matérialisation d'un « risque certain et immédiat » pour la vie, mais l'attaque telle qu'elle était survenue n'était pas prévisible. Par contre, la Grande Chambre a également jugé que les recours offerts à la famille du défunt pour faire examiner de manière contradictoire l'action de la police étaient insuffisants, et que sous cet aspect procédural il y avait violation de l'article 2 CEDH⁸.

Comme on le voit, les obligations positives substantielles sont susceptibles de conférer à la CEDH une dimension horizontale, de telle sorte qu'elle s'applique le cas échéant à des litiges nés de l'action répréhensible d'un individu (le professeur dans l'arrêt *Osman*) sur un autre (la victime décédée), plutôt que de l'action directe d'un agent de l'État sur un individu. Toutefois, la théorie des obligations positives suppose que la violation potentielle réside alors dans l'inaction de l'État défendeur plutôt que dans l'acte du tiers qui a provoqué la mort⁹ : en ce sens, l'application de la CEDH se situe à mi-chemin entre celle de la *Charte canadienne des droits et libertés* (application verticale aux seuls organes de l'État) et celle de la *Charte des droits et libertés de la personne* au Québec (application

⁷ *Osman c. Royaume-Uni* [GC], 28 octobre 1998, n° 23452/94 (ci-après « arrêt *Osman* »).

⁸ En l'espèce, il était question d'une violation de l'article 6§1 CEDH (violation du droit à un juge), mais elle sera examinée de façon conjointe avec la violation du volet procédural de l'article 2 : *Osman*, préc., note 7, §§ 123 et 153.

⁹ Pour cette clarification, voir : David J. HARRIS, Michael O'BOYLE, E.P. BATES et Carla M. BUCKLEY, *Harris, O'Boyle, and Warbrick: Law of the European Convention on Human Rights*, 4^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2018, p. 26 et 27.

horizontale proprement dite, ou *drittwirkung*, entre particuliers, en plus de l'application verticale classique).

Dans un contexte de crise sanitaire et de pandémie, le droit à la vie garanti par la CEDH s'analyse surtout au travers de la nature des obligations positives qui incombent aux États membres afin de protéger les personnes relevant de leur juridiction de la COVID-19 (A). Toutefois, au vu de l'ampleur des mesures préventives adoptées par la plupart des gouvernements européens pour lutter contre la pandémie, il est légitime de se demander si l'exécution de cette obligation positive ne se transforme pas en ingérence injustifiée (B).

A) L'obligation positive de préserver la vie : la justification « évidente » de mesures sanitaires drastiques

Confinement obligatoire généralisé, report de soins de santé considérés comme non essentiels, fermeture indéterminée des écoles, des entreprises, des services publics et des commerces : les mesures sanitaires préventives destinées à faire face à la pandémie de COVID-19 et à en endiguer la progression sont d'une ampleur sans précédent. Étaient-elles requises par l'obligation positive de préserver la vie telle qu'elle ressort de la jurisprudence de la Cour EDH dans des circonstances comparables? Traditionnellement, celle-ci s'est peu avancée dans le domaine de l'organisation des soins de santé (1), mais elle requiert l'adoption de mesures préventives énergiques dans le cas de désastres environnementaux prévisibles (2). Elle s'est également montrée favorable aux campagnes de vaccination publiques (3).

1. L'organisation des soins de santé dans les hôpitaux publics ou privés

Dans le domaine de l'organisation institutionnelle de la santé, la Cour EDH s'incline le plus souvent devant la marge d'appréciation des États membres. Il est aisé d'en comprendre la raison : comme les ressources financières sont limitées, les choix afférents à l'allocation de ces dernières relèvent en principe du jugement des États, non de celui de la

Cour EDH¹⁰. Ainsi, les droits garantis par la CEDH, notamment le droit à la vie, le droit au respect de la vie privée et l'interdiction des traitements inhumains et dégradants, ne sont pas interprétés comme garantissant de manière générale le droit à des soins de santé gratuits¹¹. Plus fondamentalement, pour la majorité des juges européens, « la Convention doit rester à la porte de l'hôpital »¹², en ce sens que l'obligation positive substantielle des États en matière de santé ne permet pas de mettre en cause leur responsabilité en cas de négligence médicale individuelle ou de manque de coordination entre les différents services d'un hôpital¹³. Il en va différemment de leur obligation positive d'enquête en cas de décès survenu en milieu hospitalier : à cet égard, une procédure adéquate, effective et indépendante devra faire la lumière sur les circonstances de la mort pour éviter que de tels événements se reproduisent¹⁴.

En ce qui concerne l'organisation des soins de santé, les obligations positives matérielles des États découlant de l'article 2 CEDH se limitent donc au devoir de « mettre en place un cadre réglementaire

¹⁰ *Lopes de Sousa Fernandes c. Portugal* [GC], 19 décembre 2017, n° 56080/13, § 175 (ci-après « arrêt *Lopes de Sousa Fernandes* »); voir aussi *Pentiacova et autres c. Roumanie* (déc.), 4 janvier 2005, n° 14462/03. Les États sont en effet les mieux à même de juger des priorités en matière de santé ainsi que des limites à l'utilisation des ressources et des besoins sociaux de leur population : *Shelley c. Royaume-Uni* (déc.), 4 janvier 2008, n° 23800/06.

¹¹ *Wiater c. Pologne* (déc.), 15 mai 2012, n° 42290/08, où il était question du remboursement d'un médicament contre le cancer.

¹² Ainsi s'exprime, avec regret, le juge portugais dissident dans l'arrêt *Lopes de Sousa Fernandes*, préc., note 10, § 93.

¹³ C'est la conclusion « définitive » de l'arrêt « phare » en matière de soins de santé, *Lopes de Sousa Fernandes*, préc., note 10, où la Grande Chambre a rejeté l'approche plus exigeante retenue par la Chambre lors du premier examen de l'affaire, voir notamment : D.J. HARRIS et al., préc., note 9, p. 214 et 215.

¹⁴ Il est plus aisé d'engager la responsabilité de l'État sur cette base : à nouveau, voir la mise au point de l'arrêt *Lopes de Sousa Fernandes*, préc., note 10, §§ 214-221, pour les principes généraux, mais aussi l'opinion dissidente du juge Pinto de Albuquerque (§§ 69-70) qui plaide pour le droit à la voie pénale. Voir également : *Calvelli et Ciglio c. Italie* [GC], 17 janvier 2002, n° 32967/96, §§ 49-51; *Panaitescu c. Roumanie*, 10 avril 2012, n° 30909/06; Frédéric SUDRE (dir.), *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, 9^e éd., coll. « Thémis », Paris, Presses universitaires de France, 2019, p. 152-155.

effectif » en vue de l'adoption de « mesures appropriées pour protéger la vie des patients » dans les hôpitaux tant publics que privés¹⁵. Ce n'est qu'en cas de négligence grossière de la part d'un État dans l'organisation de l'accès à des traitements d'urgence vitale, résultant le plus souvent d'un dysfonctionnement systémique des services hospitaliers, que la mort consécutive d'un patient pourra engager la responsabilité de l'État au titre de l'article 2¹⁶. Dans de rares cas, l'incurie des autorités est telle que le constat de violation de l'obligation positive substantielle en matière de soins de santé s'impose presque de lui-même : ainsi, dans l'arrêt *Nencheva et autres c. Bulgarie* (2013), où quinze enfants et jeunes adultes handicapés sont morts dans un centre d'accueil où ils avaient été placés par l'État en l'espace de trois mois, pendant l'hiver, faute de nourriture, de chauffage et de soins¹⁷.

Dans le contexte de la pandémie de COVID-19, l'application de ces principes ne semble pas poser de problème particulier quant à la réorganisation des services hospitaliers pour faire face à l'afflux de personnes infectées. Ou bien les hôpitaux n'ont tout simplement pas assez de moyens pour soigner autant de malades, et la Cour EDH ne constatera pas de manquement à l'article 2 CEDH dans son volet substantiel parce que les ressources sont plus rares dans certains États que dans d'autres, et qu'il appartient à l'État membre de décider au mieux de leur affectation. Ou bien les hôpitaux ont suffisamment de moyens et de lits pour s'occuper de tous dans des conditions raisonnablement décentes, et la Cour EDH se

¹⁵ *Lopes de Sousa Fernandes*, préc., note 10, §§ 166 et 186. Voir également l'arrêt *Fernandes de Oliveira c. Portugal*, 31 janvier 2019, n° 78103/14, qui conforte la grande marge d'appréciation des États membres : F. SUDRE, préc., note 3, p. 23.

¹⁶ *Lopes de Sousa Fernandes*, préc., note 10, §§ 191-192. Il en a été jugé ainsi, par exemple, dans le cas d'un nouveau-né décédé après avoir été ballotté d'un hôpital à l'autre à la recherche de la couveuse qui lui était indispensable dans une région qui en manquait cruellement : *Mehmet Senturk c. Turquie*, 9 avril 2013, n° 13423/09. Voir aussi : *Asiye Genc c. Turquie*, 27 janvier 2015, n° 24109/07; *Elena Cojocarui c. Roumanie*, 22 mars 2016, n° 74114/12; *Aydogdu c. Turquie*, 30 août 2016, n° 40448/06.

¹⁷ *Nencheva et autres c. Bulgarie*, 18 juin 2013, n° 48609/06. Voir aussi, pour le traitement extrêmement négligent d'un jeune handicapé par des structures d'accueil roumaines, l'arrêt *Centre de ressources juridiques au nom de Valentin Câmpeanu c. Roumanie* [GC], 17 juillet 2014, n° 47848/08.

mêlera encore moins de juger leur mode de fonctionnement sur la base de l'article 2 si d'aventure un patient s'en plaignait¹⁸. Quant aux décisions de transférer ou non un malade atteint de la COVID-19 d'une maison de retraite vers l'hôpital, ou vers une unité de soins intensifs, la marge d'appréciation des États est d'autant plus grande qu'elle s'appuie en principe sur le jugement d'un médecin, et que la Cour EDH tendra à respecter l'expertise de celui-ci au motif qu'elle implique « une connaissance spéciale et approfondie du sujet »¹⁹. Par contre, il ne faudrait pas que les services d'urgence refusent à des patients atteints d'autres pathologies des « traitements d'urgence vitale », faute de s'être organisés pour continuer à les accueillir en temps de pandémie, car cela pourrait représenter une violation de l'obligation positive découlant de l'article 2.

2. La prévention des atteintes à la santé dans l'environnement extérieur

La CEDH ne garantit pas un droit à la santé en tant que tel, et l'approche de la Cour EDH en la matière est donc nécessairement fragmentée²⁰. Si le droit à la vie de l'article 2 a été mis à contribution pour définir, de façon minimaliste comme nous venons de le voir, la responsabilité des États quant aux soins prodigués dans les hôpitaux, il a également été utilisé dans le contexte des accidents industriels et des désastres naturels prévisibles ayant entraîné des pertes de vies humaines. Toutefois, l'article 2 n'est alors pas le seul à être invoqué : lorsque le danger environnemental se révèle potentiel plutôt qu'actuel, ou prend la forme d'une pollution qui porte atteinte à la santé des riverains, mais n'a pas encore tué, c'est la protection de la vie privée et familiale garantie par l'article 8 CEDH qui est appelée en renfort.

¹⁸ Dans le même sens : L. BIANKU, préc., note 3, p. 25 et 26.

¹⁹ *Lopes de Sousa Fernandes*, préc., note 10, § 199, citant l'arrêt *Pockajevs c. Lettonie* (déc.), 21 octobre 2004, n° 76774/01. Toutefois, il en irait différemment si la politique de transfert était fixée au préalable par les autorités, et que les médecins devaient s'y soumettre contre leur propre jugement.

²⁰ Pour une excellente présentation, voir le jugement dissident du juge Pinto de Albuquerque dans l'arrêt *Lopes de Sousa Fernandes*, préc., note 10, §§ 29-59, et F. SUDRE, préc., note 3.

Alors qu'elle demeurait prudente sur l'existence de mesures sanitaires préventives au titre de l'obligation positive de l'État de préserver la vie en matière de soins de santé (a), la Cour EDH est allée plus loin quand le danger pour la vie et la santé résulte de catastrophes naturelles prévisibles ou d'activités industrielles dangereuses pour la population avoisinante (b).

a) Une obligation sanitaire préventive théorique

Dans l'arrêt *Shelley c. Royaume-Uni* (2008)²¹, un détenu anglais alléguait que l'absence d'un programme d'échange de seringues usagées au sein de la prison accroissait indûment la probabilité qu'il contracte une infection mortelle, en violation de l'article 2 ou 8 CEDH. La Cour EDH a estimé que, au vu des données statistiques et autres informations fournies par le gouvernement sur le taux des infections en prison, la menace n'était pas suffisamment grave pour impliquer le droit à la vie protégé par l'article 2, mais qu'elle pouvait par contre entrer dans le champ d'application de l'article 8, qui, à travers la protection de la vie privée, est interprété comme garantissant le droit à l'intégrité physique et morale. C'est donc le caractère mortel ou non de la menace qui permet d'établir une démarcation entre l'application de ces deux dispositions, et non la mort de la victime elle-même. Tout en décidant que le requérant n'avait pas démontré que le manque de seringues propres avait eu un impact négatif concret sur sa vie privée, et que sa demande était à cet égard manifestement mal fondée, la Cour EDH a précisé que l'article 8 ne pouvait être interprété comme imposant aux États des obligations sanitaires de type préventif, mais elle n'a pas exclu qu'il puisse en être autrement si le niveau de la menace était tel qu'il entre dans le champ d'application des articles 2 ou 3 CEDH²².

²¹ *Shelley c. Royaume-Uni*, préc., note 10.

²² L'article 3 CEDH, dont il sera question dans la seconde partie de notre texte, interdit la torture et les traitements inhumains ou dégradants. Il entretient avec l'article 2 la même relation que l'article 8 en ce qui concerne la gravité des conséquences de la violation : si le mauvais traitement est de nature à entraîner la mort ou la cause effectivement, on applique l'article 2 plutôt que l'article 3.

b) La pandémie vue comme un évènement incontrôlable susceptible de causer des pertes humaines importantes

C'est dans le domaine des désastres environnementaux causés par la nature ou l'activité humaine que la Cour EDH a avancé une théorie plus audacieuse d'obligations sanitaires positives de nature préventive à charge des États membres, et l'arrêt *Boudaïeva c. Russie* (2008) en fournit l'illustration la plus pertinente dans le contexte de l'application à la pandémie de COVID-19²³. À la suite des dommages causés par plusieurs coulées de boue dans une ville du Caucase, une digue avait été construite, mais elle n'était plus entretenue depuis un certain temps de manière satisfaisante. Les autorités en avaient été averties sans que rien ne soit fait. Il y a eu par la suite de nouvelles coulées meurtrières, et les familles endeuillées ont porté leur action jusqu'à Strasbourg. La Cour EDH leur a donné raison en constatant une violation du volet matériel de l'article 2 CEDH : en ne prenant pas les mesures d'encadrement et de protection effective des citoyens alors qu'il existait un risque connu pour la vie humaine dans cette région, la Russie avait manqué à son obligation positive de protéger la vie des habitants touchés par ce risque. Appliquant les principes élaborés quatre ans plus tôt quant à la prévention des accidents industriels dans l'arrêt *Oneryildiz c. Turquie* (2004)²⁴, la Cour EDH rappelle que le choix des mesures concrètes appartient en principe à l'État membre et ressort de sa marge d'appréciation, traditionnelle en matière de santé quand il s'agit de répartir des ressources limitées²⁵, mais qui se révèle d'autant plus étendue ici que le problème se pose dans un domaine technique et social complexe, et qu'il est question d'un accident naturel incontrôlable²⁶. Devant de tels phénomènes, « la prévention ne peut consister qu'à adopter des mesures visant à la réduction de leurs

²³ *Boudaïeva c. Russie*, 20 mars 2008, n° 15339/02 (ci-après « arrêt *Boudaïeva* »).

²⁴ *Oneryildiz c. Turquie* [GC], 30 novembre 2004, n° 48939/99, §§ 89 et 90.

²⁵ *Boudaïeva*, préc., note 23, § 135, rappelant le principe posé dans l'arrêt *Osman*, préc., note 7, § 116.

²⁶ *Boudaïeva*, préc., note 23, §§ 134 et 135. Ce caractère incontrôlable est également mis en exergue dans l'arrêt *M. Özel et autres c. Turquie*, 17 novembre 2015, n° 14350/05, § 173, à propos de séismes récurrents dans une région.

effets pour atténuer au maximum leur dimension catastrophique »²⁷. On pourrait en dire autant de la propagation du coronavirus au sein de la population, qui, au même titre qu'un séisme ou un glissement de terrain, emporte pour les autorités une obligation de prévention consistant « essentiellement à adopter des mesures renforçant la capacité de l'État à faire face à ce type de phénomènes naturels violents et inattendus »²⁸. Et si la Cour EDH ne sanctionne habituellement l'inaction que devant un risque raisonnablement prévisible, ce n'est pas toujours le cas²⁹.

Parmi les obligations positives préventives destinées à protéger la vie et la santé tant des individus que des familles, l'obligation d'informer les personnes visées est primordiale et elle résulte autant de l'article 2 que de l'article 8 CEDH car, en matière de risques environnementaux, les principes qui gouvernent leur application sont identiques, et celle-ci n'est qu'une affaire de degré³⁰.

Pour apprécier si l'État a satisfait à ces obligations de manière satisfaisante, la Cour EDH suggère dans l'arrêt *Boudaïeva* de considérer la légalité, appréciée selon les exigences de la législation nationale, des actes et des omissions des autorités, ainsi que « la réalisation d'enquêtes et d'études appropriées et la complexité de la question surtout lorsque sont en jeu des intérêts concurrents protégés par la Convention »³¹.

²⁷ *M. Özel et autres c. Turquie*, préc., note 26; dans le même sens : voir l'arrêt *Boudaïeva*, préc., note 23, § 137.

²⁸ *M. Özel et autres c. Turquie*, préc., note 26.

²⁹ Dans l'arrêt *Georgel et Georgeta Stoicescu c. Roumanie*, 26 juillet 2011, n° 9718/03, la Cour EDH a estimé l'État défendeur responsable d'attaques par des chiens errants à Bucarest parce que les autorités n'avaient pris aucune mesure pour enrayer ce problème, alors qu'il n'était même pas établi qu'elles en avaient eu connaissance.

³⁰ *Boudaïeva*, préc., note 23, §§ 132-133; *Oneryildiz c. Turquie*, préc., note 24, §§ 89, 90 et 160; *Guerra et autres c. Italie* [GC], 19 février 1998, n° 14967/89, § 60; *Kolyadenko et autres c. Russie*, 28 février 2012, n° 17423/05, § 159.

³¹ *Boudaïeva*, préc., note 23, § 136, citant l'arrêt *Hatton et autres c. Royaume-Uni* [GC], 8 juillet 2003, n° 36022/97, § 128, et l'arrêt *Fadeïeva c. Russie*, 9 juin 2005, n° 55723/00, §§ 96-98.

Enfin, cette jurisprudence s'applique également aux risques environnementaux auxquels sont exposés des travailleurs dans le cadre de leurs activités³². Le fait de ne pas informer les travailleurs du risque réel auquel ils doivent faire face, de ne pas se doter d'une législation adéquate pour les protéger et de ne prendre aucune autre mesure appropriée pour leur sécurité appelle un constat de violation des articles 2 ou 8 CEDH en fonction de la gravité du risque, qui doit en principe, de nouveau, être connue des autorités³³.

Ainsi, l'approche suggérée par les obligations positives préventives associées à la protection du droit à la vie (ou à la vie privée et familiale) dans le contexte des atteintes à la santé issues de l'environnement (plutôt que d'un milieu hospitalier proprement dit) s'avère particulièrement fructueuse pour analyser les devoirs des États membres du Conseil de l'Europe qui doivent affronter la pandémie de COVID-19.

À l'aune de ce patron théorique et en particulier de cet angle de catastrophe de grande ampleur annoncée par les experts, notre premier constat est que les États assujettis à la CEDH ne pouvaient demeurer simplement inactifs. Une absence complète de mesures préventives aurait certainement constitué une violation des articles 2 et 8 CEDH³⁴. Quant au choix des mesures elles-mêmes et de leur portée, elles seraient sans doute considérées comme légitimes par la Cour EDH, et leur variété même ne poserait pas problème étant donné l'ample marge d'appréciation qui serait reconnue aux autorités nationales. En effet, compte tenu à la fois de la

³² Citons la présence d'amiante dans les locaux de travail (*Brincat et autres c. Malte*, 24 juillet 2014, n° 60908/11, avec un double constat de violation des articles 2 et 8 CEDH), ou les radiations résultant d'essais militaires pour les soldats (*L.C.B. c. Royaume-Uni*, 9 juin 1998, n° 23413/94; *Roche c. Royaume-Uni* [GC], 19 octobre 2005, n° 32555/96).

³³ Cependant, la Cour EDH peut, ici encore, estimer que les autorités auraient dû savoir, compte tenu des informations scientifiques connues à l'époque : *Brincat et autres c. Malte*, préc., note 32, §§ 105 et 106, au sujet des risques de l'amiante.

³⁴ Frédéric BOUHON, Andy JOUSTEN, Xavier MINY et Emmanuel SLAUTSKY, « L'État belge face à la pandémie de COVID-19 : esquisse d'un régime d'exception », *Courrier hebdomadaire du Crisp*, 2020/1, n° 2446, p. 5, aux pages 7 et 8; L. BIANKU, préc., note 3, p. 16-20.

complexité du problème, de l'urgence (qui dispense de la nécessité de réaliser des enquêtes approfondies pour éclairer le processus décisionnel) et des conflits potentiels entre intérêts individuels protégés, dont nous reparlerons ci-dessous et dans la seconde partie de notre texte, les États disposent d'une indéniable liberté dans les choix opérationnels présidant à leur stratégie de prévention³⁵. Même quant au respect par les États de leur propre législation, « le fait pour l'État concerné de ne pas mettre en œuvre une mesure déterminée prévue par le droit interne ne l'empêche pas de remplir son obligation positive d'une autre manière »³⁶ : c'est dire si la latitude est importante en présence de menaces environnementales de grande ampleur.

3. Une vaccination obligatoire?

Il nous reste à nous demander, pour conclure l'étude des obligations positives préventives des États qui se trouvent aux prises avec une pandémie, si un vaccin providentiel protégeant de la COVID-19 devrait, une fois découvert et approuvé, être rendu obligatoire au titre de ces obligations.

La question n'a jamais été posée telle quelle à la Cour EDH mais, au vu de la marge d'appréciation traditionnelle des États en matière de santé dont il a été question jusqu'à présent, la réponse est vraisemblablement négative. Les décisions existantes relatives aux campagnes de vaccination publique concernent soit des campagnes de vaccination obligatoire auxquelles les requérants souhaitent se soustraire pour des motifs philosophiques ou personnels en alléguant une violation de leur vie privée³⁷, soit l'effet indésirable d'un vaccin (obligatoire ou non) ayant entraîné la mort ou une maladie grave, et dont l'indemnisation des

³⁵ Pour un même constat, voir : L. BIANKU, préc., note 3, p. 22.

³⁶ *Fadeïeva c. Russie*, préc., note 31, § 96, relayé par l'arrêt *Boudaïeva*, préc., note 23, § 134.

³⁷ Citons par exemple, dans les arrêts *Acmanne et autres c. Belgique*, 10 décembre 1984, n° 10435/83 (Commission EDH), et *Boffa et autres c. Saint-Marin*, 15 janvier 1998, n° 26536/95 (Commission EDH), rejetant les requêtes comme manifestement mal fondées au regard de l'article 8.

victimes par les autorités est contestée³⁸. Il a aussi été question, dans une telle hypothèse, du défaut d'information par l'État quant à de tels effets secondaires potentiels³⁹.

Un recours probable, dans le contexte de la pandémie de COVID-19, reposerait plutôt sur la disponibilité d'un tel vaccin pour toutes les personnes qui souhaiteraient en bénéficier alors que les ressources sont limitées, mais là encore il a été noté que la Cour EDH affirme avec constance qu'il appartient alors aux États de décider au mieux dans de telles circonstances⁴⁰.

B) Une obligation positive qui est aussi une ingérence? Le choix entre la peste et le choléra

Les mesures destinées à lutter contre la propagation de la COVID-19 lèsent inmanquablement, nous y reviendrons dans la seconde partie de notre texte, d'autres droits et libertés individuels, mais elles découlent de l'obligation positive faite aux États membres du Conseil de l'Europe de protéger la vie. Cependant, en parallèle, ces restrictions sanitaires elles-mêmes, par leur ampleur et leur durée, sont déjà en train de causer des dommages conséquents et parfois irréversibles à la vie de nombreuses personnes. À ce titre, pourraient-elles être vues comme une ingérence dans ce même droit à la vie (1)? Et si c'est le cas, une telle ingérence pourrait-elle être considérée comme justifiée (2)?

1. L'autre versant du droit à la vie

Les mesures sanitaires destinées à endiguer la progression de la COVID-19 visent ouvertement, avec une efficacité et un succès variables

³⁸ Voir, par exemple, l'arrêt *Salvetti c. Italie* (déc.), 9 juillet 2002, n° 42197/98.

³⁹ *Association of Parents c. Royaume-Uni*, 12 juillet 1978, n° 7154/75 (Commission EDH), où l'on constate une évaluation paternaliste du droit à l'information au travers de sa non-pertinence pour des profanes (les parents), plutôt que pour des professionnels de la santé, ce qui serait inacceptable à l'heure actuelle.

⁴⁰ *Hristozov et autres c. Bulgarie*, 13 novembre 2012, n° 47039/11; pour le principe, D.J. HARRIS et al., préc., note 9, p. 524-526.

selon les particularités de chaque pays⁴¹, à protéger les personnes que le coronavirus pourrait tuer. Comme on continue à ignorer qui sont précisément ces personnes, même si les données statistiques indiquent que certaines catégories sont plus vulnérables que d'autres, les États décident par principe de protéger tout le monde, y compris par l'adoption de mesures de confinement destinées à éviter que des personnes infectées asymptomatiques contaminent des individus vulnérables⁴². L'ampleur et la durée des mesures sont donc dictées par l'imprécision de la menace quant à son mode de propagation et aux symptômes qui la révèlent, mais surtout quant à sa cible.

Le problème est que l'ensemble des restrictions sans précédent destinées à lutter contre la pandémie de COVID-19 sont susceptibles, par leur durée, d'engendrer une atteinte à la vie qui pourrait rivaliser avec celle que ces mesures sont supposées prévenir. Le premier aspect de cette ingérence potentielle a trait à la réorganisation des structures de soins pour augmenter la capacité d'accueil des patients infectés par le coronavirus qui présentent des symptômes inquiétants. Plus cette priorité accordée à la COVID-19 perdure, plus les autres malades, dont beaucoup sont en danger de mort également, voient leur chance de survie réduite faute de traitements appropriés en temps utile. En dépit de louables tentatives de communication de la part des autorités, de nombreux patients souffrant d'autres pathologies n'osent plus se rendre aux urgences. Les visites de routine chez le médecin sont reportées ou ont lieu à distance, la vaccination des jeunes enfants prend du retard, et les examens de dépistage ou d'exploration, au même titre que des opérations chirurgicales cruciales, sont différés. Les personnes souffrant de troubles mentaux ont du mal à poursuivre leur traitement, et le confinement lui-même concourt à fragiliser la santé mentale. Sans mettre en cause la bonne volonté de la plupart des États pour tenter de réduire de tels dommages collatéraux, nous constatons qu'en pratique les atteintes à la santé des patients qui ne

⁴¹ Les pays qui ont continué à investir dans leur capacité hospitalière, dont l'administration fonctionne de manière efficace et dont la population tend à mieux respecter les normes tant juridiques que sociales sont naturellement avantagés, mais la densité de population et les choix politiques comptent également.

⁴² Le même constat est fait par L. BIANKU, préc., note 3, p. 24 et 25.

souffrent pas de la COVID-19 croissent avec la prolongation des mesures exceptionnelles destinées à protéger les malades touchés par le coronavirus.

Le second aspect de cette problématique de conflit entre différents droits à la vie réside dans les conséquences dramatiques des mesures de confinement et de fermeture des services, des commerces et des entreprises sur la santé et la vie des personnes qui ne retrouveront pas leur emploi lorsque ces mesures prendront fin. De la même façon que les épidémiologistes annonçaient, statistiques à l'appui, un nombre de morts sans précédent si des mesures sanitaires énergiques n'étaient pas prises, les spécialistes de l'économie prédisent une catastrophe économique qui sera au moins égale à la grande dépression. Or, contrairement au poncif qui consiste à opposer idéologiquement l'une à l'autre, l'économie ne peut être séparée concrètement de la santé des personnes : le chômage et la précarité sont périlleuses pour leur propre santé physique et mentale, mais aussi celle de leurs proches et dépendants, et un État en récession ne peut plus assurer la qualité des soins de santé publique comme il le souhaiterait. Il en va de même de la protection et des droits de groupes vulnérables.

Dans cette optique de conflit entre deux aspects du droit à la vie, l'adoption par certains gouvernements de mesures préventives s'appuyant sur un confinement généralisé de longue durée revenait à choisir entre une peste immédiate et un choléra différé, dont les taux de mortalité respectifs apparaissent aussi incertains que les variables sur lesquelles se fondent les modèles statistiques censés les prédire.

2. Une marge d'appréciation étatique qui devrait l'emporter

Le respect par l'État de son obligation positive de préserver la vie est-il donc susceptible de déboucher sur une ingérence injustifiée au regard des articles 2 et 8 CEDH? La Cour EDH s'est déjà prononcée en ce sens dans l'arrêt *Hanzelkovi c. République tchèque* (2014)⁴³, qui impliquait un confinement individuel imposé dans l'intérêt présumé d'un tiers. M^{me} Hanzelkovi avait décidé de rentrer chez elle sitôt après son

⁴³ *Hanzelkovi c. République tchèque*, 11 décembre 2014, n° 43643/10.

accouchement, en dépit de la politique de l'hôpital qui préconisait un séjour à l'hôpital d'au moins 72 heures même lorsque l'enfant paraissait en bonne santé, ce qui était le cas. Les autorités de l'hôpital ayant contacté les services sociaux, la police était venue rechercher l'enfant *manu militari* pour le reconduire à la clinique contre la volonté de ses parents. La majorité de la Cour EDH a conclu à une violation de l'article 8, car elle estimait l'ingérence disproportionnée, notamment au vu de l'impact de l'absence de la mère pendant les premiers jours de l'enfant et du caractère théorique de la menace planant sur la santé de celui-ci⁴⁴.

Par contre, il est difficile à quelques-uns de contester des mesures sanitaires préventives adoptées au nom de l'intérêt collectif. La jurisprudence relative aux campagnes de vaccination publiques en témoigne. C'est en effet au requérant qu'il appartient de prouver positivement que cette vaccination mettrait sa vie en péril, sans quoi « la solidarité humaine » oblige « l'individu à s'incliner devant l'intérêt général et à ne pas mettre en péril la santé de ses semblables »⁴⁵. Il est également admis qu'une politique de santé publique peut varier d'un pays à l'autre, et qu'un État respecte d'autant mieux la CEDH qu'il adapte sa stratégie sanitaire en fonction de l'évolution des circonstances, pour minimiser l'ingérence possible dans d'autres droits garantis⁴⁶. Même lorsque le lien de causalité entre la campagne de santé publique (en l'occurrence, la vaccination) et l'atteinte au droit à la vie des requérants est établi (la mort de certains enfants à la suite de complications rares résultant du vaccin), il n'y a pas non plus de violation de l'article 2 CEDH :

[S]i, dans le cadre d'une campagne de vaccination dont l'unique objectif est de protéger la santé de la communauté par l'éradication des maladies infectieuses, il se produit un petit nombre d'accidents mortels, on ne saurait dire qu'il y a eu intention d'infliger la mort au sens de l'article 2, paragraphe 1, ni

⁴⁴ Pour la minorité, par contre, il aurait fallu déférer à l'expertise du personnel soignant quant à la pertinence de la pratique de confinement postnatal sur la santé du nouveau-né.

⁴⁵ *Acmanne et autres c. Belgique*, préc., note 37; dans le même sens, voir : l'arrêt *Boffa et autres c. Saint-Marin*, préc., note 37.

⁴⁶ *Acmanne et autres c. Belgique*, préc., note 37.

que l'État a omis de prendre les mesures voulues pour protéger la vie⁴⁷.

La différence avec le « choléra » de la dépression économique et de la mortalité en résultant se situe entre ces deux cas extrêmes : d'une part, le lien de causalité ne serait pas aisé à démontrer dans de nombreux cas mais, d'autre part, le taux de mortalité serait loin d'être négligeable.

Au final toutefois, la marge d'appréciation des États membres permettrait sans doute de conclure à la non-violation du droit à la vie des victimes des mesures préventives justifiées par la lutte contre la pandémie de COVID-19. Nous avons déjà dit que cette latitude demeurerait le principe quant au choix des politiques de santé publique et à l'allocation de ressources limitées (par exemple, celles que requiert la multiplication des tests posée comme condition d'un déconfinement réussi). L'urgence représente un autre facteur favorable aux États membres : la proportionnalité des mesures sanitaires préventives doit être appréciée au moment de leur adoption, non au vu des conséquences dramatiques qu'elles pourraient engendrer par la suite⁴⁸. De plus, nous l'avons déjà souligné, la Cour EDH tend à s'incliner devant l'expertise des professionnels de la santé : l'État ayant fondé ses mesures préventives sur leurs recommandations, il ne saurait donc *a priori* être taxé d'avoir agi de façon disproportionnée. Enfin, les différentes mesures mises en place par les autorités afin de soutenir tant les secteurs de l'économie touchés par le confinement et les fermetures imposées que les patients qui ne souffrent pas de la COVID-19 mais sont privés de traitements adéquats jouent également en faveur d'une absence de violation de la CEDH. Si l'État a fait du mieux qu'il le pouvait dans ces circonstances exceptionnelles, au nom de la protection du droit à la vie de tous, ce n'est pas la Cour EDH à Strasbourg, « qui se trouve sous

⁴⁷ *Association of Parents c. Royaume-Uni*, préc., note 39.

⁴⁸ F. BOUHON et al., préc., note 34, p. 37. Encore faut-il que ces conséquences soient imprévisibles, ce qui est vraisemblable si le confinement envisagé était de courte durée. Toutefois, l'autre catastrophe sanitaire, celle qui découle de la débâcle économique provoquée par un confinement plus long, devient raisonnablement prévisible au fur et à mesure de la prolongation du confinement.

une cloche de verre, à mille kilomètres de là »⁴⁹, dont l'autorité demeure consensuelle et soumise au principe de subsidiarité⁵⁰, qui viendra le déclarer responsable d'une violation de l'article 2 CEDH au motif que la lutte contre la peste immédiate a fini par engendrer le choléra de demain.

II. La protection du droit à la vie au regard des autres droits et libertés : réflexions concrètes autour de deux cas d'actualité

Les mesures sanitaires adoptées par les États pour protéger le droit à la vie des personnes relevant de leur juridiction lèsent naturellement d'autres droits et libertés garantis par la CEDH et ses protocoles additionnels : la liberté de circulation et la liberté d'association, le droit à l'instruction, le droit au respect de la vie privée et familiale⁵¹, notamment, sont indéniablement restreints par les mesures de confinement, de fermeture des écoles et d'interdiction des rassemblements. De telles ingérences peuvent être justifiées à certaines conditions inscrites dans les textes conventionnels eux-mêmes, mais les États peuvent aussi déroger à ces droits et libertés au motif de l'état d'urgence consécutif à la pandémie de COVID-19⁵².

Pour illustrer de tels conflits de droits, imaginons deux situations concrètes suscitées par la pandémie de COVID-19 : le confinement dans

⁴⁹ Ainsi s'exprimait le juge italien Bonello dans l'arrêt *Lautsi c. Italie* [GC], 18 mars 2011, n° 30814/06, § 15 de son jugement concordant. La question en litige, très délicate, concernait la présence de crucifix dans les écoles italiennes au mépris apparent du droit à l'instruction et de la liberté de religion des requérants, mais en accord avec la culture catholique encore très présente en Italie.

⁵⁰ Ceci signifie que la Cour EDH n'intervient qu'en dernier ressort, et qu'il appartient aux États membres, au premier chef, de remédier aux violations des droits fondamentaux relevant de leur juridiction : D.J. HARRIS et al., préc., note 9, p. 17 et 18. L'article 1^{er} du protocole additionnel n° 15 prévoit d'ailleurs l'inscription explicite de ce principe de subsidiarité, de concert avec celui de la marge d'appréciation des États membres, dans le préambule de la CEDH, mais il n'est pas entré en vigueur à ce jour (la Bosnie et l'Italie doivent encore le ratifier).

⁵¹ Ce sont respectivement les articles 2 du protocole additionnel n° 4 (circulation), 11 CEDH (association), 2 du premier protocole additionnel (instruction) et 8 CEDH (vie privée et familiale).

⁵² Art. 15 CEDH.

les bateaux de croisière et, par extension, dans les prisons, les centres fermés ou à la maison (A), et le port d'un certain type de masque obligatoire comme condition de déconfinement (B). Chaque situation sera présentée sous la forme d'un cas pratique susceptible d'être soumis à la Cour EDH, car celle-ci ne peut connaître que de violations spécifiques et non d'une action populaire en vue de contrôler la conformité à la CEDH d'un texte législatif ou constitutionnel⁵³. Toutefois, gardons à l'esprit que de tels recours ne sont pas pour demain : en effet, compte tenu de la règle de recevabilité tenant à l'épuisement des voies de recours internes⁵⁴ et de l'engorgement de la Cour EDH⁵⁵, il faut d'ordinaire au moins quatre ou cinq ans au minimum après le dépôt d'une requête pour obtenir un jugement sur le fond.

⁵³ La Cour EDH n'est pas une cour constitutionnelle, et la CEDH se distingue à cet égard de la *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.)]. Pour une illustration, voir l'arrêt *Le Mailloux c. France* (déc.), 3 décembre 2020, n° 18108/20, où la Cour EDH refuse d'examiner en général la conformité par rapport à la CEDH des mesures adoptées par l'État français pour lutter contre la pandémie : le requérant doit pouvoir démontrer qu'il en est « victime » de façon spécifique (art. 34 CEDH).

⁵⁴ Cette condition de recevabilité impose au requérant de se prévaloir de toutes les possibilités de recours au niveau national avant de déposer sa requête à Strasbourg (art. 35§1 CEDH) et qui est interprétée de façon de plus en plus restrictive (donc défavorable au requérant) par la Cour EDH : F. SUDRE, préc., note 14, p. 907-909; voir, par exemple, l'arrêt *Uzun c. Turquie* (déc.), 30 avril 2013, n° 10755/13.

⁵⁵ Cet état de chose n'a cessé de croître depuis l'instauration du droit de recours individuel, la suppression de la Commission comme organe de filtrage et l'adhésion de nombreux pays de l'Est à la suite de la désagrégation de l'URSS. Pour en mesurer la portée, il suffit de comparer la deuxième et dernière partie du numéro de référence de chaque arrêt, qui indique l'année en abrégé (par exemple, n° 10755/13 montre que le recours a été introduit en 2013) avec la date du jugement.

A) L'interdiction des traitements inhumains ou dégradants et le confinement dans un bateau de croisière

L'arrêt *Laurier c. Royaume-Uni*
(req. n° 3245/22)

Pendant la traversée de l'Atlantique qu'effectue le Queen Mary 2, en provenance de New York, plusieurs passagers et membres d'équipage présentent des symptômes de la COVID-19. À l'arrivée à Southampton, le paquebot est autorisé à mouiller dans le port anglais, mais personne ne peut en débarquer. Des tests confirment les cas de COVID-19 à bord, et les autorités anglaises refusent aux responsables du bateau la permission d'évacuer les passagers vers des hôpitaux ou des centres de confinement à terre par crainte d'une contagion, alors que l'île est apparemment protégée de l'épidémie à ce stade. Le confinement à bord s'organise tant bien que mal. Les passagers ne sont pas autorisés à sortir de leur cabine. Parmi eux, M. Laurier, passager canadien, s'inquiète de voir diminuer ses réserves de médicaments alors qu'il souffre de dépression et d'anxiété. Son épouse, quant à elle, n'a plus d'ampoules injectables, vitales en cas de choc anaphylactique (elle est très allergique aux piqûres d'abeilles). Ils signalent ce double problème à de nombreuses reprises au personnel de bord, mais aucun médicament ne leur est fourni.

Dix jours plus tard, M^{me} Laurier se fait piquer par une abeille : son mari ne peut lui faire l'injection salvatrice, et elle meurt en quelques heures. Deux jours après son décès, seul dans la cabine, M. Laurier fait une tentative de suicide et en conserve d'importantes séquelles.

Par la suite, M. Laurier tente d'obtenir réparation de la part des autorités anglaises, sans succès. Il porte alors l'affaire devant la Cour EDH.

L'arrêt *Laurier* met en scène une quarantaine imposée pour des raisons sanitaires : le confinement des passagers dans leur cabine peut-il justifier l'application de l'article 5 CEDH, qui interdit les privations de liberté arbitraires (1)? Et si même ce confinement s'avère justifié,

comment la CEDH protège-t-elle le droit à la santé des passagers ainsi confinés (2)?

1. Le confinement peut-il être considéré comme une privation de liberté arbitraire au sens de l'article 5 CEDH?

Le cas des marins consignés dans leur cabine pendant treize jours par l'armée française mène droit au premier type de violation de la CEDH dont M. Laurier pourrait se plaindre à Strasbourg : la privation de liberté arbitraire (art. 5). Cependant, encore faut-il que ce confinement ne se réduise pas à une simple restriction à la liberté de circuler (a) et qu'il ne soit pas justifié par la nécessité d'empêcher la propagation d'une maladie contagieuse (b).

- a) Est-il question de privation de liberté ou de restriction à la liberté de circulation?

L'article 5 CEDH consacre une liberté fondamentale dans toute société démocratique, celle de ne pas être emprisonné de façon arbitraire. Cette privation de liberté peut intervenir hors de tout contexte pénal, et impliquer l'action de personnes ou d'entités privées plutôt que d'agents de l'État : les obligations de ce dernier sont donc d'ordre tant négatif que positif⁵⁶. En soi, le fait que ceux qui exercent un contrôle sur les époux Laurier soient les employés d'une entreprise privée ne dédouane donc pas d'emblée le Royaume-Uni au regard de l'article 5.

Par contre, les modalités du confinement du couple en cabine pourraient donner lieu à discussion. Dans les divers cas impliquant des bateaux de croisière pendant la pandémie de COVID-19, ces modalités ont considérablement varié. Si, comme on le lit dans notre encadré, les passagers ne sont pas autorisés à quitter leur cabine, la privation de liberté se révèle indiscutable. Qu'en est-il s'ils peuvent sortir à certains moments de la journée pour aller prendre l'air ou se restaurer?

⁵⁶ Voir en particulier l'arrêt *Storck c. Allemagne*, 16 juin 2005, n° 61603/00, où une adolescente avait été internée contre son gré dans une clinique psychiatrique privée; pour le principe, D.J. HARRIS et al., préc., note 9, p. 300 et 301.

La distinction entre une « privation de liberté », visée par l'article 5 CEDH, et la simple restriction à la liberté de circulation (garantie par l'article 2 du quatrième protocole additionnel à la CEDH, que le Royaume-Uni n'a pas ratifié), n'est pas toujours aisée à établir en pratique⁵⁷. Depuis l'arrêt *Guzzardi c. Italie* (1980), l'approche de la Cour EDH se fonde sur les circonstances concrètes de chaque espèce et se concentre sur le type de contrôle exercé au jour le jour sur la vie de l'individu concerné (dans son genre, sa durée, ses effets et ses modalités d'exécution)⁵⁸. M. Guzzardi, suspecté d'activités mafieuses, avait été assigné à résidence sur un îlot à proximité de la Sardaigne pendant seize mois et y était confiné dans les limites d'un hameau de 2,5 km² avec d'autres personnes soumises au même régime. Sa femme et ses enfants avaient pu l'y rejoindre, mais peu de personnes extérieures avaient accès au village. Il devait rendre compte à la police deux fois par jour et respecter un couvre-feu. Estimant que, au vu de l'ensemble de ces éléments, ce régime évoquait un internement dans une « prison ouverte », la Cour EDH a conclu à l'applicabilité de l'article 5 CEDH⁵⁹. Ces principes ont été réaffirmés dans l'arrêt *De Tommaso c. Italie* (2017) à propos d'un autre cas d'assignation à résidence, mais ils ont conduit à une application différente parce qu'en l'espèce le requérant n'était pas isolé ni surveillé de façon quasi permanente : consigné à son domicile (et non dans un espace exigu), il avait pu continuer à mener une vie sociale en sortant le jour et donc à entretenir des relations avec l'extérieur⁶⁰.

Le cas de M. Laurier satisfait aisément aux critères posés par l'arrêt *Guzzardi*, puisqu'il était interdit aux passagers du Queen Mary 2 de sortir de leur cabine⁶¹. Si, comme cela a été le cas sur d'autres bateaux de

⁵⁷ *De Tommaso c. Italie* [GC], 23 février 2017, n° 43395, § 87.

⁵⁸ *Guzzardi c. Italie*, 6 novembre 1980, n° 7367/76 (Cour plénière), § 92 (ci-après « arrêt *Guzzardi* »).

⁵⁹ *Id.*, § 95.

⁶⁰ *De Tommaso c. Italie*, préc., note 57, § 85; en général : D.J. HARRIS et al., préc., note 9, p. 293 et 294; L. BIANKU, préc., note 3, p. 30.

⁶¹ La cabine de bateau devient alors l'équivalent d'une cellule de prison. Le fait que des passagers disposent d'un téléphone cellulaire et se trouvent en mesure de joindre certains de leurs proches ou d'accéder aux réseaux sociaux n'empêche pas la privation de liberté au motif qu'ils pourraient ainsi maintenir le contact avec l'extérieur : à ce compte, de plus en plus de prisonniers ont accès

croisière, M. Laurier avait été autorisé à sortir pour se promener ou prendre ses repas, il n'en demeurerait pas moins qu'une cabine de bateau est indéniablement un espace de confinement exigü. Tout dépendrait alors du type de surveillance exercé sur les passagers lors de leurs sorties autorisées, de la fréquence et de la durée de celles-ci ainsi que du degré de socialisation permis. La durée même du confinement sanitaire, qui se mesure en semaines plutôt qu'en mois, serait pertinente si les possibilités de sortie étaient souples⁶². Cependant, il est douteux que l'organisation du confinement dans un navire abritant des milliers de passagers leur permette de quitter leur cabine et de se déplacer à leur guise; à ce compte, comme dans l'arrêt *Guzzardi*, le modèle demeure *a priori* un modèle carcéral même si la prison est un peu « ouverte ». Dans l'arrêt *Medvedyev c. France* d'ailleurs, le fait que les soldats qui avaient pris le contrôle du navire ont permis aux membres de l'équipage de quitter un peu leur cabine pendant les treize jours de traversée n'a pas empêché la Cour EDH d'analyser leur situation comme une privation de liberté : le confinement était double, à la fois dans les cabines et sur l'espace restreint du bateau, et tant les mouvements du navire que ceux de l'équipage consignés étaient contrôlés par l'armée française⁶³.

b) La justification épidémiologique et l'interdiction de l'arbitraire

Si l'on admet que le confinement dans un bateau de croisière en eau territoriale, même avec permission de sortie de la cabine de temps en temps, soit considéré comme une « privation de liberté » au sens de l'article 5 CEDH, cette contrainte est-elle pour autant arbitraire dans un contexte de pandémie? L'article 5 (1) (e) mentionne en effet la « détention régulière d'une personne susceptible de propager une maladie contagieuse » parmi les exceptions énumérées. Toutefois, la détention doit avoir lieu dans le respect des voies légales (au regard du droit national tant substantiel que processuel) et doit être « régulière »⁶⁴, ce que la Cour EDH

à Internet, et personne ne conteste qu'ils sont effectivement privés de liberté au regard de l'article 5 CEDH.

⁶² Pour une discussion de l'application de l'article 5 CEDH à d'autres mesures comme le couvre-feu, voir L. BIANKU, préc., note 3, p. 30 et 31.

⁶³ *Medvedyev c. France* [GC], 29 mars 2010, n° 3394/03, § 74.

⁶⁴ *Enhorn c. Suède*, 25 janvier 2005, n° 56529/00, § 36 (ci-après « arrêt *Enhorn* »).

interprète comme signifiant non seulement qu'il doit exister un danger réel pour la santé publique (ce n'est pas le cas de toutes les maladies contagieuses), mais aussi que la privation de liberté s'avère nécessaire, dans le sens d'une mesure de « dernier recours » indispensable là où des mesures plus légères seraient inefficaces, pour éviter la contagion⁶⁵.

L'unique arrêt appliquant effectivement l'exception de l'article 5 CEDH afférente aux maladies contagieuses, soit l'arrêt *Enhorn*, concerne un homme séropositif maintenu contre sa volonté dans un hôpital suédois pendant près d'un an et demi par crainte qu'il ne contamine d'autres personnes. La majorité de la Cour EDH a estimé que cette privation de liberté n'était pas régulière, car d'autres mesures moins intrusives n'avaient même pas été prises en considération : elle a ajouté qu'il n'existait du reste pas de « juste équilibre » entre la protection de l'intérêt général (il n'était pas établi que le requérant ait jamais eu un comportement sexuel à risque) et l'ingérence dans son droit à la liberté individuelle⁶⁶. Cet *obiter* a été mis en cause dans les deux opinions concordantes accompagnant l'arrêt *Enhorn*. Le juge portugais Cabral Barreto rejetait catégoriquement la référence au juste équilibre au motif que ce test de proportionnalité introduisait le risque d'une plus grande marge d'appréciation des États dans l'application de l'article 5, ce qui n'était pas souhaitable. De son côté, Jean-Paul Costa, président français de la Cour EDH à l'époque, estimait que les rapports entre le critère de proportionnalité et celui, classique, de la nécessité de la mesure dans l'évaluation du caractère arbitraire de la privation de liberté étaient nébuleux, même si la question du « juste équilibre » entre intérêt individuel et intérêt collectif se posait effectivement de manière aiguë dans un contexte grave d'épidémie⁶⁷. Prophétique, il jugeait une clarification nécessaire et « d'autant plus utile que les évolutions épidémiologiques peuvent malheureusement rendre plus nombreuses » de telles requêtes⁶⁸.

⁶⁵ *Id.*, § 44.

⁶⁶ *Id.*, §§ 54 et 55.

⁶⁷ *Id.*, § 11 (Jean-Paul Costa).

⁶⁸ *Id.*, § 14 (Jean-Paul Costa).

L'arrêt *Enhorn* est pourtant le seul dont nous disposons aujourd'hui pour guider l'application de l'article 5 (1) (e) CEDH aux privations de liberté consécutives à la pandémie de COVID-19. Lorsqu'un bateau de croisière doit confiner ses passagers pour cause de coronavirus à bord, au même titre que dans l'hypothèse d'un confinement à domicile, la justification de la privation de liberté ne pose aucun problème au regard du danger que représenterait pour l'État membre visé le risque de contagion si les passagers étaient autorisés à débarquer. Par contre, la nécessité de la mesure de confinement (n'y avait-il en l'espèce aucune mesure plus respectueuse de la liberté individuelle qui convienne?) soulève davantage de questions. Tout dépend des circonstances de l'espèce, et en particulier du moment dans la progression de l'épidémie dans ce pays. La population de cet État membre était-elle déjà très touchée? Les hôpitaux nationaux étaient-ils (déjà) débordés? Que savait-on à ce moment du ou des modes de propagation du virus (et donc comment en protéger les soignants chargés de prendre les passagers en charge le cas échéant)? Si le confinement des passagers avait eu lieu alors que l'État membre était très peu touché par l'épidémie, jouissait de capacités hospitalières confortables et que l'on savait comment protéger les intervenants de la contagion, on aurait pu au moins argumenter que le fait de ne pas évacuer les passagers malades vers des structures de soins adaptées violait l'article 5⁶⁹. Et si l'État défendeur était en mesure de tester le reste des passagers en vue de les libérer, mais ne l'a pas fait, il pourrait en être de même.

Cependant, l'utilisation additionnelle du critère du « juste équilibre » reposant sur la proportionnalité entre intérêt collectif et intérêt individuel dans l'arrêt *Enhorn* aboutit ici, ainsi que l'avait déjà relevé le juge Cabral Barreto, à permettre à l'État visé de se retrancher davantage derrière sa marge d'appréciation quant au caractère nécessaire ou « régulier » de la mesure sanitaire de confinement en lieu et place de la prise en charge des passagers. Quand on sait en outre que, ces dernières

⁶⁹ Le caractère inadapté du lieu de détention est du reste susceptible d'intervenir dans l'appréciation du caractère « régulier » de la privation de liberté, particulièrement lorsqu'il existe un lien étroit entre le motif de celle-ci et l'endroit où elle intervient : *Aerts c. Belgique*, 30 juillet 1998, n° 25357/94; D.J. HARRIS et al., préc., note 9, p. 301 et 302, 331 et 332.

années, la Cour EDH a infléchi sa jurisprudence protectrice de la liberté individuelle en faveur d'impératifs sécuritaires invoqués par les États membres⁷⁰, on se dit que l'impératif sanitaire pourrait à son tour justifier une relativisation similaire dans ce qui apparaît (pour le moment, à tout le moins) comme une circonstance exceptionnelle. La privation de liberté des passagers confinés serait alors « régulière », et il n'y aurait pas de violation de l'article 5 CEDH.

2. Le droit à la santé des passagers confinés

Les obligations positives dictées par l'article 2 CEDH s'accroissent lorsqu'il est question de la santé d'individus vulnérables, que ce soit du fait de leur jeune âge⁷¹, d'un handicap⁷², de troubles mentaux⁷³ ou tout simplement d'une privation de liberté⁷⁴. Dans le cas des détenus en particulier, les autorités doivent fournir l'assistance médicale que requiert leur état de santé dans les circonstances, et le respect de cette obligation positive sera analysé en fonction de la gravité des conséquences imputées au manquement allégué : sur la base de l'article 2 en cas de décès⁷⁵, de

⁷⁰ Voir en particulier : *Austin et autres c. Royaume-Uni* [GC], 15 mars 2012, n° 39692/09, où le confinement de passants par la police pendant plusieurs heures au sein d'un « cordon » pour contrôler une manifestation n'a pas été considéré comme une privation de liberté; *S., V. et A. c. Danemark* [GC], 22 octobre 2018, n° 35553/12, où le principe de l'interprétation restrictive des exceptions de l'article 5 CEDH est abandonné. La Cour EDH prête également une oreille attentive aux limites budgétaires orientant les choix des États : Béatrice PASTRE-BELDA, « La protection des droits fondamentaux de la personne privée de liberté : quelles évolutions dans la jurisprudence européenne? », (2019) 119 *Revue trimestrielle des droits de l'homme* 599, 610-612.

⁷¹ *Kemaloglu c. Turquie*, 10 avril 2012, n° 19986/06.

⁷² *Nencheva et autres c. Bulgarie*, préc., note 17.

⁷³ *Dodov c. Bulgarie*, 17 janvier 2008, n° 59548/00; pour plusieurs critères de vulnérabilité réunis : *Centre de ressources juridiques au nom de Valentin Câmpeanu c. Roumanie* [GC], préc., note 17, § 130.

⁷⁴ Parmi de nombreux arrêts, voir : *Tais c. France*, 1^{er} juin 2006, n° 39922/03, § 98; *Karpnylenko c. Ukraine*, 11 février 2016, n° 15509/12, § 80.

⁷⁵ Citons à cet effet l'arrêt *Mustafayev c. Azerbaïdjan*, 4 mai 2017, n° 47095/09 (décès d'un détenu transporté trop tard à l'hôpital pour traiter les blessures causées par un incendie dans sa cellule), et l'arrêt *Jasinskis c. Lettonie*, 21

l'article 3 lorsque le défaut de soins est suffisamment grave pour équivaloir à un traitement inhumain ou dégradant⁷⁶ et de l'article 8 quand il n'atteint pas ce seuil de gravité, mais qu'il représente au moins une atteinte à la vie privée de la personne privée de liberté⁷⁷. Cependant, les articles 2 et 3 ne sont pas mutuellement exclusifs, et la violation du seul article 3 peut être constatée alors que l'état de santé précaire du détenu a pourtant largement contribué à son décès⁷⁸. Ils emportent également une obligation positive procédurale imposant aux États de faire toute la lumière sur les circonstances du décès ou encore des traitements inhumains ou dégradants⁷⁹.

De manière générale, la protection de la santé des prisonniers se place traditionnellement sous l'égide de l'article 3 CEDH interdisant les mauvais traitements⁸⁰, et leur vulnérabilité commande un renversement de la charge de la preuve en leur faveur. C'est en effet à l'État défendeur qu'il revient d'expliquer qu'il a tout mis en œuvre pour soigner

décembre 2010, n° 45744/08 (décès d'un sourd-muet à la suite d'une commotion et d'absence de soins de la part de la police, qui l'avait placé en cellule de dégrisement).

⁷⁶ La différence entre les traitements inhumains et dégradants qu'évoque l'article 3 est surtout affaire de degré, mais les traitements dégradants ne sont pas nécessairement infligés délibérément, alors que les traitements inhumains le sont. En tout état de cause, particulièrement dans le contexte carcéral, la Cour EDH ne les distingue pas systématiquement, et préfère parler de « mauvais traitements » : J.-F. RENUCCI, préc., note 6, p. 109.

⁷⁷ *Shelley c. Royaume-Uni*, préc., note 10, analysé précédemment quant au rapport entre les articles 2 et 8 CEDH. Pour la démarcation entre les articles 3 et 8, voir D.J. HARRIS et al., préc., note 9, p. 519-522.

⁷⁸ C'était le cas dans l'arrêt *Keenan c. Royaume-Uni*, 3 avril 2001, n° 27229/95, dans un autre cas de suicide en prison, parce le risque à cet égard était imprévisible (il n'y avait donc pas violation de l'article 2 CEDH), mais que les autorités pénitentiaires n'avaient pas assuré un suivi médical approprié par rapport aux troubles mentaux du détenu (violant ainsi l'article 3 CEDH).

⁷⁹ Voir aussi : l'arrêt *Slimani c. France*, 27 juillet 2004, n° 57671/00, §§ 29-31, pour son application aux articles 2 et 3 CEDH en milieu carcéral.

⁸⁰ *Id.*, § 27; voir aussi : *Selmouni c. France* [GC], 28 juillet 1999, n° 25803/94, § 87. Le type et le mode de détention doivent être compatibles avec la dignité humaine, et ne pas infliger de la détresse ou des souffrances excédant celles qui découlent inévitablement d'une privation de liberté : *Dzieciak c. Pologne*, 9 décembre 2008, n° 77766/01, § 91.

correctement un détenu dont l'état de santé se détériore rapidement de façon importante, ce qui suscite un « doute inévitable » quant à la qualité des soins prodigués⁸¹. Et si la mort survient, ce doute se révèle d'autant plus grand que le droit à la vie entre en jeu⁸². Dans un cas comme dans l'autre, c'est parce que les autorités ont assumé le contrôle de la personne des détenus qu'elles savent ou devraient savoir mieux que quiconque ce qui se passe dans leurs prisons et autres commissariats⁸³, et qu'il leur appartient donc de démontrer qu'elles ont fait tout ce qui était raisonnablement possible, de bonne foi et avec diligence, pour tenter d'éviter la concrétisation du risque de mauvais traitement ou de mort⁸⁴. Ce risque « réel et immédiat »⁸⁵ devait toutefois être connu des autorités, ce qui signifie notamment qu'elles devaient ou auraient dû savoir que tel détenu souffrait d'une affection physique ou psychique, et que tel type de traitement était requis pour y remédier autant que possible⁸⁶. Les troubles mentaux et le risque de suicide avérés imposent également l'administration d'un traitement approprié et l'adoption de précautions de base⁸⁷.

⁸¹ *Salakhov et Islyamova c. Ukraine*, 14 mars 2013, n° 28005/08, § 129. Le fait que l'État défendeur se montre incapable de fournir un dossier médical confirme ce doute et permet de conclure en l'espèce à la violation de l'article 3 CEDH (§ 138).

⁸² *Keenan c. Royaume-Uni*, préc., note 78, § 91; *Makharadze et Sikharuridze c. Géorgie*, 22 novembre 2011, req. n° 35254/07, § 72.

⁸³ *Dzieciak c. Pologne*, préc., note 80, § 92.

⁸⁴ Ceci s'apparente au devoir du défendeur dans une action en responsabilité civile extracontractuelle : *Makharadze et Sikharuridze c. Géorgie*, préc., note 82, § 74; *Karpylenko c. Ukraine*, préc., note 74, § 81.

⁸⁵ *Centre de ressources juridiques au nom de Valentin Câmpeanu c. Roumanie*, préc., note 17, § 130.

⁸⁶ Ainsi, le décès d'une personne détenue peut être « soudain, ponctuel et imprévu », à la manière d'une « force majeure » à laquelle l'État ne peut pas faire face parce que la situation est imprévisible : *Nencheva et autres c. Bulgarie*, préc., note 17, § 122. Ce n'était pas le cas en l'espèce vu que les décès de jeunes handicapés dans un centre d'accueil s'étaient échelonnés sur plusieurs mois. Voir aussi : l'arrêt *Karpylenko c. Ukraine*, préc., note 74, § 88 (décès d'un prisonnier séropositif privé de traitement pendant 10 mois); *Makharadze et Sikharuridze c. Géorgie*, préc., note 82, §§ 77 et 80 (décès d'un prisonnier atteint de la tuberculose); *Dzieciak c. Pologne*, préc., note 80, § 101 (décès d'un prisonnier faute d'opération cardiaque).

⁸⁷ *Paul et Audrey Edwards c. Royaume-Uni*, 14 mars 2002, n° 46477/99, § 56; *Keenan c. Royaume-Uni*, préc., note 78; *Renolde c. France*, 16 octobre 2008, n°

Toutefois, la Cour EDH demeure réaliste et interprète cette obligation positive de soins de façon à ne pas « imposer aux autorités un fardeau insupportable ou excessif » compte tenu de l'imprévisibilité éventuelle du comportement humain, et des choix opérationnels qui incombent aux États en matière de priorités et de ressources à leur disposition⁸⁸ : la marge d'appréciation nationale croît donc en fonction de la complexité des enjeux et de l'étendue du problème.

L'application de ces principes à l'arrêt *Laurier* que nous avons présenté plus haut pourrait sembler aisée à première vue. M^{me} Laurier est décédée à la suite d'un choc anaphylactique provoqué par une piqûre d'abeille, réaction qui n'a pu être traitée à temps faute du médicament nécessaire, pourtant réclamé à plusieurs reprises. Le risque pour sa santé et le traitement approprié étaient donc connus, ce qui permettrait à M. Laurier d'invoquer une atteinte au droit à la vie garanti par l'article 2 CEDH⁸⁹. Quant à sa propre tentative de suicide et aux séquelles qui en ont résulté, le fait de le laisser seul confiné dans sa cabine après la mort de son épouse, alors qu'il souffre de dépression et d'anxiété, ce dont il a aussi fait part aux autorités en demandant qu'on lui fournisse les médicaments appropriés, qu'il n'a pas obtenus, représente à tout le moins un traitement dégradant au sens de l'article 3 CEDH. Les conjoints étant privés de leur liberté, ils sont considérés comme des personnes vulnérables, et leurs géôliers ont l'obligation positive de veiller à leur santé.

Le problème du confinement dans un bateau de croisière est que l'État sur le territoire duquel ce navire se trouve n'assume pas lui-même l'organisation matérielle de la privation de liberté : en quelque sorte, l'interdiction de débarquer faite par les autorités nationales transforme le paquebot en prison privée, et l'équipage se voit attribuer le rôle traditionnellement dévolu à la direction et aux gardiens d'un centre de

5608/05; *Keller c. Russie*, 17 octobre 2013, n° 26824/04, § 82; *Lykova c. Russie*, 22 décembre 2015, n° 68736/11, § 129; *Slimani c. France*, préc., note 79, § 28.

⁸⁸ *Nencheva et autres c. Bulgarie*, préc., note 17, § 108.

⁸⁹ Dans de tels cas, la victime directe ne peut évidemment poursuivre elle-même, et sa famille proche peut alors invoquer l'article 2 CEDH à titre de victime au sens de l'article 34 : voir, par exemple, l'arrêt *Renolde c. France*, préc., note 87, § 89.

détention. Cependant, une telle privatisation ne libère pas l'État membre de toute responsabilité au regard des articles 2, 3 et 8 CEDH : les passagers privés de liberté demeurent des personnes vulnérables, et les obligations positives de l'État relativement à la préservation de leur santé ne s'éteignent pas au motif que la violation émane d'une institution ou d'une entreprise privée plutôt que publique. Qu'il soit question de privations de liberté arbitraires ou de la qualité des soins de santé prodigués par les hôpitaux, l'État doit à tout le moins se tenir au courant de ce qui se passe, et se doter d'une réglementation destinée à contrôler minimalement la régularité des activités à l'intérieur de tels établissements privés⁹⁰.

Les obligations positives du Royaume-Uni dans notre exemple devront donc tenir compte de l'interposition d'une autorité carcérale « privée », ainsi que des ressources dont ce pays dispose et de la progression de la COVID-19 sur son territoire. Pour évaluer les risques menaçant la santé des passagers, les autorités étatiques dépendent *a priori* du personnel de bord et des informations qui leur seront transmises par son intermédiaire. Toutefois, le risque que des passagers, partis pour un voyage d'une durée déterminée, puissent manquer de médicaments (dont certains d'importance vitale) si ce voyage se prolonge de plusieurs semaines, est prévisible, et l'État ne peut par ailleurs se fier exclusivement aux informations fournies par un équipage susceptible d'être débordé par cette situation exceptionnelle. Sauf si elles sont elles-mêmes accaparées par une situation aiguë d'épidémie à l'échelle du pays, ce qui n'est pas le cas dans notre exemple, on pourrait au moins s'attendre que les autorités médicales de l'État s'assurent des besoins réels des passagers en fait de médicaments, ne serait-ce qu'en envoyant quelques représentants (dûment protégés) à bord. Et si les ressources du pays le permettent, que les médicaments les plus nécessaires soient fournis aux passagers qui le requièrent. Parallèlement, on peut aussi attendre d'un État qui en aurait les moyens logistiques et financiers qu'il transfère les passagers victimes de

⁹⁰ Pour les privations de liberté dans une clinique privée, et donc de personnes vulnérables, voir l'arrêt *Storck c. Allemagne*, préc., note 56, §§ 102 et 103, 108; pour les hôpitaux tant publics que privés en général, voir l'arrêt *Lopes de Sousa Fernandes*, préc., note 10, §§ 166 et 186.

problèmes de santé graves nécessitant une intervention d'urgence (crise cardiaque, accident vasculaire cérébral (AVC) ou insuffisance respiratoire due à la COVID-19, par exemple) en milieu hospitalier pour y être soignés.

Une fois encore, tout dépend de la situation sanitaire du pays ayant accepté de recevoir le bateau de croisière sur son territoire, et des ressources dont il dispose, car la Cour EDH n'entend pas transformer les obligations positives découlant des articles 2 et 3 CEDH en un fardeau excessif, et méconnaître la marge d'appréciation traditionnelle dont disposent les États en matière de santé. À cet égard, les obligations de l'Italie envers les passagers ne seraient pas celles de l'Allemagne, car les ressources de la première sont bien inférieures à celles de la seconde, et les obligations du Royaume-Uni seraient plus étendues au début de l'épidémie, comme dans l'affaire *Laurier*, que lorsque les victimes se comptaient par dizaine de milliers dans le pays.

B) L'interdiction de la discrimination et le port du masque obligatoire pour sortir de chez soi

Poelvoorde et autres c. Belgique
(req. n° 75642/23)

Dans le contexte de sa stratégie de déconfinement, le gouvernement fédéral belge a décidé d'imposer le port de masques antiprojections FFP1 de grande qualité en-dehors du domicile. Or, en raison des difficultés de communication entre les différents niveaux de pouvoir (fédéral, régional, communautaire, provincial et communal), ainsi que de la très forte demande mondiale pour ce type de masques, certaines régions du pays n'ont pas été approvisionnées en masques ainsi qu'elles auraient dû l'être conformément au plan de déconfinement fédéral. M. Poelvoorde habite l'une de ces régions. Il a parcouru des kilomètres pour tenter de trouver les masques requis dans les pharmacies de la région, en vain. En raison de l'interdiction de s'éloigner de plus de 20 kilomètres de son domicile, toujours en vigueur, il n'a pas pu chercher plus loin, et a été verbalisé à quatre reprises par la police, car il se déplaçait avec un simple masque en tissu. Il n'a pas pu rouvrir son salon de toilettage pour chiens, qui a fait faillite, et se trouve sans revenus avec ses trois enfants, privés d'école faute de masques. Un soir où il sort son chien, il est brutalement agressé par un passant qui l'accuse d'être un « criminel sans masque » et doit séjourner trois mois à l'hôpital en rééducation.

L'action en responsabilité que M. Poelvoorde intente contre l'État belge avec d'autres victimes de la pénurie des masques lors du déconfinement est rejetée, et les requérants introduisent alors un recours auprès de la Cour EDH.

Les stratégies de confinement plébiscitées pour ralentir la progression de la pandémie de COVID-19 réduisent considérablement, en pratique, la jouissance des droits et libertés garantis par la CEDH, et ces restrictions, pour justifiées qu'elles soient, doivent de surcroît s'abstenir de toute discrimination (1). Cependant, l'importance du principe de non-discrimination inscrit dans l'article 14 CEDH ressort particulièrement dans

la mise en œuvre des règles adoptées pour encadrer la sortie du confinement (2).

1. Le confinement et la discrimination

Les mesures de confinement adoptées pour lutter contre la pandémie lèsent incontestablement bon nombre de droits et de libertés garantis par le système conventionnel. Le droit à la liberté et à la sûreté (art. 5 CEDH) dont il a été question sur les bateaux de croisière interdits de débarquement, qui condamne les emprisonnements arbitraires, est bien sûr l'un des premiers qui vient à l'esprit à cet égard, mais il est loin d'être le seul : le droit à la vie privée et familiale (art. 8 CEDH), le droit au respect des biens et à l'instruction (art. 1 et 2 du premier protocole additionnel), la liberté d'association et de réunion (art. 11 CEDH), d'expression (art. 10 CEDH), de circulation (art. 2 du quatrième protocole additionnel) et de religion (art. 9 CEDH) sont immanquablement touchés par le principe même du confinement et des mesures d'interdiction des rassemblements qui l'accompagnent⁹¹. Pour autant, l'interférence avec ces droits et libertés garantis par la CEDH n'emporte pas nécessairement leur violation : les textes qui les reconnaissent prévoient la possibilité pour les États d'y porter atteinte pour toute une série de motifs jugés légitimes, parmi lesquels la nécessité d'enrayer la propagation d'une maladie contagieuse⁹² ou bien la protection de la santé⁹³ ou de l'intérêt général⁹⁴. De telles ingérences, conséquences du confinement, doivent toutefois être autorisées par une norme suffisamment accessible et prévisible, et être proportionnelles au regard du but légitime poursuivi par la mesure (ici la protection de la santé de la population)⁹⁵.

⁹¹ L. BIANKU, préc., note 3, p. 29 et suiv.

⁹² Art. 5 § 1 e) CEDH, dont il a été question ci-dessus en relation avec le confinement sur les bateaux de croisière.

⁹³ Art. 8, 9, 10 et 11 CEDH et art. 2 du quatrième protocole additionnel.

⁹⁴ Art. 1^{er} du premier protocole additionnel.

⁹⁵ Pour une présentation globale du contrôle de la justification des ingérences, voir : Bernadette RAINEY, Pamela MCCORMICK ET Clare OVEY, *Jacobs, White and Ovey: The European Convention on Human Rights*, 6^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2014, p. 307-333.

Mais encore faut-il que ces ingérences justifiées dans les droits et libertés protégés ne touchent pas certaines personnes de façon disproportionnée et déraisonnable par rapport à d'autres, donc qu'elles ne soient pas discriminatoires. L'article 14 CEDH prévoit en effet ceci :

[I]a jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation.

L'originalité de cette disposition est sa nature « parasitaire »⁹⁶ : sa violation ne peut être constatée que conjointement avec celle d'un autre droit ou liberté reconnu par la CEDH et ses protocoles additionnels, qui doit donc être applicable au cas d'espèce. Malgré cette absence d'existence indépendante, l'article 14 permet parfois de découvrir une double violation là où une violation de l'autre disposition seule n'aurait pas été constatée⁹⁷. En dépit du caractère excessivement large de la version française du texte⁹⁸, une discrimination illicite au sens de l'article 14 requiert une différence de traitement dans la jouissance d'un droit ou d'une liberté protégé qui soit dépourvue de « justification objective et raisonnable »⁹⁹. Définie au départ plutôt par référence à une égalité formelle (différence de traitement entre des situations comparables)¹⁰⁰, la notion de discrimination renvoie aussi aujourd'hui à une vision plus

⁹⁶ D.J. HARRIS et al., préc., note 9, p. 765.

⁹⁷ *Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique » c. Belgique*, dite plus communément « Affaire linguistique belge », 23 juillet 1968, n° 1474/62 (Cour plénière), § 9; *Abdulaziz et autres c. Royaume-Uni*, 28 mai 1985, n° 9214/80 (Cour plénière), §§ 69 et 83; F. SUDRE, préc., note 14, p. 105. L'article 1^{er} du douzième protocole additionnel prévoit une interdiction de la discrimination autonome, mais il n'a été ratifié que par 20 États membres sur les 47 que compte le Conseil de l'Europe, et son application demeure très occasionnelle : D.J. HARRIS et al., préc., note 9, p. 801-803.

⁹⁸ Comparer la mention « sans distinction aucune » à la version anglaise de l'article 14 : « without discrimination ».

⁹⁹ *Affaire linguistique belge*, préc., note 97, § 10.

¹⁰⁰ *Van der Musselle c. Belgique*, 23 novembre 1983, n° 8919/80 (Cour plénière), § 46.

concrète et substantielle de l'égalité (absence d'une différence de traitement lorsque les situations sont différentes)¹⁰¹, sur laquelle nous reviendrons plus loin.

À ce stade, notons que l'application « différenciée » des mesures de confinement, qui influent sur la jouissance de nombreux droits et libertés garantis par le système conventionnel, peut naturellement se traduire par une violation de ceux-ci que précipiterait l'article 14 CEDH. Prenons par exemple la permission accordée à certaines personnes de continuer à travailler (soignants, employés dans l'alimentation, policiers, etc.) et non à d'autres (comme les professionnels du spectacle ou les coiffeurs) : ce traitement différent dans la jouissance du droit à la vie privée (art. 8 CEDH), qui inclut le droit d'exercer son travail¹⁰², est-il discriminatoire? Étant donné le caractère légitime du but poursuivi par la distinction (maintenir les services essentiels pendant la pandémie de COVID-19, tout en réduisant la propagation du virus) et sa proportionnalité apparente (un juste équilibre entre la protection de l'intérêt collectif et le respect des droits et libertés garantis)¹⁰³, on peut en douter dans ce cas, d'autant plus que la Cour EDH reconnaît en principe une ample marge d'appréciation aux États membres dans la détermination de politiques générales en matière sociale ou économique¹⁰⁴. Cependant, les choix opérés quant à la stratégie du confinement peuvent poser problème si les États membres ne respectent pas les « règles du jeu » en fait de discrimination, particulièrement en s'astreignant à autant de proportionnalité que possible. C'est que nous allons constater en évoquant, par l'entremise de l'arrêt *Poelvoorde*, un aspect délicat de la politique de

¹⁰¹ Cette approche était déjà contenue en germe dans l'*Affaire linguistique belge*, préc., note 97, § 10; F. SUDRE, préc., note 14, p. 110.

¹⁰² *Sidabras et Dziautas c. Lituanie*, 23 juin 2015, n° 50421/08.

¹⁰³ Le test à deux branches est posé dès l'*Affaire linguistique belge*, préc., note 97, § 7 : D.J. HARRIS et al., préc., note 9, p. 772-776.

¹⁰⁴ *James et autres c. Royaume-Uni*, 21 février 1986, n° 8793/79 (Cour plénière), § 46. Cependant, le contrôle de la Cour sera davantage poussé en raison de motifs de discrimination jugés plus préoccupants que d'autres, par exemple, la race, la nationalité, le sexe, la naissance (légitime ou non), la religion, l'orientation sexuelle, le handicap et la maladie : D.J. HARRIS et al., préc., note 9, p. 776-790.

confinement, soit les mesures accompagnant la sortie progressive de celui-ci.

2. Le masque comme condition obligatoire au déconfinement : une discrimination indirecte?

La notion de discrimination indirecte est généralement envisagée par la Cour EDH de façon collective : cette règle générale a des « effets préjudiciables disproportionnés sur un groupe de personnes, même si elle ne visait pas spécifiquement ce groupe »¹⁰⁵. La discrimination indirecte peut donc résulter d'une situation de fait¹⁰⁶. Même si les autorités n'avaient pas l'intention de désavantager un groupe de personnes en particulier, si c'est là l'effet pratique de leur réglementation, leur bonne foi à cet égard est irrelevante¹⁰⁷.

Parallèlement, l'approche de la discrimination indirecte met aussi l'accent sur le caractère substantiel de l'égalité, et donc sur « l'absence d'un traitement différencié pour corriger une inégalité [...] sans justification objective et raisonnable ». Toutefois, ces deux optiques – celle du groupe particulièrement touché et celle de l'omission d'un traitement différent – sont complémentaires plutôt qu'alternatives¹⁰⁸. La seconde convient particulièrement bien à l'analyse de situations où une réglementation discrimine indirectement un certain groupe de façon potentielle, mais où seule une personne de ce groupe est victime concrètement de cette discrimination : par exemple, une aveugle dont le

¹⁰⁵ *D.H. et autres c. République tchèque* [GC], 13 novembre 2007, n° 57325/00, § 175 (ci-après « arrêt *D.H. et autres* »); *Di Trizio c. Suisse*, 2 février 2016, n° 7186/09, § 80 (ci-après « arrêt *Di Trizio* »).

¹⁰⁶ *Zarb Adami c. Malte*, 20 juin 2006, n° 17209/02, § 76. Cette situation de fait peut notamment prendre la forme du placement d'enfants roms dans des écoles spéciales (*D.H. et autres*, préc., note 105; *Orsus et autres c. Croatie* [GC], 16 mars 2010, n° 15766/03 (ci-après « arrêt *Orsus et autres* »); *Sampani et autres c. Grèce*, 11 décembre 2012, n° 59608/09, § 78 (ci-après « arrêt *Sampani et autres* »)) ou d'un processus de sélection des jurés qui favorise le choix d'hommes plutôt que de femmes (*Zarb Adami c. Malte*, préc., note 106).

¹⁰⁷ *Orsus et autres*, préc., note 106, § 155; *D.H. et autres*, préc., note 105, § 184.

¹⁰⁸ Pour une analyse concise mais stimulante des deux optiques conjuguées, voir F. SUDRE, préc., note 14, p. 111 et 112.

conservatoire de musique refuse l'inscription faute de certificat médical d'aptitude¹⁰⁹, ou un jeune paraplégique qui ne peut poursuivre ses études à l'université en raison des infrastructures qui ne lui sont pas accessibles¹¹⁰.

Quoi qu'il en soit, les deux approches se complètent dans les différentes étapes de l'analyse d'une discrimination indirecte fondée sur l'article 14 CEDH. Souvent, la norme ou la pratique à l'origine de celle-ci poursuit un but légitime, mais son caractère proportionnel (sa « justification objective et raisonnable »¹¹¹) implique nécessairement l'existence de garanties suffisantes et effectives pour tenir compte des besoins spécifiques du groupe lésé, donc que l'État ait tenté de lutter contre la discrimination indirecte de manière active et spécifique¹¹². La complexité de la problématique (et des mesures correctives)¹¹³ et la pluralité des approches possibles, dont témoignerait la législation des États membres du Conseil de l'Europe, plaident en faveur de la reconnaissance d'une plus ample marge d'appréciation pour l'État défendeur¹¹⁴; il en va de même de sa bonne volonté pour tenter de résoudre le problème¹¹⁵. Pour ce qui est de la charge de la preuve, la victime d'une discrimination indirecte peut se contenter de démontrer qu'elle subit un traitement différent qui n'est pas pris en considération de manière spécifique par des mesures adaptées, notamment à l'aide de données statistiques¹¹⁶. Il

¹⁰⁹ *Çam c. Turquie*, 23 février 2016, n° 51500/08.

¹¹⁰ *Enver Sahin c. Turquie*, 30 janvier 2018, n° 23065/12.

¹¹¹ L'expression est invariable : voir par exemple les arrêts *Di Trizio*, préc., note 105, § 80, et *D.H. et autres*, préc., note 105, § 175.

¹¹² *Orsus et autres*, préc., note 106, § 157; *Sampani et autres*, préc., note 106, § 103; *D.H. et autres*, préc., note 105, § 207.

¹¹³ *D.H. et autres*, préc., note 105, § 205; *Orsus et autres*, préc., note 106, § 180.

¹¹⁴ *Di Trizio*, préc., note 105, § 81; *Enver Sahin c. Turquie*, préc., note 110, § 62; *Çam c. Turquie*, préc., note 109, § 64.

¹¹⁵ Contraster à cet égard, par exemple, les efforts de la République tchèque et de la Croatie pour encadrer la scolarité des enfants roms (*D.H. et autres*, préc., note 105, § 208; *Orsus et autres*, préc., note 106, § 184), que salue la Cour EDH, et la démission des autorités grecques placées devant le même problème (*Sampani et autres*, préc., note 106, § 100).

¹¹⁶ *D.H. et autres*, préc., note 105, § 180; *Zarb Adami c. Malte*, préc., note 106, §§ 77-78; *Di Trizio*, préc., note 105, § 85. Le commencement de preuve peut résulter d'autres éléments (*Natchova et autres c. Bulgarie*, 6 juillet 2005, n° 43577/98 (Grande Chambre), § 157), et son degré de certitude dépend de

appartient alors à l'État défendeur de tenter de renverser cette présomption de discrimination en démontrant à la fois que sa réglementation poursuit un but légitime et qu'elle se justifie de façon « objective et raisonnable »¹¹⁷.

Telle est donc la position dans laquelle se trouve placé l'État belge dans notre affaire *Poelvoorde*, étant donné qu'il sera relativement aisé pour le requérant de prouver, statistiques à l'appui, que sa région, comme certaines autres, n'a pas reçu les masques de qualité FFP1 exigés par la stratégie de déconfinement et qu'à ce titre il ne peut sortir de chez lui. Les droits et libertés lésés ici sont donc ceux que restreint ce confinement qui ne s'achève pas pour M. Poelvoorde : du droit à la liberté et à la vie privée et familiale, en passant par la liberté de réunion, d'expression et de religion et d'autres, ils sont multiples. Ce commencement de preuve de discrimination indirecte sur la base de la région de résidence étant acquis¹¹⁸, l'État belge n'aura guère de difficulté à démontrer que la mesure incriminée poursuit un but légitime, car l'idée est de sortir du confinement en protégeant autant que possible la santé publique, donc en tentant, par l'imposition à tous du port d'un masque de qualité, d'éviter une résurgence de l'épidémie.

Par contre, la proportionnalité de la mesure apparaît beaucoup plus discutable. En effet, dans la mesure où la pénurie de masques dans certaines régions est due en partie au manque de communication et de collaboration entre les différents niveaux de pouvoir de l'État, celui-ci n'a pas brillé par son dynamisme dans la mise en œuvre de garanties destinées à tenir compte des besoins spécifiques des habitants de ces régions, dont les droits étaient pourtant gravement mis en péril par le prolongement du

l'ensemble des circonstances ainsi que de la nature du droit en jeu (*D.H. et autres*, préc., note 105, § 178).

¹¹⁷ Sur le principe du renversement de la charge de la preuve, qui s'appuie sur le fait que l'État est le mieux placé pour s'expliquer, voir notamment : *D.H. et autres*, préc., note 105, § 177; *Orsus et autres*, préc., note 106, § 150; *Di Trizio*, préc., note 105, § 84.

¹¹⁸ La résidence peut être considérée comme un motif de discrimination : *Carson c. Royaume-Uni* [GC], 16 mars 2010, n° 42184/05; *Pichkur c. Ukraine*, 7 novembre 2013, n° 10441/06; *Darby c. Suède*, 23 octobre 1990, n° 11581/85.

confinement. Même si les masques de qualité FFP1 obligatoires pour sortir étaient rares sur le marché international, les autorités auraient pu imaginer des mesures provisoires ciblant les régions touchées, en autorisant par exemple des masques d'un autre type, comme les masques en tissu artisanaux. Le fait que ceux-ci sont considérés comme suffisants dans de nombreuses autres stratégies de déconfinement au sein du Conseil de l'Europe, et que le port du masque dans les lieux publics y est souvent encouragé plutôt qu'obligatoire, montre par ailleurs qu'il existe un certain consensus quant à la méthode de déconfinement, auquel la Belgique déroge par un régime nettement plus sévère qui cause ici des dommages conséquents au groupe « non masqué » (la faillite de l'entreprise du requérant notamment). Par suite, malgré l'étendue de la marge d'appréciation que la Cour EDH reconnaîtrait ici à l'État belge en raison de la complexité de la question du déconfinement, il est fort probable qu'elle constaterait la violation d'un ou de plusieurs des multiples droits et libertés mis en cause par le confinement en conjugaison avec l'article 14 CEDH. Ajoutons que le cas des enfants Poelvoorde, eux aussi victimes d'une violation de leur droit à l'instruction (entre autres) et de l'interdiction de la discrimination, se révèle plus préoccupant encore parce que ces derniers sont des personnes vulnérables qu'il convient tout particulièrement de protéger¹¹⁹.

Enfin, l'attaque dont a été victime le requérant aurait dû faire l'objet d'une enquête sérieuse conduite de façon impartiale sous peine de violer aussi l'article 3 CEDH dans son volet procédural¹²⁰.

Conclusion

Au terme de notre texte sur l'application de la CEDH en temps de pandémie, force est de reconnaître que les possibilités de violations

¹¹⁹ *Çam c. Turquie*, préc., note 109, § 67 (au sujet d'enfants handicapés).

¹²⁰ Si c'était un phénomène récurrent dont la police ne se souciait pas, il y aurait là une possibilité de violation cumulée des articles 3 et 14 CEDH. L'agression reposait en effet sur la croyance que le requérant était un malade contagieux, et la maladie est un motif de discrimination que la Cour EDH prend très au sérieux : *Kiyutin c. Russie*, 10 mars 2011, n° 2700/10; *I.B. c. Grèce*, 3 octobre 2013, n° 552/10.

causées par les mesures sanitaires préventives sont multiples. S'il est hautement improbable que le droit à la vie (art. 2 CEDH) soit considéré comme méconnu en raison de l'impact de ces mesures sur le droit au travail et la santé des autres patients (qui ne sont pas atteints de la COVID-19), la pertinence du droit à la vie, à la liberté (art. 5 CEDH) et à l'interdiction des traitements inhumains et dégradants (art. 3 CEDH) s'avère indéniable quant au traitement des passagers confinés dans un bateau de croisière ou chez eux. Le constat est identique pour l'interdiction de la discrimination (art. 14 CEDH), conjuguée à tous les droits et libertés mis en cause par le confinement, au stade du déconfinement et de conditions à respecter obligatoirement, comme le port d'un certain type de masque trop rare.

Les deux exemples qui nous ont permis de réfléchir de façon concrète à la pertinence du système de la CEDH devant une situation de pandémie sont loin d'épuiser les manquements possibles¹²¹. Ainsi, la censure de journalistes critiquant l'action ou l'inertie de leur gouvernement dans la gestion de l'épidémie peut porter atteinte à la liberté d'expression garantie par l'article 10 CEDH. L'interdiction de certains rassemblements religieux, mais pas de tous, pourrait donner lieu à la violation combinée des articles 9 (liberté de religion) et 14 CEDH. L'impossibilité de contester des amendes très lourdes infligées pour non-respect des distances sociales sur la voie publique devant un tribunal indépendant et impartial représente une violation potentielle du droit au juge et à un procès équitable (art. 6 CEDH). L'utilisation de données personnelles numériques pour repérer et contrôler des personnes malades ou suspectées de l'être, ou retrouver leurs contacts, pose un problème au regard du droit au respect de la vie privée et familiale (art. 8 CEDH). Le droit au respect des biens (art. 1^{er} du premier protocole additionnel) est inévitablement mis en cause lorsque les mesures d'urgence interdisent l'accès des citoyens à leur résidence secondaire. Et que dire de la protection déficiente de groupes vulnérables au regard du droit à la vie et de l'interdiction des traitements inhumains et dégradants?

¹²¹

Voir aussi, à ce sujet : L. BIANKU, préc., note 3, p. 29-47.

En avril 2020, Rik Daems, président de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, a rappelé ce qui suit :

C'est précisément dans des temps comme ceux que nous traversons que les valeurs des droits de l'homme – basées sur les principes fondamentaux de la liberté, l'équité, de la solidarité et de la dignité humaine – prennent toute leur importance. Elles sont le dernier rempart pour empêcher que le confinement personnel justifié mute, tel un virus, et se transforme en un verrouillage politique injustifié [...] Notre devoir est de veiller à ce que ces « lignes rouges », fixées on ne peut plus clairement par la Convention européenne, ne soient pas franchies. Et une fois sortis de la crise corona, nous devons nous assurer que la situation exceptionnelle d'aujourd'hui ne devienne pas la « nouvelle normalité » de demain¹²².

¹²²

R. DAEMS, préc., note 2.

La mise en œuvre du Programme de mesures de rechange général pour adultes au Québec : premiers résultats après 19 mois d'implantation du projet pilote*

par Catherine ROSSI, Julie DESROSIERS, Xavier LYONNAIS,
Vicky BRASSARD, Laurence MARCEAU
et Alexandre BÉLAND OUELLETTE**

Au Canada, le Code criminel rend possible l'instauration d'un programme de mesures de rechange général pour adultes depuis 1996. Au Québec, du 1^{er} septembre 2017 au 31 mars 2019, pareil programme a été mis à l'épreuve sous forme de projet pilote dans trois districts judiciaires de la Cour du Québec. Afin de soutenir son implantation et de favoriser l'atteinte de ses objectifs, il fut accompagné d'une recherche descriptive et analytique, de sa conceptualisation à son opérationnalisation. Le présent article veut démystifier le Programme de mesures de rechange général pour adultes du Québec en exposant les résultats des premières analyses réalisées.

* Les résultats exposés dans le présent article proviennent d'une recherche financée par le Conseil de recherches en sciences humaines du Canada, d'abord dans le contexte du projet de recherche Partenariat ADAJ (du consortium de recherche Accès au droit et à la justice (ADAJ)) puis grâce au programme Savoir. Depuis 2019, cette recherche fait également l'objet d'un financement de la part du ministère de la Justice du Québec.

** Catherine Rossi, professeure titulaire, École de travail social et de criminologie, Université Laval; Julie Desrosiers, professeure, Faculté de droit, Université Laval; Xavier Lyonnais, candidat à la maîtrise en droit, Université Laval; Vicky Brassard, candidate au doctorat en travail social, Université Laval; Laurence Marceau, candidate à la maîtrise en criminologie, Université Laval; Alexandre Béland Ouellette, candidat à la maîtrise en criminologie, Université Laval. L'équipe est affiliée au Centre de recherches appliquées et interdisciplinaires sur les violences intimes, familiales et structurelles de l'Université Laval (RAIV).

Since 1996 in Canada, the Criminal code has made it possible to initiate a general alternative measures program for adults instead of the traditional court proceedings. In Quebec, between September 1, 2017 and March 31, 2019, a Pilot Program was tested in three judicial districts. In order to further the establishment and goals of the project, every stage of its development was subjected to an audit. This article seeks to demystify Quebec's General Alternative Measures Program for adults (GAMP) by presenting the results of the initial audit of the Pilot.

SOMMAIRE

Introduction	523
I. Le contexte de la recherche et la démarche méthodologique	530
A) Les infractions.....	531
1. Les infractions visées par le Programme	532
2. Un portrait des infractions traitées dans le contexte du projet pilote	534
B) Les contrevenants	535
1. L’admissibilité des accusés au Programme.....	535
2. Un portrait général des contrevenants ayant bénéficié du Programme	536
C) Les procédures	536
1. Les différentes étapes du Programme	537
2. L’efficacité des procédures, les délais de traitement et l’état des dossiers	539
D) Les mesures de rechange	540
1. Les différentes mesures applicables dans le Programme	541
2. Un portrait des mesures appliquées par le réseau Équijustice dans le contexte du projet pilote.....	542
E) Les victimes	542
1. La place accordée aux victimes dans le Programme.....	543
2. Un portrait des victimes visées dans le projet pilote.....	544
II. Les constats préliminaires découlant de l’implantation du Programme	544
Conclusion	548
Annexe	550

Introduction

Au Canada, depuis la réforme sur la détermination de la peine en 1996, le *Code criminel* prévoit la possibilité pour chacune des provinces canadiennes d'instaurer un programme de mesures de rechange général pour adultes en matière criminelle¹. Si la décision de se prévaloir d'une telle opportunité et d'en déterminer le cadre d'application revient au Procureur général de chaque province, les articles 716 à 717.4 du *Code criminel* prescrivent tout de même certaines balises qui doivent être respectées par chacun des programmes provinciaux².

L'édition d'une telle possibilité au sein du processus canadien de détermination de la peine est le fruit d'une longue réflexion portant sur la non-judiciarisation et la déjudiciarisation de certains comportements sociaux hors normes³. À cet égard, le principe de modération a rapidement été mis en évidence et qualifié comme le fondement législatif de toute alternative aux poursuites judiciaires. Il constitue même le socle sur lequel s'érigent les mesures de rechange⁴. Pour s'en convaincre, il suffit d'examiner même brièvement les débats parlementaires entourant la

¹ *Loi modifiant le Code criminel (détermination de la peine) et d'autres lois en conséquence*, L.C. 1995, c. 22.

² D'abord, selon le *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, la personne qui envisage de proposer cette solution à un *suspect* doit être convaincue que les mesures de rechange sont appropriées, et ce, compte tenu des besoins de ce dernier ainsi que de l'intérêt de la société et de la victime (art. 717 al. (1) b) C.cr.). De plus, le *suspect* doit avoir librement manifesté sa volonté de collaborer à la mise en œuvre des mesures de rechange (art. 717 al. (1) c) C.cr.), *doit avoir été avisé de son droit aux services d'un avocat avant la manifestation de la volonté* (art. 717 al. (1) d) C.cr.) et doit reconnaître la responsabilité de l'acte ou de l'omission à l'origine de l'infraction qui lui est imputée (art. 717 al. (1) e) C.cr.). Enfin, il doit exister des preuves suffisantes justifiant des poursuites relatives à l'infraction (art. 717 al. (1) f) C.cr.), et aucune règle de droit ne doit faire obstacle à la poursuite de l'accusation (art. 717 al. (1) g) C.cr.).

³ À cet égard, la COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *La déjudiciarisation*, document de travail 7, Ottawa, Ministère des Approvisionnements et Services Canada, 1975, p. 1, dénonçait le fait que le droit pénal se soit vu confier par plusieurs la lourde tâche de résoudre les comportements sociaux dérogatoires. Elle insistait sur l'importance de mettre un frein à cette tendance, voire de la renverser.

⁴ Julie DESROSIERS et al., « Étude comparative des programmes de mesures de rechange canadiens, ou comment favoriser le désengorgement des tribunaux », (2020) 50 *R.G.D.* 95, 101.

réforme sur la détermination de la peine⁵ et les travaux de la Commission de réforme du droit du Canada (1971-1992). Cette dernière notait sans détour que les valeurs de liberté et de dignité, garanties à chacun des membres de la société, commandent que le droit pénal ne soit utilisé qu'en dernier recours⁶.

Bien que le principe de modération ait eu manifestement une grande influence sur l'adoption des articles 716 et suivants du *Code criminel*, nous ne saurions prétendre que c'était l'unique enjeu considéré. En effet, il a toujours été clair que le régime de mesures de rechange aurait aussi pour objectif de désengorger les tribunaux⁷. L'épineuse question des délais excessifs dans la conduite des dossiers criminels n'est pas nouvelle⁸ : elle était débattue depuis longtemps avant de ressurgir, plus récemment, dans l'actualité judiciaire⁹. En fait, elle a été déterminante dans la décision de plusieurs provinces d'instaurer un programme de mesures de rechange ou de promouvoir une plus grande utilisation de celui-ci au sein de leur territoire¹⁰.

⁵ Voir notamment CANADA, *Débats de la Chambre des communes*, 1^{re} sess., 35^e légis., 15 juin 1995, « Initiatives ministérielles. Le Code criminel », p. 13923 (M. Allan Rock, ministre de la Justice) : « Des mesures de ce genre permettent de garder le temps, rare et précieux, des tribunaux pour les délits plus graves qu'il est plus important de juger. » Voir aussi CANADA, *Débats de la Chambre des communes*, 1^{re} sess., 35^e légis., 13 juin 1995, « Initiatives ministérielles. Le Code criminel », p. 13765 (M. Bernard St-Laurent, député) : « Le recours à des sanctions de rechange est un bon exemple d'un mécanisme alternatif au règlement des conflits en ce qu'il tente d'éviter les répercussions néfastes imposées aux individus, la lourdeur de l'appareil judiciaire et les coûts, tant économiques qu'humains, encourus par la société en raison des nombreuses incarcérations inutiles. »

⁶ COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, préc., note 3, p. 16. Voir, au même effet, COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *Les principes de la détermination de la peine et du prononcé de la sentence*, document de travail 3, Ottawa, Ministère des Approvisionnements et Services Canada, 1974, p. 1-2.

⁷ J. DESROSIERS et al., préc., note 4, 103.

⁸ *R. c. Askov*, [1990] 2 R.C.S. 1199; *R. c. Morin*, [1992] 1 R.C.S. 771.

⁹ *R. c. Jordan*, 2016 CSC 27; *R. c. Cody*, 2017 CSC 31.

¹⁰ Voir, par exemple, MANITOBA, *Criminal Justice System Modernization Strategy*, mars 2018, p. 2, en ligne : <https://www.gov.mb.ca/justice/pubs/criminaljustice_reform.pdf>.

Pour sa part, le Québec a suivi le mouvement plus tardivement que les autres provinces¹¹. En juin 2017, dans la foulée de l'arrêt *R. c. Jordan* et suivant les recommandations des partenaires de la Table Justice-Québec¹², le ministère de la Justice du Québec a autorisé le lancement d'un projet pilote avec l'appui du Directeur des poursuites criminelles et pénales (DPCP), du ministère de la Sécurité publique (MSP), du Bureau d'aide aux victimes d'actes criminels (BAVAC) et du réseau Équijustice (anciennement connu comme le Regroupement des organismes de justice alternative ou ROJAQ)¹³. Dès le 1^{er} septembre 2017, le Programme de mesures de rechange général pour adultes était mis à l'épreuve à la Cour du Québec dans les districts de Saint-François (palais de justice de Sherbrooke), de Chicoutimi (palais de justice du Saguenay) et de Joliette, sous la forme d'un projet pilote se terminant le 31 mars 2019. Le Programme est dorénavant en implantation progressive sur l'ensemble du territoire québécois, en vue d'être mis à la disposition de la population dans tous les districts judiciaires d'ici 2022.

Cependant, alors que les exigences de modération ou de célérité guidaient et justifiaient la mise sur pied d'un tel programme au Québec, une question d'envergure se posait : sur quel modèle devait-on se baser et quelle couleur convenait-il de lui donner? Les mesures de rechange demeurent un domaine peu connu de la communauté juridique et restent une zone d'ombre dans la population en général. L'un des premiers réflexes a été de tenter de tracer un portrait juridique des mesures de rechange au Canada¹⁴, afin de pouvoir s'inspirer des programmes existants. Cependant, les informations juridiques consultables sur les

¹¹ L'existence d'autres programmes sociojudiciaires expliquerait le manque d'empressement au Québec d'établir un programme de mesures de rechange. Voir : Catherine ROSSI et al., « Le programme de mesures de rechange général pour adultes en matière criminelle au Québec : la mise en forme tardive d'une idée innovante », dans Pierre NOREAU et al. (dir.), *22 chantiers sur l'accès au droit et à la justice*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2020, p. 273, à la p. 290.

¹² QUÉBEC, *Plan d'action 2016-2017 élaboré par les partenaires de la Table Justice-Québec*, octobre 2016, p. 7, en ligne : <<https://www.justice.gouv.qc.ca/dossier/tjq/>>.

¹³ Pour plus d'information, consulter le site Web du réseau Équijustice : <<https://equijustice.ca/fr>>.

¹⁴ J. DESROSIERS et al., préc., note 4.

mesures de rechange en général, ou canadiennes en particulier, sont très limitées. Au Canada, il n'existe que très peu de doctrine et de jurisprudence qui portent sur un tel domaine. Parce qu'elles sont implantées dans la communauté et souvent en amont des actes de procédure, seuls quelques textes formels les décrivent, ce qui rend leur recension, description ou comparaison difficile, même si ce n'est que pour constater les choix provinciaux effectués concernant les infractions admises ou le séquençage des procédures¹⁵. Un tel état de fait n'est pas surprenant : dès 1997-1998, une étude spéciale du Canadian Centre for Justice Statistics (CCJS), première à colliger des données sur les mesures de rechange à l'échelle nationale au Canada, avait pris la peine de relever que l'utilisation de telles mesures différait d'une province à l'autre¹⁶. En 2019-2020, on ne compte encore, pour l'ensemble du Canada, qu'une cinquantaine de décisions de justice mentionnant l'existence des mesures de rechange pour adultes¹⁷. Ces décisions émanent essentiellement des cours de première instance, et aucune d'entre elles ne peut être qualifiée de décision de principe.

L'avènement du Programme au Québec ne pouvait, par ailleurs, être promu en faisant abstraction de paramètres sociojudiciaires particuliers propres à la réalité provinciale. Les partenaires québécois se devaient de tenir compte de deux facteurs importants. Selon le premier, le Québec a toujours été chef de file en matière de mesures de rechange en matière adolescente. Ainsi, le programme québécois de mesures de rechange pour les adolescents contrevenants (sanctions extrajudiciaires) a été mis en place au début des années 80. Véritable succès, il profite aujourd'hui à près de 75 % des adolescents québécois accusés¹⁸ et est en

¹⁵ *Id.*

¹⁶ Melanie KOWALSKI, « Alternative Measures for Youth in Canada », (1999) 19-8 *Juristat (Catalogue no. 85-002-XIE)* 3.

¹⁷ J. DESROSIERS et al., préc., note 4.

¹⁸ Catherine ROSSI et Serge CHARBONNEAU, « La justice réparatrice au Québec : mesures de rechange, non-judiciarisation, rencontres de dialogue et médiations », (2018) 43 *Cahiers de la sécurité et de la justice* 167; Denis LAFORTUNE et al., *La loi sur le système de justice pénale pour les adolescents sept ans plus tard : portrait des jeunes, des trajectoires et des pratiques*, rapport n° 2011-TA-144097, Montréal, Fonds québécois de la recherche sur la société et la culture, 2015.

quelque sorte devenu l'emblème d'une forme de tradition de « résistance » québécoise aux modèles pénaux coercitifs, même si cette résistance n'a transparu essentiellement, jusqu'ici, qu'en matière de justice des mineurs¹⁹. Les mesures de rechange pour mineurs sont, à ce titre, liées à une intervention clinique et de réhabilitation (les adolescents étant évalués et orientés par des spécialistes de l'intervention jeunesse avant d'être judiciarisés ou, au contraire, de voir leurs dossiers dirigés vers des sanctions extrajudiciaires). Cependant, elles sont également rattachées au développement d'un mouvement fortement affirmé de justice réparatrice, à sa définition, à ses enjeux et à ses approches en particulier²⁰, mouvement au sein duquel des mesures axées sur la réparation des préjudices causés aux victimes, telle la médiation pénale, sont devenues incontournables. Malgré des débuts maladroits²¹, la pratique de la médiation pénale d'inflexion réparatrice entre un adolescent et la victime, ainsi que les mesures de réparation directe aux victimes, se sont imposées dès le début des années 80 au Québec. La médiation pénale est considérée ainsi comme l'une des seules mesures permettant de conjuguer la plupart des objectifs législatifs recherchés : prise en considération des victimes et réparation de leurs préjudices, protection de la société, traitement des dossiers dans un délai raisonnable. Il faut d'ailleurs préciser que le projet d'un programme pour adultes s'était déjà trouvé plusieurs fois sur les planches à dessin du ministère de la Justice du Québec, dès la fin des années 90, en partie grâce à la tradition de collaboration québécoise entre les partenaires de la

¹⁹ Jean TRÉPANIÉ, « La justice des mineurs au Canada. Remises en question à la fin d'un siècle », (1999) 32-2 *Criminologie* 7; Jean TRÉPANIÉ, « L'avenir des pratiques dans un nouveau cadre légal visant les jeunes contrevenants », (2003) 34-1 *R.D.U.S.* 47; Ross HASTINGS, « La criminalisation de la jeunesse : les tendances au Canada », (2009) 33-3 *Déviance et Société* 351.

²⁰ Catherine ROSSI, « La médiation en justice pour les adolescents au Québec de 1980 à 2012 : contexte et développement d'un programme original et unique », dans Marc ALAIN et Sylvie HAMEL (dir.), *Défis, adaptation et innovation : intervenir auprès des adolescents contrevenants ou dix ans d'expérience de la Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents au Québec*, Québec, Presses de l'Université du Québec, 2015, p. 29, à la p. 48.

²¹ Serge CHARBONNEAU, « Justice réparatrice et justice des mineurs, considérations sur l'objet et enjeux pour la pratique », dans Robert CARIO (dir.), *Victimes : du traumatisme à la restauration*, Paris, L'Harmattan (collection Sciences criminelles), p. 257, à la p. 274.

pratique et le ministère de la Justice en matière de justice pour les adolescents²². Au moment de penser la création d'un programme québécois, le ministère a donc décidé de confier le choix et l'exécution des mesures à un réseau d'organismes spécialisés dans l'offre de service en justice réparatrice, tant pour des infractions de faible gravité que pour les crimes les plus graves : le réseau Équijustice. Ce dernier dispose d'une définition de la justice réparatrice précise et fonde ses interventions sur une approche créée pour répondre aux attentes des victimes d'infractions les plus graves, approche dite « relationnelle »²³.

Le second facteur à prendre en considération au moment de l'ouverture d'un programme était la présence préalable au Québec d'un bon éventail de programmes particuliers au tribunal, ou de ressources, tels les services de justice de proximité, qui permettaient la régulation d'une partie du contentieux criminel en le déplaçant vers les frontières de la justice sociale (médiations citoyennes), civile (programme de prévention et règlement des différends) ou thérapeutique (programme de traitement de la toxicomanie à la Cour du Québec par exemple). Cet état de fait justifiait d'autant plus l'intérêt de concevoir un programme de mesures de rechange alimenté fortement par des inflexions de justice réparatrice, et ce, pour compléter l'éventail des interventions possibles en remplacement de la poursuite, mais sans démultiplier inutilement les initiatives ou les rendre redondantes²⁴. D'un point de vue plus théorique, cette façon de faire rejoignait aussi quelques courants phares en criminologie, des chercheurs québécois tels que Pierre Landreville²⁵ ayant eu pour souci constant que les mesures dites « alternatives » soient véritablement des mesures « de

²² Paul MONTY, « La petite histoire des mesures de rechange », conférence prononcée en 2018 au congrès annuel du réseau Équijustice, tenu à Lac-Delage au Québec.

²³ Serge CHARBONNEAU et Catherine ROSSI, *La médiation relationnelle : rencontres de dialogue et justice réparatrice*, Paris, L'Harmattan, 2020.

²⁴ C. ROSSI et al., préc., note 11.

²⁵ Pierre LANDREVILLE (prés.), *Rapport du comité d'étude sur les solutions de rechange à l'incarcération*, Québec, Ministère du Solliciteur général, 1986; Pierre LANDREVILLE, « Grandeurs et misères de la politique pénale au Canada : du réformisme au populisme », (2007) 40-2 *Criminologie* 19.

rechange»²⁶, dans le but de réduire visiblement le recours à l’incarcération, sans se contenter de rester de simples modifications des objectifs de la peine²⁷.

Devant un domaine aussi peu étudié que complexe et large, il n’est guère surprenant que la nouveauté et le fonctionnement particulier du Programme aient eu pour effet d’engendrer au départ des craintes, voire certaines réticences, chez les professionnels visés. Néanmoins, son implantation sous la forme d’un projet pilote modulable a permis d’abord de procéder à son étude complète, puis de l’adapter. Les premiers résultats obtenus pourraient, à première vue, paraître moins enthousiasmants que ce qui était prévu : par exemple, le nombre de dossiers traités aura été inférieur à ce qui était attendu. Comment expliquer que le Programme, si prometteur soit-il, ait connu un départ que l’on peut qualifier de timide? Par le présent article, nous souhaitons contribuer à la démystification du Programme, et ce, à la lumière des premiers résultats tirés du projet pilote²⁸. Nous voulons exposer ici successivement, données à l’appui, chacun des cinq volets du Programme : 1) les infractions visées; 2) l’admissibilité des contrevenants; 3) les procédures; 4) les mesures de rechange utilisées; et 5) la place accordée aux victimes. Notre présentation fera également l’objet d’une brève discussion sur les constats préliminaires tirés de l’implantation du Programme²⁹.

²⁶ Dan KAMINSKI, « L’éthique du réductionnisme et les solutions de rechange », (2007) 40-2 *Criminologie* 89.

²⁷ Alvaro P. PIRÈS, « La réforme pénale au Canada : l’apport de la Commission canadienne sur la détermination de la peine » (1987) 20-2 *Criminologie* 11; Antoine GARAPON, Frédéric GROS et Thierry PECH, *Et ce sera justice. Punir en démocratie*, Paris, Odile Jacob, 2001; Xavier BÉBIN, *Pourquoi punir? L’approche utilitariste de la sanction pénale*, Paris, L’Harmattan, 2006.

²⁸ Les résultats présentés dans les pages qui suivent proviennent du rapport de recherche déposé en février 2020 par l’équipe de recherche de l’Université Laval dirigée par les professeures Catherine Rossi et Julie Desrosiers. Voir Catherine ROSSI et al., *Le Programme de mesures de rechange général pour adultes, portrait, analyse et enjeux du projet-pilote 2017-2019*, rapport de recherche approuvé par le ministère de la Justice du Québec et les partenaires au programme, Québec, Université Laval, 2020. Un tableau résumant les résultats qui apparaissent au fil du texte est joint en annexe.

²⁹ Une discussion plus détaillée des résultats du projet pilote sera présentée dans des articles à venir.

I. Le contexte de la recherche et la démarche méthodologique

En vue de soutenir l'implantation du Programme et d'éviter les écueils qui pourraient nuire à l'atteinte de ses objectifs de départ, nous avons mené une étude descriptive et analytique, et ce, de sa conceptualisation à son opérationnalisation³⁰. Le devis était composé de trois démarches simultanées : la première consistait en une recension exhaustive du cadre juridique lié à l'implantation des mesures de rechange au Canada, pour mieux circonscrire celui qui est propre au Québec. Cet aspect de la recherche a fait l'objet d'une publication distincte³¹. La deuxième démarche, de nature qualitative exploratoire à visée inductive, vise à analyser les expériences et les points de vue des acteurs ayant contribué à la création et à l'implantation du Programme. Les résultats obtenus feront également l'objet de publications distinctes. La troisième démarche, quant à elle, consiste à tracer un portrait quantitatif de type descriptif de l'ensemble des dossiers traités dans le contexte du projet pilote, ce qui nous a permis d'en observer le fonctionnement général.

En ce qui concerne le devis quantitatif, une requête a été déposée à la Cour du Québec par l'équipe de recherche et autorisée le 22 août 2018, pour obtenir l'accès aux dossiers judiciaires et aux données recueillies dans les trois districts judiciaires, au sein des institutions suivantes : le DPCP, le réseau Équijustice, le Service correctionnel du Québec (SCQ) et les centres d'aide aux victimes d'actes criminels (CAVAC) (requête n° 010334-180 001)³². La recherche a également été approuvée par le Comité d'éthique de la recherche de l'Université Laval le 21 décembre 2017. L'ensemble des dossiers soumis dans le contexte du projet pilote du Programme entre le 1^{er} septembre 2017 et le 31 mars 2019 ont été extraits puis codifiés; aucune procédure de sous-échantillonnage n'a été effectuée puisque la totalité des dossiers traités durant la période du projet pilote ont été retenus. L'échantillon final tient donc compte de tous les dossiers

³⁰ C. ROSSI et al., préc., note 28.

³¹ J. DESROSIERS et al., préc., note 4.

³² Les banques de données du ministère de la Sécurité publique n'ont pas été consultées car, à l'exception d'informations ne concernant pas directement les objectifs de recherche, elles regroupaient des données déjà publiées dans les banques croisées des autres partenaires du projet.

soumis : l'ensemble des dossiers acceptés, mais aussi refusés, pour chacun des trois districts durant les 19 mois de la durée du projet pilote (n = 596 dossiers).

Les logiciels Excel de Windows 10 et SPSS Statistics 25 ont été utilisés pour préparer les données et les analyser. Bien que le projet pilote ait débuté officiellement le 1^{er} septembre 2017, certains dossiers reçus par les procureurs avant cette date ont été transférés au Programme. Nous avons conservé et analysé ces dossiers : aucune information n'a été inférée. Des algorithmes de vérification nous ont permis de vérifier l'absence de recoupements ou d'autres artefacts. Des trois registres consultés ont été extraits cinq groupes de variables : 1) les délais généraux de traitement et d'intervention dans le contexte du Programme; 2) les caractéristiques propres aux accusés; 3) les caractéristiques propres aux victimes; 4) les caractéristiques des délits; et 5) les caractéristiques des mesures réalisées conformément au Programme. Dans notre article, nous nous en tiendrons à une présentation sommaire et à un portrait descriptif des données, et ce, afin de produire un exposé accessible et général. Rappelons que tous les résultats quantitatifs et les données détaillées peuvent être consultés dans le rapport officiel approuvé par le ministère de la Justice et les partenaires du Programme³³.

A) Les infractions

Le législateur fédéral n'a pas restreint l'application des mesures de rechange à certaines catégories d'infractions : il a plutôt préféré s'en remettre à la discrétion de chacune des provinces à cet égard. L'article 717 (1) du *Code criminel* prévoit seulement que « le recours à des mesures de rechange à l'endroit d'une personne à qui une infraction est imputée » est permis si certaines conditions sont réunies, au premier rang desquelles figure l'intérêt de la société³⁴. Par conséquent, conformément aux dispositions du *Code criminel*, la commission de toute infraction fédérale

³³ C. ROSSI et al., préc., note 28.

³⁴ Voir *supra*, note 2.

pourrait théoriquement faire l'objet d'une mesure de rechange³⁵. En l'absence de restrictions, il revient alors aux procureurs généraux provinciaux de déterminer la liste des infractions admissibles pour l'application de mesures de rechange dans leur province respective³⁶.

1. Les infractions visées par le Programme

Au Québec, il a été décidé que les infractions visées par le Programme seraient étroitement circonscrites par une liste d'inclusions et d'exclusions. À ce jour, les infractions suivantes sont donc nommément incluses :

- les infractions poursuivables exclusivement par voie sommaire;
- les infractions hybrides passibles d'une peine maximale de deux ou de cinq ans, qu'elles soient poursuivies par voie sommaire ou par voie de mise en accusation;
- les infractions poursuivables exclusivement par voie de mise en accusation passibles d'une peine maximale de deux ou cinq ans;
- les infractions hybrides passibles d'une peine maximale de dix ans, poursuivies par voie sommaire, à l'exception des infractions relatives à la personne;
- l'infraction de possession de drogues prévue par l'article 4 (1) et (5) de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances* (L.C. 1996, c. 19)³⁷.

Comme ces infractions peuvent se rapporter à une vaste gamme de comportements, le poursuivant doit examiner, conformément à l'esprit de

³⁵ À la lumière des débats législatifs, il est toutefois manifeste que le régime de mesures de rechange ne devait concerner que les infractions de moindre gravité : voir J. DESROSIERS et al., préc., note 4, 112.

³⁶ Dans l'affaire *Okimow v. Saskatchewan (Attorney General)*, 2000 SKQB 311, par. 22, il est souligné que le procureur général a une large discrétion à cet égard et que ce n'est pas le rôle du tribunal de la circonscrire.

³⁷ MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, *Programme de mesures de rechange général suivant les articles 716 à 717.4 du Code criminel*, Québec, 2017, art. 4.1, en ligne : <<https://www.justice.gouv.qc.ca/-programmes-et-services/programmes/programme-de-mesures-de-rechange-general-pour-adultes/>>.

l'article 717 (1) du *Code criminel*, l'ensemble des circonstances dans lesquelles l'infraction a été perpétrée, la situation, les intérêts et le point de vue de la victime, ainsi que l'intérêt de la société. Cela étant, bien que l'infraction reprochée puisse *a priori* permettre l'application du Programme, la décision ultime revient toujours au poursuivant, celui-ci pouvant user de sa discrétion pour refuser l'admissibilité d'un contrevenant³⁸.

Quant aux infractions nommément exclues à la date de la rédaction de notre article³⁹, elles se listent comme suit :

- les infractions pour lesquelles une peine minimale est prévue;
- les infractions contre l'ordre public (partie II du *Code criminel*);
- les infractions relatives à l'administration de la justice impliquant la corruption ou l'abus de confiance par un fonctionnaire (partie IV du *Code criminel*);
- les infractions d'ordre sexuel (partie V du *Code criminel*), de pornographie juvénile et d'agression sexuelle;
- les infractions comportant la maltraitance, l'exploitation sexuelle ou l'abus sexuel à l'égard de personnes vulnérables, dont les personnes mineures et les personnes ayant des problèmes de santé mentale ou de déficience intellectuelle;
- les infractions relatives aux armes à feu et autres armes ou comportant l'usage de telles armes, introduites par voie de mise en accusation (parties III et VIII du *Code criminel*);
- les infractions relatives au non-respect d'ordonnances judiciaires;

³⁸ D'ailleurs, dans l'arrêt *Sriskandarajah c. États-Unis d'Amérique*, 2012 CSC 70, par. 27, la Cour suprême du Canada soulignait que « [l]e pouvoir discrétionnaire du poursuivant est non seulement conforme aux principes de justice fondamentale, mais il représente un mécanisme essentiel d'application efficace du droit criminel ». Pour une étude approfondie de la nature et de l'étendue du pouvoir discrétionnaire du poursuivant, voir l'arrêt *R. c. Anderson*, 2014 CSC 41.

³⁹ Le Programme étant actuellement en projet pilote, il est très important que le lecteur se fie à la date de parution, puisque la liste des infractions admissibles pourrait changer.

- les infractions relatives à la propagande haineuse (partie VIII du *Code criminel*);
- les infractions relatives à la conduite d'un véhicule à moteur (partie VIII du *Code criminel*);
- les infractions relatives au terrorisme (partie II.1 du *Code criminel*), aux produits de la criminalité (partie XII.2) ou qui sont en rapport avec une organisation criminelle;
- les infractions commises dans un contexte de violence conjugale ou de fréquentation amoureuse⁴⁰.

À la lumière de cette énumération, la liste des infractions visées par le Programme apparaît plutôt étroite. Une étude comparative révèle qu'effectivement le Programme québécois est l'un des plus restrictifs au pays⁴¹. L'étendue limitée de son champ d'application permet de remettre en question sa capacité à respecter le principe de modération, fondement avéré de tout programme de déjudiciarisation, de même que l'objectif de désengorgement du système de justice. De fait, des discussions sont en cours entre les différents partenaires afin d'élargir le spectre des infractions admissibles au Programme du Québec.

2. Un portrait des infractions traitées dans le contexte du projet pilote⁴²

Selon les données du DPCP recueillies dans le projet pilote, plus de 44 infractions différentes ont été recensées dans l'ensemble des dossiers ayant été transférés au Programme. De manière générale, les accusés dont les dossiers ont été transmis ont été poursuivis pour une seule infraction (82,0 %). Moins du cinquième des dossiers a révélé la commission de deux à quatre infractions; en pareil cas, chaque infraction a été colligée et catégorisée séparément. À l'issue de cet exercice, le portrait suivant apparaît : les infractions contre la propriété (48,4 %) constituent la majorité de celles qui ont donné lieu à l'ouverture d'un dossier, suivies des infractions contre la personne (24,4 %), de celles qui sont relatives aux drogues et aux stupéfiants (16,8 %), des infractions contre l'administration

⁴⁰ MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, préc., note 37, art. 4.2.

⁴¹ J. DESROSIERS et al., préc., note 4, 118-119.

⁴² Voir le rapport de recherche officiel : C. ROSSI et al., préc., note 28, p. 28-31.

de la loi et la justice (par exemple, entrave à la justice, entrave au travail d'un agent de la paix ou méfait public) (5,9 %), des infractions qui concernent les armes à feu et les autres armes (3,9 %) et, enfin, des inconduites et des nuisances (0,5 %). À noter que l'infraction la plus fréquente est le vol⁴³ : elle figure dans près du tiers des dossiers soumis au Programme (32,7 %).

B) Les contrevenants

Tout comme pour les infractions, chaque province a une large discrétion quant au choix des contrevenants pouvant être visés par un programme de mesures de rechange. Le *Code criminel* exige uniquement que la décision d'appliquer une mesure de rechange soit dans l'intérêt de la société et dans celui de la victime, tout en restant conforme aux profils des contrevenants ainsi visés (art. 717 (1) b) C.cr.).

1. L'admissibilité des accusés au Programme

Au Québec, le Programme ne circonscrit pas le profil d'admissibilité des accusés. Contrairement à la situation dans d'autres provinces, aucun profil particulier de délinquant n'y est exclu d'emblée, qu'il soit question d'un récidiviste, que ce dernier ait déjà subi une peine de prison ou qu'il la purge présentement, qu'il ait été condamné récemment pour une infraction similaire ou qu'il ait participé précédemment au Programme⁴⁴. Néanmoins, dans l'exercice de sa discrétion, le poursuivant peut tenir compte de la situation dans laquelle se trouve l'accusé, ce qui comprend ses antécédents judiciaires, ses efforts de réinsertion sociale, sa volonté de réparer les dommages causés à la victime et le fait que sa criminalité antérieure est liée à une problématique sous-jacente nouvellement révélée d'alcool, de drogue, de jeu ou de santé mentale⁴⁵.

⁴³ Les articles qui correspondent aux infractions suivantes ont été regroupés sous la catégorie « Vol » : vol de véhicule à moteur, vol de moins de 5 000 \$, vol de plus de 5 000 \$, vol qualifié sans arme à feu, prise d'un véhicule à moteur ou d'un bateau sans consentement.

⁴⁴ Pour une étude plus approfondie des différents programmes provinciaux, voir J. DESROSIERS et al., préc., note 4, 138-141.

⁴⁵ MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, préc., note 37, art. 4.1.

2. Un portrait général des contrevenants ayant bénéficié du Programme⁴⁶

L'analyse des données recueillies durant le projet pilote a permis de dégager le portrait suivant : les accusés sont majoritairement des hommes (68,8 %; n = 594), leur moyenne d'âge est de 34,9 ans (étendue de 19 à 88 ans) et un peu plus de la moitié d'entre eux occupent un emploi (53,8 %; n = 225). Dans sa globalité, ce portrait est conforme à celui qui se dégage des tendances générales de la criminalité au Canada : aucun filtre particulier ne semble posé sur le type de contrevenants admissibles. Seule différence notable : les accusés admis au Programme sont plus âgés que la moyenne canadienne située entre 18 et 30 ans, avec un pic de 20 à 25 ans. À ce jour, les données ne permettent pas d'établir de conclusions fiables quant à la présence d'antécédents judiciaires ou de problèmes de consommation d'alcool, de drogue, de jeu ou de santé mentale.

C) Les procédures

Les articles 716 à 717.4 du *Code criminel* sont muets à l'égard des procédures pouvant être utilisées dans un programme de mesures de rechange, ce qui laisse les provinces libres d'édicter leurs propres règles procédurales. Essentiellement, deux méthodes permettent de traiter de façon alternative les dossiers criminels, soit la non-judiciarisation et la déjudiciarisation. Ces deux concepts ont été largement discutés, dans la littérature tant juridique que criminologique⁴⁷. Aux fins de notre article,

⁴⁶ Voir le rapport de recherche officiel : C. ROSSI et al., préc., note 28, p. 26-28.

⁴⁷ Voir par exemple : Guy LEMIRE, Pierre NOREAU et Claudine LANGLOIS, *Le pénal en action : le point de vue des acteurs*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2004; Sandra LONGTIN, « Déjudiciarisation ou non-judiciarisation : variation des tendances entre auteurs présumés – accusés ou traités hors cour », (2002) 35-1 *Criminologie* 133; Pierre NOREAU, « Judiciarisation et déjudiciarisation : la part de la poursuite et de la défense », (2000) 33-2 *Criminologie* 35; Jacques DUPUIS, « Les mesures de rechange et autres formes de non-judiciarisation », (1996) 84 *Développements récents en droit criminel* 57; Jean TURMEL, « Les mesures de rechange pour les contrevenants adultes : l'expérience en matière de jeunes contrevenants », (1996) 84 *Développements récents en droit criminel* 29; COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, préc., note 3.

nous considérons que la « non-judiciarisation » renvoie au fait d'écarter une affaire en amont du processus judiciaire, suivant l'exercice discrétionnaire d'un acteur clé (par exemple, un policier ou un procureur). Par opposition, la « déjudiciarisation » survient lorsqu'un procureur suspend ou retire les accusations portées contre un individu. Cette dernière méthode signifie donc forcément que des procédures judiciaires ont été entamées, c'est-à-dire que l'individu en question a comparu pour lesdites infractions devant un juge.

1. Les différentes étapes du Programme

Au Québec, les autorités ont choisi la méthode de la déjudiciarisation comme fondement du Programme⁴⁸. Le recours aux mesures de rechange n'est donc possible qu'après l'autorisation d'une dénonciation et la comparution de l'inculpé. Or, si les balises établies pour déterminer les infractions et les contrevenants admissibles sont relativement simples, il en va autrement des procédures. La chaîne décisionnelle se révèle longue et complexe. Elle nécessite l'intervention de nombreux acteurs, judiciaires et non judiciaires, qui peuvent être sollicités à plus d'une étape du processus.

Tout débute par l'évaluation de la preuve au dossier, effectuée par le poursuivant. Si celui-ci estime que l'inculpé pourrait bénéficier du Programme, il soumet le dossier aux Services correctionnels du Québec. Ces derniers rencontrent alors l'inculpé et s'assurent que les conditions d'admissibilité sont satisfaites, c'est-à-dire qu'il reconnaît la responsabilité de l'acte ou de l'omission à l'origine de l'infraction qui lui est imputée, qu'il a la volonté de collaborer à la mise en œuvre de mesures de rechange, qu'il comprend leurs effets possibles et qu'il a été avisé de son droit aux services d'un avocat.

Lorsque cette étape est franchie, le dossier est transmis de nouveau au poursuivant : il doit alors prendre la décision d'autoriser ou non la mise en œuvre du Programme. S'il accepte, il fera cheminer les informations relatives à l'accusé au réseau Équijustice. Le poursuivant doit également

⁴⁸ Les modalités de fonctionnement du Programme sont établies à son annexe 1.

transmettre les coordonnées de la victime à un CAVAC, lequel a la responsabilité de communiquer avec elle afin de l'inviter à participer au Programme.

Le choix de la mesure de rechange appartient au réseau Équijustice qui, pour ce faire, doit tenir compte des besoins de la victime et des informations obtenues des Services correctionnels du Québec relativement à la situation de l'accusé.

Dès lors que la mesure est établie, un intervenant du réseau Équijustice rencontre l'accusé pour lui expliquer les modalités de sa mise en œuvre et lui demander de signer un engagement formel. Le délai d'exécution de la mesure ne devrait pas, sauf exception, excéder quatre mois. Si l'accusé ne consent pas à la mesure choisie, le réseau Équijustice contacte sans délai le CAVAC et le poursuivant afin que les procédures judiciaires régulières reprennent leur cours.

L'exécution ou non de la mesure fait l'objet d'un rapport dont la version définitive est acheminée au poursuivant. Si la mesure de rechange convenue est réalisée avec succès et que preuve en est faite, le poursuivant demande le rejet des accusations au tribunal⁴⁹. Lorsque la mesure n'est que partiellement achevée, le poursuivant évalue si, compte tenu de l'ensemble des circonstances, l'atteinte des objectifs poursuivis par le programme s'avère tout de même suffisante au regard de l'intérêt public. Le cas échéant, il recommande au tribunal le rejet de l'accusation. Dans le cas contraire, la poursuite reprend son cours normal.

Au final, la mise en œuvre du Programme nécessite donc la présence d'un juge, d'un procureur aux poursuites criminelles et pénales, d'un agent de probation, d'un CAVAC et d'un organisme du réseau

⁴⁹ À cet égard, il est intéressant de constater que la Cour provinciale de l'Alberta, dans la décision *R. v. Henwood*, 2017 ABPC 166, par. 99 et 100, concluait que le poursuivant était lié par les conclusions d'un tel rapport. Autrement dit, si l'organisme responsable de l'application des mesures de rechange (en l'occurrence, un agent de probation) estime que l'accusé a réalisé de manière satisfaisante la mesure qui lui a été imposée, le poursuivant n'a d'autre choix que de demander le retrait de l'accusation.

Équijustice. Le dossier de l'accusé et les formulaires afférents au programme sont ainsi transférés à quatre institutions différentes.

2. L'efficacité des procédures, les délais de traitement et l'état des dossiers⁵⁰

En moyenne, on compte 92 jours (c'est-à-dire environ trois mois) entre le moment où un dossier est référé au Programme par le procureur aux poursuites criminelles et pénales (PPCP) et la date de fin de réalisation de la mesure de rechange par l'accusé au sein du réseau Équijustice. Il appert même que la moitié des dossiers ont été traités dans un délai moindre et, plus encore, que près du quart ont été fermés en moins de deux mois pour l'ensemble des districts visés par le projet pilote (n = 285). Entre la phase d'ouverture du dossier, soit la date de réception initiale des dossiers par les PPCP, et la phase de clôture finale, soit la date de rejet des accusations, le délai moyen est d'un peu moins d'un an (350 jours). La moitié des dossiers ont été traités en environ quatre mois et demi (142 jours) et le quart en plus de trois mois (96 jours). Ainsi, les délais de traitement durant le projet pilote répondent aux exigences de célérité et sont conformes aux attentes de l'ensemble des partenaires ayant collaboré à la mise en place du Programme.

En ce qui concerne les procédures liminaires (entre le moment de l'ouverture du dossier et celui de sa référence au Programme par le PPCP) et les procédures finales (entre le moment où l'accusé termine sa mesure et celui de l'enregistrement du rejet des accusations), les délais de traitement des dossiers sont conformes à ceux des dossiers judiciaires n'ayant pas été référés au Programme. Cependant, les délais inhérents aux différentes étapes de la trajectoire du Programme sont souvent extrêmement courts. En effet, il s'écoule en moyenne :

- 6,3 jours entre la date de rencontre par l'agent de probation et le moment où le PPCP réfère le dossier au Programme (n = 314);

⁵⁰ Voir le rapport de recherche officiel : C. ROSSI et al., préc., note 28, p. 23-26.

- 4,7 jours entre le moment où le PPCP retourne le dossier au Programme et l'envoi des documents à un CAVAC (n = 163);
- 10,4 jours entre le moment où le PPCP réfère un dossier au Programme et la date de transfert du dossier au réseau Équijustice (n = 302);
- 39,3 jours entre la date de signature du formulaire d'engagement par l'accusé au sein du réseau Équijustice et la fin de réalisation de la mesure (n = 227);
- 6,2 jours entre la date de fin de la mesure et la date du rapport final par le réseau Équijustice (n = 287).

Il est peu envisageable de considérer que de tels délais puissent être raccourcis davantage, car la trajectoire du Programme implique fortement les usagers (évaluation de l'accusé, consultation de la victime, réalisation de la mesure). Elle subit donc l'influence de la réalité des usagers (par exemple, le temps pour amasser le montant du dédommagement) et des délais possibles liés à la consultation et à la participation de la victime (par exemple, advenant une médiation). Enfin, au 31 mars 2019, 75,0 % des 590 dossiers référés au Programme ont déjà été fermés, les autres étant en cours de traitement. Seulement 10,9 % des dossiers soumis aux Services correctionnels du Québec ont finalement fait l'objet d'un refus par le PPCP, alors que 82,7 %, soit la grande majorité, ont été acceptés (n = 450).

D) Les mesures de rechange

En édictant la possibilité pour les provinces d'instaurer un programme de mesures de rechange en matière criminelle, le législateur s'est contenté de définir laconiquement ces dernières comme des « [m]esures prises à l'endroit d'une personne de dix-huit ans et plus à qui une infraction est imputée plutôt que le recours aux procédures judiciaires prévues par la présente loi⁵¹ ». Lors des débats parlementaires, des exemples de mesures ont toutefois été avancés, tel le dédommagement des

⁵¹ Art. 716 C.cr.

victimes, les jours-amendes et les travaux compensatoires pour non-paiement d'amendes⁵².

À titre illustratif⁵³, le Service des poursuites pénales du Canada prévoit, dans une directive sur le sujet, une liste de mesures qualifiées d'« acceptables » aux fins d'un tel programme. Il y est notamment question de travaux communautaires, de restitution ou d'indemnisation en espèces ou en services, de médiation, de traitement ou d'éducation, d'un renvoi à un comité communautaire, à un comité autochtone ou à un comité de justice pour la jeunesse, d'une lettre d'excuses ou de toute autre mesure compatible avec les objectifs et les critères de la directive⁵⁴.

1. Les différentes mesures applicables dans le Programme

Au Québec, bien que le *choix* de la mesure de rechange appartienne au réseau Équijustice, la *nature* des mesures possibles est dictée par les règles et les procédures générales du Programme. On y fait l'énumération suivante : travaux communautaires, dédommagement, traitement/counseling, médiation, formation ou toute autre mesure jugée appropriée⁵⁵. Ce faisant, le Programme établit explicitement les possibilités, tout en laissant une marge de manœuvre afin de modeler la mesure de rechange aux besoins de l'accusé, mais aussi à l'intérêt de la société et à celui de la victime⁵⁶.

Bien qu'il soit évident que le réseau Équijustice décide d'une mesure de rechange en fonction de certains barèmes préétablis, il n'en demeure pas moins que celle-ci doit demeurer dans tous les cas une

⁵² Voir CANADA, *Débats de la Chambre des communes*, préc., note 5, p. 13765 (M. Bernard St-Laurent).

⁵³ Les directives mentionnées par le SERVICE DES POURSUITES PÉNALES DU CANADA, *Guide du Service des poursuites pénales du Canada, Directive 3.8 Les mesures de rechange*, révisé le 3 mars 2020, en ligne : <<https://www.ppsc-sppc.gc.ca/fra/pub/sfpg-fpsd/sfp-fps/tpd/p3/ch08.html>>, ne lient pas les procureurs des services de poursuite provinciaux qui répondent à des directives différentes. Seuls les procureurs fédéraux sont soumis à celles-ci.

⁵⁴ *Id.*

⁵⁵ MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, préc., note 37, art. 3.6.

⁵⁶ *Id.*, art. 3.5.

« réponse équitable, proportionnée et pertinente aux infractions alléguées⁵⁷ ». Cela n'est d'ailleurs pas sans rappeler le principe fondamental de la proportionnalité dans la détermination de la peine⁵⁸.

2. Un portrait des mesures appliquées par le réseau Équijustice dans le contexte du projet pilote⁵⁹

Durant le projet pilote, la principale mesure de rechange appliquée par le réseau Équijustice a été le dédommagement financier de la collectivité (62,4 % des dossiers), suivie du service à la collectivité (24,4 %). Parmi les autres mesures de rechange utilisées se trouvent le dédommagement financier de la victime, la sensibilisation et la médiation. Quoique cette dernière mesure ait été envisagée comme constituant la vitrine du Programme, il importe de considérer le contexte avant de porter un jugement à l'égard du faible nombre de médiations réalisées (2,5 % des dossiers). En effet, 159 victimes étaient des personnes morales dont la grande majorité n'avait qu'une relation de service avec l'accusé (propriétaire de commerce, professionnel du droit ou agent de la paix; n = 91) ou aucune relation (n = 34). On ne comptait qu'un nombre très restreint de dossiers pour lesquels la réalisation d'une médiation aurait pu être possible et, même dans ce cas, la nature de la relation a probablement influencé négativement le désir de demander une médiation, cette solution étant rarement privilégiée quand accusés et victimes ne sont pas du tout liés par un enjeu relationnel ou un enjeu d'honneur (atteinte à la dignité de sa personne)⁶⁰.

E) Les victimes

Le survol d'un programme de mesures de rechange ne pourrait être complet sans aborder la place accordée aux victimes dans un tel processus.

⁵⁷ *Id.*, art. 2.6. Par ailleurs, lorsque le poursuivant exerce sa discrétion quant à l'admissibilité d'un contrevenant au Programme, il doit examiner les perspectives de réhabilitation offertes par les mesures de rechange à sa disposition ainsi que leur effet dissuasif.

⁵⁸ Art. 718.1 C.cr.

⁵⁹ Voir le rapport de recherche officiel : C. ROSSI et al., préc., note 28, p. 36-38.

⁶⁰ *Id.*

S'appuyant abondamment sur les grands principes de justice réparatrice, un tel programme remet à l'avant-plan le rôle de la victime, du moins en théorie, que ce soit par son engagement au sein des procédures ou par l'accent mis sur la réconciliation avec le contrevenant.

1. La place accordée aux victimes dans le Programme

Dans son préambule, le Programme mentionne le fait que le DPCP doit adopter les mesures nécessaires afin d'assurer la prise en considération des intérêts légitimes des personnes victimes d'actes criminels. Non seulement le devoir de cette institution québécoise auprès des victimes est rappelé, mais il est précisé que le Programme a notamment pour objectif d'accroître l'engagement personnel des victimes et, lorsque cela est possible, de s'assurer qu'elles puissent plus facilement obtenir une juste réparation pour les dommages subis⁶¹. Bien qu'il n'y ait pas de hiérarchie entre les objectifs énoncés, force est de constater que la participation des victimes figure au premier rang⁶².

Ainsi, lorsqu'un contrevenant accepte de participer au Programme, la victime est d'abord informée de ses droits dans le cadre du Programme. Si elle le souhaite, elle peut dès lors prendre part au processus et donner son avis. Tout au long des procédures, la victime peut également, si besoin est, recevoir appui et soutien de la part du CAVAC. Enfin, si le choix de la mesure revient au réseau Équijustice, celui-ci a l'obligation de tenir compte des besoins de la victime dans sa prise de décision.

⁶¹ MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, préc., note 37, art. 2.1.

⁶² À cet objectif s'ajoutent la collaboration entre les intervenants judiciaires, le respect des droits de la victime et de l'accusé, la responsabilisation de ce dernier, la réparation des torts causés, entre autres, en favorisant l'engagement social de l'accusé et, enfin, l'assurance que les modalités des mesures de rechange constituent une réponse équitable, proportionnée et pertinente par rapport aux infractions alléguées : voir MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, préc., note 37, art. 2.2-2.6.

2. Un portrait des victimes visées dans le projet pilote⁶³

Considérant la nature des dossiers, un peu plus du tiers ne comporte aucune victime. Lorsqu'un dossier compte une victime (n = 242), environ le tiers est une personne morale (établissement public ou privé : par exemple, épicerie, dépanneur, école). Il existe de grandes disparités entre les districts, notamment en ce qui a trait au désir de la victime d'obtenir un suivi du dossier dans le contexte du Programme (36,0 % dans le district de Chicoutimi, 60 % à Saint-François et 94,0 % à Joliette). Toutefois, il importe de considérer une disparité dans la collecte des données entre les CAVAC, ce qui rend difficile la comparaison des résultats. La plupart des victimes reçues dans le contexte du Programme ont affirmé avoir obtenu d'autres services du CAVAC, en plus de ceux découlant du Programme.

II. Les constats préliminaires découlant de l'implantation du Programme

Le concept de programme de mesures de rechange constitue à lui seul un thème de recherche paradoxal. Plutôt négligé des études juridiques, il fait l'objet de quelques textes de doctrine et apparaît rarement dans la jurisprudence. Il n'est par ailleurs que très peu enseigné. En sciences sociales, il n'est pas non plus très prisé, car il est tributaire de réalités plutôt locales, se voit soumis à des évaluations complexes ou donne lieu à des résultats peu tangibles; la plupart du temps, il est critiqué pour les craintes qu'il suscite en fait d'accroissement du filet pénal. Pourtant, le Programme, au moment de son implantation au Québec en 2017, porte avec lui de nombreux espoirs, soit celui de mettre en application les principes de modération ou de célérité exigés désormais par l'actualité judiciaire ou sociale, mais également celui de remettre la victime au centre des priorités. Il est intéressant, à ce titre, de constater que le choix du Québec de constituer son propre programme pour adultes n'est en rien original ni innovant. Il faut, pour s'en rendre compte, se tourner vers la littérature internationale : les mesures de rechange semblent, depuis plus de 35 ans, avoir créé une dynamique de réforme du droit partout dans

⁶³ Voir le rapport de recherche officiel : C. ROSSI et al., préc., note 28, p. 32-35.

le monde. Déjà en 2005, David W. Van Ness recensait presque 100 pays ayant institutionnalisé de tels programmes⁶⁴. Aujourd'hui, les États, territoires ou provinces qui ne possèdent pas le leur sont rares. À noter que, malgré leur caractère répandu, ces programmes restent difficiles à étudier, à compiler ou à comparer. En effet, ils sont tous différents, c'est-à-dire qu'ils varient d'un pays à l'autre, d'un contexte socioculturel à l'autre, d'une situation à l'autre. Les besoins de chaque collectivité diffèrent. C'est pour cette raison que, après avoir effectué une recension desdits programmes au Canada, puis un tour d'horizon de ces programmes dans le monde⁶⁵, nous n'avons pas jugé nécessaire de comparer plus finement le programme québécois aux autres pour soutenir son déploiement.

Les résultats de notre recherche doivent se contenter d'être descriptifs pour le moment. En effet, le Programme, encore jeune au Québec, subit actuellement des modifications permanentes, des adaptations constantes, tout en faisant l'objet d'un élargissement graduel à d'autres districts judiciaires de la province. Les résultats que nous exposons ici sont donc intéressants en ce qu'ils permettent un portrait photographique figé du Programme à un moment précis : celui de la fin de sa première période d'expérimentation. Ils ne peuvent pas encore donner lieu à des études approfondies d'efficacité (le calcul d'indices de réitération ou de récidive ou encore de satisfaction, ou bien de réduction effective des activités des tribunaux, n'étant pas décelable à ce stade préliminaire). Ils ne peuvent pas non plus entraîner des interprétations sur les capacités du Programme à respecter le principe de modération. Il faudra attendre quelques mois ou années pour que ces résultats soient intéressants à comparer avec les données qui auront été recueillies par la suite et qui permettront d'observer l'évolution du Programme.

Cependant, nos premiers résultats nous autorisent à formuler quelques constats. D'abord, lors de la période test, le Programme a montré

⁶⁴ Daniel W. VAN NESS, *An Overview of Restorative Justice around the World*, Washington, Centre for Justice & Reconciliation at Prison Fellowship International, 2005, en ligne.

⁶⁵ J. DESROSIERS et al., préc., note 4; C. ROSSI, préc., note 11.

des capacités à réussir un défi de taille, soit parvenir à traiter des dossiers en dehors des procédures classiques en un temps record de moins de quatre mois, tout en conservant, dans la chaîne décisionnelle, un nombre maximal d'acteurs et de partenaires (les PPCP, les agents de probation, les intervenants des CAVAC, les médiateurs, les avocats de la défense, mais également les juges au moment de la comparution et du rejet final des accusations). De plus, les accusés dont les dossiers ont été soumis au Programme se répartissent d'une manière conforme au portrait général de la criminalité en ce qui a trait au genre, au sexe ou à l'occupation.

Un autre constat est que, en ce qui concerne les infractions retenues dans les limites du Programme, les infractions qui ne comportent aucune victime (infractions de possession, contre l'administration de la justice, inconduites et nuisances, etc.) et les infractions contre la propriété sont surreprésentées. Les infractions contre les biens constituent même la moitié des infractions retenues, le vol à lui seul, rappelons-le, comptant pour un tiers des dossiers transmis au Programme. Ce constat pourrait permettre une déduction simple, selon laquelle le Programme a, très rapidement, été utilisé afin de dévier des procédures des infractions pour lesquelles une procédure longue, complexe et coûteuse n'était pas souhaitable. Cependant, un tel constat, à bien y réfléchir, exige une analyse plus fine, qui se déroulera durant les prochaines étapes de notre recherche. En effet, le Programme, tel qu'il a été conçu au départ, met l'accent sur des mesures de justice réparatrice et place au centre de ses priorités la réparation aux victimes. Les infractions contre la personne n'ont été envoyées au Programme que dans quelques cas; quant aux infractions contre les biens, elles touchaient essentiellement des commerces pour lesquels il restait difficile d'identifier une victime individuelle (il était souvent question, par exemple, de vols dans un grand centre commercial). Or la question se pose de savoir comment justifier, au vu d'un tel portrait d'infractions, l'intérêt de conserver autant d'acteurs au fil de la chaîne décisionnelle du Programme (notamment les agents de probation, qui vérifient l'admissibilité des accusés, et les intervenants de l'aide aux victimes, censés accompagner ces dernières tout au long du Programme). Enfin, la mobilisation des intervenants du réseau Équijustice, responsables du choix des mesures et de leur réalisation, est-elle la plus efficace pour des infractions de peu de portée et n'ayant que peu d'effet

sur des victimes individuelles? Les interventions en matière de justice réparatrice sont-elles toujours aussi pertinentes si peu de victimes peuvent être jointes afin de participer au Programme? En quoi celui-ci répondrait-il aux attentes législatives pour ce qui est de la réparation des torts causés par le crime, de la considération des victimes, de leur engagement?

Les mesures de rechange ont la particularité de se trouver à la frontière du droit criminel et de la justice réparatrice. Il existe, au niveau mondial, de nombreux programmes de mesures de rechange associés aux mesures de justice réparatrice, en matière de justice des mineurs⁶⁶ comme des adultes, que ce soit pour gérer les conflits d'après-guerre (Colombie, Timor oriental, Soudan du Sud), pour revaloriser les procédures ancestrales de résolution de conflit pratiquées par des communautés autochtones (Nouvelle-Zélande, Australie) ou encore pour régler les problèmes de violence faite aux femmes (Grèce, Afrique du Sud)⁶⁷. Notre recherche permet un premier regard sur le Programme québécois : à terme, il sera pertinent de pouvoir analyser les effets de la réorganisation de différentes logiques et d'une variété de domaines de compétence sur le modèle de justice québécois, ainsi que l'inscription du Programme dans le champ général de l'accès au droit et à la justice, notamment en ce qui concerne les trois aspects suivants :

⁶⁶ Anna MESTITZ et Simona GHETTI (dir.), *Victim-offender Mediation with Youth Offenders in Europe: An Overview and Comparison of 15 Countries*, Dordrecht, Springer, 2005.

⁶⁷ Voir, par exemple, Atticus BALLESTEROS, « Everything You Need to Know about Colombia's Transitional Justice System », *Colombia Reports*, 25 septembre 2017, en ligne : <<https://colombiareports.com/everything-need-know-colombias-transitional-justice-system/>>; Theo GRAVIELIDES et Vasso ARTINOPOULOU, « Restorative Justice and Violence against Women: Comparing Greece and the United Kingdom », (2013) 8-1 *Asian Journal of Criminology* 25; Cyndi BANKS, « Protecting the Rights of the Child: Regulating Restorative Justice and Indigenous Practices in Southern Sudan and East Timor », (2011) 19 *International Journal of Children's Rights* 167; Thomas WINFREE, « New Zealand Police and Restorative Justice Philosophy », (2004) 50-2 *Crime and Delinquency* 189; Silvia Sanz-Ramos ROJO, *The Barangay Justice System in the Philippines: Is It an Effective Alternative to Improve Access to Justice for the Disadvantaged?*, mémoire de maîtrise, Brighton, Institute of Development Studies, University of Sussex, 2002.

- les capacités d'intégration d'un dispositif de type social, déclaré de « justice réparatrice », aux procédures judiciaires;
- le potentiel d'un tel dispositif à constituer un obstacle ou, au contraire, un adjuvant relativement à l'accès au droit et à la justice pour les usagers du système de justice québécois;
- les effets de l'existence d'un tel dispositif sur la complexification et la diversification du champ de la justice alternative et réparatrice au Québec.

Notre projet pilote montre que, jusqu'à maintenant, le Programme a un effet positif sur les professionnels, les accusés et la justice en général. Il répond en très grande partie à ses promesses, notamment celles de la célérité et de la pluridisciplinarité. D'une certaine façon, il permet aussi la réparation, notamment envers la communauté, et il pourrait avoir une incidence sur le comportement des accusés et leur confiance en la justice. Cependant, il reste encore du chemin à parcourir afin d'assurer, à terme, un réel succès du Programme auprès des victimes, ce qui suppose que les infractions où elles ont joué un rôle déterminant puissent être dirigées vers le Programme. À ce jour, des consultations et des réorganisations ont été instaurées en ce sens.

Conclusion

En 2017, le Québec est l'une des dernières provinces du Canada à mettre en place son programme de mesures de rechange pour adultes. Testé dans trois régions différentes dans le contexte d'un projet pilote de 19 mois, il a fait l'objet d'observations par une équipe de recherche qui a pu prendre connaissance du portrait et des trajectoires de l'ensemble des 596 dossiers référés au Programme durant cette période. Nous avons présenté plus haut un portrait descriptif des premières observations réalisées, de manière à donner accès aux caractéristiques des accusés et de leurs victimes, des infractions retenues, des délais des procédures ainsi que des mesures de rechange utilisées. Des analyses plus complètes (qualitatives et quantitatives) sont en cours, et elles seront publiées ultérieurement. Dans l'ensemble, les résultats obtenus à ce jour nous permettent de constater la présence d'un programme bien équilibré, qui a su tenir ses promesses en matière de célérité, mais auquel des catégories

d'infractions particulières ont été transmises en surnombre, notamment des infractions sans victimes et des infractions contre les biens.

Le processus de déjudiciarisation édicté dans le Programme n'est pas chose simple. Au Québec, chacun des volets du Programme, à savoir les infractions visées, l'admissibilité des contrevenants, les procédures, les mesures de rechanges utilisées et la place accordée aux victimes, présente son lot de particularités et reflète un délicat équilibre entre plusieurs préoccupations divergentes. Au Canada, la grande discrétion accordée aux procureurs généraux de chaque province leur permet non seulement de prescrire des règles adaptées à leur situation respective, mais aussi de les modifier au gré des difficultés éprouvées. Cet état de fait rend donc difficile la comparaison entre le Programme québécois et ceux qui sont déjà implantés dans le reste du Canada. De là toute l'importance que la recherche sur la mise en œuvre du Programme se continue au Québec. Un suivi constant et rigoureux s'avère essentiel, tant pour en assurer la pérennité que pour garantir le respect de ses objectifs initiaux.

ANNEXE

Résumé des principaux résultats concernant la mise en œuvre du Programme

Contrevenants (n = 594)	Minimal	Maximal	Moyenne
Âge au moment de la réception du dossier par le PPCP	19 ans	88 ans	34,9 ans
Genre du contrevenant (n = 594)			%
Femme			31,3
Homme			68,7
Non précisé			5,3
Type d'infraction (n = 590)			%
Infractions contre la propriété			48,4
Infractions contre la personne			24,4
Infractions relatives aux drogues et aux stupéfiants			16,8
Infractions contre l'administration de la loi et la justice			5,9
Infractions relatives aux armes à feu et aux autres armes			4,0
Inconduites et nuisances			0,5
Nature de la mesure de rechange (n = 279)			%
Dédommagement financier à la victime			7,9
Dédommagement à la collectivité			62,4
Médiation			2,5
Sensibilisation			2,9
Service à la collectivité			24,4
Délais de traitement	Moyenne		Écart-type
Entre le moment où le dossier est référé au Programme par le PPCP et la date de fin de la mesure de rechange (n = 285)	92,0		(44,6)
Entre la date de la rencontre avec le SCQ et le moment où le dossier est référé au Programme par le PPCP (n = 314)	6,3		(29,8)
Entre le moment où le dossier est référé au Programme par le PPCP et la date de la demande au réseau Équijustice (n = 302)	10,4		(22,9)
Entre la date de la signature du formulaire d'engagement et la date de la fin de la mesure de rechange (n = 227)	39,3		(31,5)
Entre la date de la fin de la mesure de rechange et la date du rapport final (n = 287)	6,2		(11,1)
Nature de la décision du procureur (n = 450)			%
Dossier accepté			82,7
Dossier refusé			10,9
Non précisé			6,4
Résultat du Programme (n = 284)			%
Non terminé			11,3
Terminé			80,6
Non précisé			8,1
Genre de la victime (n = 242)			%
Femme			34,3
Homme			67,5
Type de victime (n = 226)			%
Personne physique			70,4
Personne morale			29,6
Relation entre les parties lorsque la victime est une personne physique (n = 159)			%
Relation de service (commerce, école, location, etc.)			62,9
Amis, connaissances, famille			8,0
Aucune relation			20,9
Autres (relations collatérales)			8,2

Le postulat d'inévitabilité de la notion d'atteinte initiale à la base de l'arrêt *Montréal (Ville) c. Dorval* de la Cour suprême du Canada

par Patrick FORGET*

Dans l'arrêt Montréal (Ville) c. Dorval, l'article 2930 du Code civil du Québec est à l'enjeu, plus précisément sa règle conditionnée par la nature corporelle du préjudice. Suivant la majorité, cette règle protège la victime par ricochet, qui n'a pas subi de préjudice corporel, lorsque la victime immédiate a, elle, subi un tel préjudice. S'il en est ainsi, cela tient beaucoup à la notion d'atteinte initiale. Tant les préjudices de la victime immédiate que ceux des victimes par ricochet sont considérés comme découlant de la même atteinte initiale, c'est-à-dire celle que subit la victime immédiate à son intégrité physique et qui s'identifie à son préjudice corporel. À l'analyse, non seulement la notion d'atteinte initiale joue un rôle déterminant dans l'arrêt Dorval, mais ladite notion ne pouvait pas ne pas y jouer ce rôle. Le présent article vise à mettre au jour le postulat d'inévitabilité de la notion d'atteinte initiale sur lequel repose le jugement majoritaire dans l'arrêt Dorval.

Dorval concerns the interpretation of article 2930 C.C.Q. and the rule contained therein based on the bodily nature of the injury suffered by victims. The majority of the Court was of the view that this rule also protects the indirect victim, who has suffered no bodily injury in the strict sense, where the immediate victim has suffered such an injury. The majority opinion relies heavily on the notion of initial interference. It holds that, the damages of the immediate victim and those of the indirect victims resulted from the same initial interference, the interference that the immediate victim sustained to her physical integrity and that constitutes the bodily injury in question. We can conclude that not only is the notion of initial interference determinative in the majority judgement but it is inevitably so. This article highlights this implicit assumption upon which the majority judgement in Dorval is based.

* Professeur de droit, Université du Québec à Montréal.

SOMMAIRE

Introduction	555
I. L'affaire <i>Montréal (Ville) c. Dorval</i> : une mise en contexte	560
II. La notion d'atteinte initiale : clef de voûte du dédoublement du préjudice selon un schéma causaliste	564
III. Le rôle déterminant de la notion d'atteinte initiale dans le jugement majoritaire de l'arrêt <i>Montréal (Ville) c. Dorval</i>	570
A) La tentation d'une interprétation littérale et restrictive de l'article 2930 du <i>Code civil du Québec</i> , ancrée dans la doctrine classique.....	571
B) L'atteinte initiale : une notion au cœur de l'interprétation large et libérale de l'article 2930 du <i>Code civil du Québec</i>	574
1. L'essai de définition du préjudice corporel du juge Pelletier dans l'arrêt <i>Montréal (Ville) c. Tarquini</i>	575
2. Le fondement des catégories d'action protégées par l'article 2930 du <i>Code civil du Québec</i>	577
IV. L'inévitabilité de la notion d'atteinte initiale dans le jugement majoritaire	583
A) Les présupposés du jugement majoritaire.....	587
B) L'ambivalence du jugement majoritaire quant au fondement ultime des catégories d'action protégées par l'article 2930 du <i>Code civil du Québec</i>	589
C) La relative indifférence du jugement majoritaire quant au fondement ultime des catégories d'action protégées par l'article 2930 du <i>Code civil du Québec</i>	596
Conclusion	601

Introduction

La notion d'atteinte initiale a reçu l'aval de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Cinar Corp. c. Robinson*¹, en 2013. Dans cet arrêt, qui a fait grand bruit, la notion d'atteinte initiale y est consacrée par le truchement du principe de qualification du préjudice qu'elle contrôle. Ce principe veut que le préjudice se qualifie en fonction de l'atteinte initiale subie par la victime à ses droits et à ses intérêts² – par opposition aux conséquences de cette atteinte initiale³.

Suivant ce principe, un préjudice sera dit « corporel », « moral » ou « matériel » selon que l'*atteinte initiale* subie par la victime est de nature corporelle (car touchant le droit à l'intégrité physique de la personne), de nature morale (car se rapportant à un droit ou un intérêt d'ordre extrapatrimonial, sauf le droit à l'intégrité physique) ou matérielle (car ayant trait à un droit ou à un intérêt d'ordre patrimonial).

Lorsqu'il y a lieu de recourir au principe de qualification du préjudice consacré dans l'arrêt *Cinar*, il faut donc cerner l'atteinte initiale

¹ [2013] 3 R.C.S. 1168, par. 102 (ci-après « *Cinar* »). Sur les enseignements à tirer de cet arrêt au sujet du préjudice, voir : Daniel GARDNER, « Un regard civiliste sur l'affaire *Cinar Corp. c. Robinson* », (2014) 26 *Cahiers de propriété intellectuelle* 499.

² *Id.* Des références à ce principe peuvent être trouvées notamment dans les jugements suivants : *Agence du revenu du Québec c. Groupe Enico inc.*, 2016 QCCA 76, par. 139, 150 et 151; *Dorval c. Montréal (Ville)*, 2015 QCCA 1607, par. 84; *Fortier c. Québec (Procureure générale)*, 2015 QCCA 1426, par. 90 et 91; *M.D. c. Ville de Montréal (SPVM)*, 2019 QCCQ 4980, par. 31-47; *White c. Green*, 2016 QCCS 5118, par. 27-29, 46 et 47. En doctrine, ce principe est attesté notamment dans les textes et ouvrages suivants : Daniel GARDNER, *Le préjudice corporel*, 4^e éd., Montréal, Éditions Yvon Blais, 2016, n^{os} 10-21, en particulier aux numéros 14 et 20; Manon MONTPETIT, *L'atteinte illicite : repenser le droit de la responsabilité en fonction de ses sources*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2015, p. 169 et 170; Patrice DESLAURIERS et Emmanuel PRÉVILLE RATELLE, « Le préjudice », dans Collection de droit 2021-2022, École du Barreau du Québec, vol. 5, *Responsabilité*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2019, p. 191, aux p. 193-195; Jean-Louis BAUDOIN, Patrice DESLAURIERS et Benoît MOORE, *La responsabilité civile*, vol. 1, 9^e éd., Montréal, Éditions Yvon Blais, 2020, n^o 1-327; Frédéric LEVESQUE, *Précis de droit québécois des obligations*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2014, n^{os} 458-462.

³ Voir notamment : D. GARDNER, préc., note 2, n^{os} 10-21, en particulier aux numéros 14 et 20.

afin d'en apprécier la nature⁴. Sur le plan des fondements, ce principe repose sur un concept de préjudice compris à la fois comme une *atteinte* à un droit ou à un intérêt d'une personne et comme un *ensemble d'atteintes* aux droits et aux intérêts d'une personne, parmi lesquelles celle qui survient en premier forme l'atteinte initiale⁵. En pratique, ce principe sert d'abord et avant tout à l'application des règles conditionnées par la nature du préjudice, comme celle qui est prévue à l'article 2930 du *Code civil du Québec*⁶. S'agissant d'une telle règle, la qualification de toutes les atteintes ou, ce qui revient au même, de tous les préjudices subis par la victime dans une situation donnée suivra la qualification donnée à l'atteinte dite initiale.

En 2017, le juge Wagner (maintenant juge en chef de la Cour suprême) signe le jugement majoritaire dans l'affaire *Montréal (Ville) c. Dorval*⁷. Dans cette dernière est justement à l'enjeu la portée de l'article 2930 C.c.Q., dont la règle y prévue est conditionnée par la nature *corporelle* du préjudice⁸. Pour répondre à la question d'interprétation soulevée par

⁴ À ce sujet, voir : Cinar, préc., note 1, par. 100; voir aussi : Patrick FORGET, *Au-delà de l'arrêt Cinar Corporation c. Robinson : Une présentation critique de la conception dominante du préjudice en droit québécois*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2016, p. 46-48.

⁵ En d'autres termes, le préjudice (disons « global ») subi par la victime constitue un ensemble d'atteintes, lesquelles forment elles-mêmes autant de préjudices (disons « particuliers »). Le préjudice global subi s'entend donc comme un ensemble d'atteintes aux droits et aux intérêts d'une personne. Chacun des préjudices particuliers est vu, de son côté, telle une atteinte à un droit ou à un intérêt d'une personne. Rappelons que tout préjudice se conçoit traditionnellement comme une atteinte aux droits et aux intérêts d'une personne; voir : Gérard CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, 12^e éd., Paris, Presses universitaires de France, 2020, s.v. « préjudice » et « dommage »; Hubert REID, *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, 5^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2015, s.v. « préjudice »; D. GARDNER, préc., note 2, n^o 10.

⁶ Pour une présentation de ces règles conditionnées par la nature du préjudice, du moins de la plupart d'entre elles, voir : Louis TURGEON-DORION, « La qualification du préjudice en droit civil québécois », (2015) 49 *R.J.T.* 133; voir aussi : D. GARDNER, préc., note 2, n^{os} 28-45, ainsi que les nombreux numéros de son ouvrage qui traitent des articles 1614, 1615 et 1616 C.c.Q.

⁷ [2017] 2 R.C.S. 250 (ci-après « *Dorval* »).

⁸ *Id.*, par. 24 : « L'art. 2930 C.c.Q. prévoit que “[m]algré toute disposition contraire, lorsque l'action est fondée sur l'obligation de réparer le préjudice corporel causé

l'article 2930, le juge Wagner emprunte à l'arrêt *Cinar* la notion d'atteinte initiale, laquelle en vient à traverser de part en part son jugement. Suivant notre analyse⁹, les 57 paragraphes du jugement majoritaire dans l'arrêt *Dorval* ne contiennent pas moins de 25 occurrences certaines ou quasi certaines de la notion d'atteinte initiale¹⁰.

En réalisant cette recension de la notion d'atteinte initiale dans le jugement majoritaire de l'arrêt *Dorval*, nous poursuivions un double objectif : l'un étant explicite, c'est-à-dire mettre en lumière l'omniprésence de la notion de l'atteinte initiale dans le raisonnement du juge Wagner; l'autre, implicite, soit présenter les multiples visages sous lesquels la notion peut se faire jour.

Or, si l'arrêt *Dorval* est représentatif de l'usage — et, vu son autorité, on peut se demander comment il ne le serait pas —, il faut admettre que la notion d'atteinte initiale est soumise, en discours, à d'importantes variations formelles, qu'elles soient d'ordre terminologique, phraséologique ou contextuel¹¹. Dans l'arrêt *Dorval*, des termes tels que « atteinte initiale », « violation initiale » ou « atteinte première » véhiculent la notion d'atteinte initiale¹². Il arrive aussi que ladite notion s'enveloppe d'un signifiant plus phraséologique que terminologique¹³, comme dans l'extrait suivant : « le préjudice doit être qualifié en fonction *de sa source ou de*

à autrui, l'exigence [...] d'intenter [l'action] dans un délai inférieur à trois ans [...] ne peut faire échec au délai de prescription prévu par le présent livre." »

⁹ Voir : Patrick FORGET, « Présence et omniprésence de la notion d'atteinte initiale dans l'arrêt *Montréal (Ville) c. Dorval* de la Cour suprême du Canada », (2018) 48 *R.G.D.* 337.

¹⁰ *Id.*, 386. À noter que la notion d'atteinte initiale fait aussi partie intégrante de l'opinion dissidente des juges Côté et Brown (*Dorval*, préc., note 7, par. 58-102) : voir, en particulier, les paragraphes 83 (« préjudice corporel initial »), 84 (« atteinte première ») et 91 (« atteinte initiale à l'intégrité corporelle »).

¹¹ Sur le phénomène de la variation terminologique, voir : Judit FREIXA AYMERICH, Sabela FERNÁNDEZ SILVA et Maria Teresa CABRÉ CASTELLVÍ, « La multiplicité des chemins dénominatifs », (2008) 53 *Meta* 731.

¹² P. FORGET, préc., note 9, 359-362.

¹³ *Id.*, 362-367.

l'objet de l'atteinte, et non de la nature pécuniaire ou non pécuniaire des conséquences de cette atteinte »¹⁴.

Dans l'arrêt *Dorval*, la notion d'atteinte initiale se dissimule la plupart du temps à l'intérieur de dénominations qui laissent dans l'ombre sa propriété ou son attribut d'initialité. Plusieurs occurrences des termes « atteinte »¹⁵, « atteinte fautive »¹⁶, « atteinte à l'intégrité physique »¹⁷ ou « préjudice corporel »¹⁸ dénotent, à l'analyse, une atteinte initiale subie par la victime à ses droits ou à ses intérêts.

Nous pouvons présumer que les fortes variations formelles auxquelles la notion d'atteinte initiale est soumise rendent sa présence, dans les textes, plus diffuse. Dans un même ordre d'idées, nous croyons aussi que les variations de son mode d'expression masquent l'influence que la notion exerce sur la compréhension générale du préjudice, tout en nuisant, sur le plan théorique, à sa prise en charge par la doctrine¹⁹. À l'échelle où se situe notre analyse, ces variations formelles occultent le rôle déterminant que joue la notion d'atteinte initiale dans le jugement majoritaire de l'arrêt *Dorval*²⁰.

¹⁴ *Dorval*, préc., note 7, par. 43, se référant à L. TURGEON-DORION, préc., note 6, 156 (l'italique est de nous). Qualifier le préjudice « en fonction de sa source ou de l'objet de l'atteinte » signifie qualifier le préjudice en fonction de l'atteinte initiale : voir L. TURGEON-DORION, préc., note 6, 138, 139 et 212. Pour deux autres formules comparables en doctrine, voir : D. GARDNER, préc., note 2, n° 20; Sophie MORIN, *Le dommage moral et le préjudice extrapatrimonial*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2011, p. 212.

¹⁵ P. FORGET, préc., note 9, 368 à la note de bas de page 122.

¹⁶ *Id.*, 379-385.

¹⁷ *Id.*, 372-379.

¹⁸ *Id.*, 368-372.

¹⁹ En doctrine et en jurisprudence, la notion d'atteinte initiale est fortement associée au principe de qualification du préjudice qu'elle contrôle. La justification de ce principe, qui se fait sur des bases essentiellement pragmatiques, ne donne pas lieu à une réflexion sur la notion même d'atteinte initiale : voir D. GARDNER, préc., note 2, n°s 10-21.

²⁰ Voir, en particulier : *Dorval*, préc., note 7, par. 26, 27, 35, 54 et 55. Sur la présence de la notion d'atteinte initiale aux paragraphes 35, 54 et 55, voir : P. FORGET, préc., note 9, 373-379.

Il faut reconnaître que, jusqu'à présent, peu d'efforts théoriques ont été faits pour justifier le recours à la notion d'atteinte initiale²¹. Dans l'état actuel des choses, cette notion s'emploie sur le mode de l'évidence, comme si elle était inévitable. À cet égard, le jugement majoritaire du juge Wagner dans l'affaire *Dorval* ne fait pas figure d'exception, bien au contraire.

Dans le présent texte, nous tenterons de mettre au jour le postulat d'inévitabilité de la notion d'atteinte initiale qui sous-tend le jugement majoritaire dans l'arrêt *Dorval*²². Nous voulons montrer que, dans l'esprit du juge Wagner, lorsqu'il a préparé son jugement dans l'affaire *Dorval*, la notion d'atteinte initiale ne pouvait pas ne pas jouer le rôle déterminant qu'il lui a attribué. À ses yeux, saisir la situation de préjudice à travers le prisme de la notion d'atteinte initiale était inévitable.

Démontrer l'inévitabilité de la notion d'atteinte initiale dans le jugement majoritaire de l'arrêt *Dorval* est l'un des défis les plus difficiles que nous nous sommes donnés. Il en est ainsi parce que cette démonstration exige de sonder rétrospectivement l'état d'esprit du juge Wagner lorsqu'il a préparé son jugement dans l'arrêt *Dorval*. Or, les preuves en lien avec cet état d'esprit sont limitées. Nulle part, dans son opinion, le juge Wagner ne laisse-t-il entendre et, *a fortiori*, n'affirme-t-il que la notion d'atteinte initiale est un passage obligé pour comprendre la situation de préjudice²³ et, plus largement, la situation de responsabilité²⁴ à l'origine de l'affaire à l'étude. En l'absence d'un tel aveu, c'est donc à partir des traces que le savant juge a laissées dans son jugement que nous remonterons le fil de ses *a priori* implicites (ou de ses préconceptions cachées) au sujet du préjudice.

²¹ *Supra*, note 19.

²² Dans une prochaine publication, nous comptons remettre en question le postulat d'inévitabilité de la notion d'atteinte initiale.

²³ La notion de situation de préjudice s'entend, pour nous, de toute situation où une personne peut légitimement soutenir avoir subi un préjudice.

²⁴ La notion de situation de responsabilité désigne, à nos yeux, une situation où l'on peut légitimement soutenir qu'une personne a engagé sa responsabilité civile à l'égard d'autrui. Cela ne signifie pas que cette personne a effectivement engagé sa responsabilité, mais la situation de fait est telle que l'on peut légitimement se poser la question de savoir si cette personne a engagé sa responsabilité civile et faire valoir des arguments au soutien de cette prétention. Toute situation de responsabilité comprend une situation de préjudice.

Comme nous l'avons annoncé, notre objectif est de démontrer que, pour le juge Wagner, la réponse à la question d'interprétation soulevée par l'article 2930 C.c.Q., dans l'affaire *Dorval*, passait *nécessairement*, mieux *inévitablement*²⁵, par la notion d'atteinte initiale. Cette démonstration du postulat d'inévitabilité de la notion d'atteinte initiale sur lequel repose le jugement majoritaire de l'arrêt *Dorval* requiert, par souci d'intelligibilité, une propédeutique en trois temps : il nous faudra, d'abord, présenter la question d'interprétation soulevée par l'article 2930 dans l'affaire *Dorval*, puis nous verrons à circonscrire tant soit peu la notion d'atteinte initiale. Enfin, nous nous emploierons à mettre en lumière le rôle déterminant que la notion d'atteinte initiale joue dans le raisonnement du juge Wagner, et ce, d'un strict point de vue objectif, c'est-à-dire indépendamment de la question de savoir si le recours à la notion était préconçu, par le magistrat, comme inévitable.

I. L'affaire *Montréal (Ville) c. Dorval* : une mise en contexte

À l'origine de l'affaire *Dorval*, il y a un meurtre qui, selon des membres de la famille de la défunte, M^{me} Maria Altagracia Dorval, aurait pu être évité²⁶. En l'occurrence, le père, la sœur et la belle-mère de

²⁵ Nous préférons le lexique de l'inévitabilité à celui de la nécessité pour exprimer le postulat qui régit le recours à la notion d'atteinte initiale dans le jugement majoritaire du juge Wagner. Notre préférence s'explique par le fait que, dans l'absolu, la mobilisation de la notion d'atteinte initiale n'est jamais nécessaire. Certes, lorsque dans son interprétation l'interprète en vient à cerner, pour une raison ou une autre, en pleine conscience ou non, l'atteinte initiale de la victime, le recours à la notion se fait, à l'heure actuelle, sur le mode de l'évidence, comme si ladite notion était inévitable ou, pourrait-on dire, nécessaire. Il demeure néanmoins que, dans l'absolu, l'interprète pourrait toujours se passer de la notion d'atteinte initiale : *supra*, note 22. La nécessité du recours à la notion d'atteinte initiale étant toujours *conditionnelle* (car il pourrait toujours en aller autrement), nous parlerons plutôt de l'inévitabilité de la notion d'atteinte initiale. L'idée de nécessité conditionnelle que rend le concept d'inévitabilité est empruntée à l'épistémologie des sciences : voir Léna SOLER, « Revealing the Analytical Structure and some Intrinsic Major Difficulties of the Contingentist/Inevitabilist Issue », (2008) 39 *Studies in History and Philosophy of Science* 230, 232.

²⁶ *Dorval c. Montréal (Ville)*, 2014 CanLII 4590, par. 3 (QC C.S.) infirmé par *Dorval c. Montréal (Ville)*, préc., note 2. Le jugement de la Cour d'appel a été

M^{me} Dorval²⁷ reprochent aux policiers du Service de police de la Ville de Montréal (SPVM) leur négligence dans le traitement et le suivi d'une plainte formelle que M^{me} Dorval a déposée, le 11 octobre 2010, contre son ex-conjoint, M. Edens Kenol²⁸. Moins d'une semaine après le dépôt de sa plainte, M^{me} Dorval était tuée, chez elle, à coups de couteau. En mai 2013, M. Kenol a été reconnu coupable du meurtre au premier degré de M^{me} Dorval²⁹.

À la suite de cette tragédie, le père, la sœur et la belle-mère de M^{me} Dorval³⁰ intentent deux catégories de recours à la Ville de Montréal, à titre de commettante des policiers : un recours successoral pour compenser le préjudice subi par la défunte, M^{me} Dorval, ainsi que des recours personnels au moyen desquels les trois membres de la famille Dorval, à titre de victimes par ricochet, réclament réparation de leurs propres préjudices³¹.

L'arrêt rendu par la Cour suprême en 2017 ne concerne d'aucune façon la responsabilité civile de la Ville de Montréal et de ses policiers. L'arrêt *Dorval* porte entièrement sur une question préliminaire liée à la prescription des recours personnels entrepris par les membres de la famille Dorval, à titre de victimes par ricochet. L'enjeu, ici, est la portée de l'article 2930 C.c.Q. et la protection que la règle y prévue accorde aux actions de victimes par ricochet dans la situation des membres de la famille Dorval.

Rappelons que la portion pertinente de l'article 2930 C.c.Q. se lit ainsi, du moins tel était le cas au moment de l'instance et du jugement :

confirmé par la Cour suprême : voir *Dorval*, préc., note 7. À noter que les motifs de la Cour suprême et ceux de la Cour d'appel ne sont pas parfaitement compatibles. En particulier, contrairement à la Cour d'appel (*Dorval c. Montréal (Ville)*, préc., note 2, par. 22-33, 74 et 75), la Cour suprême ne tire pas le moindre argument de la thèse de la distinction entre le dommage et le préjudice, thèse qu'elle passe, d'ailleurs, sous silence. Pour une présentation critique de cette thèse, voir : P. FORGET, préc., note 4, p. 77-90.

²⁷ *Dorval c. Montréal (Ville)*, préc., note 26, par. 2.

²⁸ *Id.*, par. 3.

²⁹ Voir : *Kenol c. R.*, 2016 CanLII 509, par. 7 (QC C.A.).

³⁰ *Dorval c. Montréal (Ville)*, préc., note 26, par. 2.

³¹ *Id.*, par. 5.

« Malgré toute disposition contraire, lorsque l'action est fondée sur l'obligation de réparer le préjudice corporel causé à autrui, l'exigence [...] d'intenter [l'action] dans un délai inférieur à trois ans [...] ne peut faire échec au délai de prescription prévu par le présent livre³². »

Dans l'affaire *Dorval*, toutes les parties admettent que l'atteinte mortelle que M^{me} Dorval a subie constitue un préjudice corporel, celui-ci se définissant traditionnellement comme une atteinte à l'intégrité physique³³. Le recours successoral entrepris par les héritiers de M^{me} Dorval tombe nul doute dans le champ d'application de l'article 2930 C.c.Q.

En contrepartie, les proches de M^{me} Dorval, demandeurs en l'instance, ont subi un préjudice d'ordre moral, peut-être aussi matériel, mais non d'ordre corporel au sens traditionnel du terme. Se pose donc la question de savoir si les recours personnels de victimes par ricochet qui, comme les membres de la famille Dorval, n'ont pas subi une atteinte à leur intégrité physique jouissent de la protection contre les prescriptions courtes prévue par l'article 2930 C.c.Q. dans le cas où la victime immédiate a, elle, subi une atteinte de cette nature³⁴.

Dans cette affaire, la réponse à cette question s'avère capitale, car elle déterminera si les recours personnels des membres de la famille seront frappés de prescription. En effet, les membres de la famille Dorval ont intenté leurs recours plus de six mois après le drame, mais moins de trois

³² *Dorval*, préc., note 7, par. 24. Aujourd'hui, la portion pertinente de l'article 2930 C.c.Q. se lirait ainsi : « Malgré toute disposition contraire, lorsque l'action est fondée sur l'obligation de réparer le préjudice corporel causé à autrui, l'exigence [...] d'intenter [l'action] dans un délai inférieur à un délai prévu par le présent livre [...] ne peut faire échec au délai de prescription prévu par le présent livre » (l'italique est de nous). Voir : *Loi modifiant le Code civil pour notamment rendre imprescriptibles les actions civiles en matière d'agression à caractère sexuel, de violence subie pendant l'enfance et de violence conjugale*, L.Q. 2020, c. 13, art. 3.

³³ À ce sujet, voir : *Kazemi (Succession) c. République islamique d'Iran*, [2014] 3 R.C.S. 176, par. 77; *Schreiber c. Canada (Procureur général)*, [2002] 3 R.C.S. 269, par. 61-65. Voir aussi : J.-L. BAUDOUIN, P. DESLAURIERS et B. MOORE, préc., note 2, n° 1-323.

³⁴ Voir : *Dorval*, préc., note 7, par. 22 *in fine*; *id.*, par. 16-18, 25 et 55. Comparer avec la question telle qu'elle est formulée par la majorité (*id.*, par. 15).

ans suivant celui-ci³⁵. Si les recours personnels des membres de la famille Dorval ne sont pas protégés par l'article 2930 C.c.Q., ils tombent sous le coup du délai de prescription de six mois de l'article 586 de la *Loi sur les cités et villes*³⁶ et sont prescrits. Bref, ce n'est que s'ils entrent dans le champ d'application de l'article 2930 que lesdits recours peuvent procéder au fond³⁷.

Par une majorité de cinq voix contre deux, la Cour suprême a conclu que les actions des victimes par ricochet dans la situation des membres de la famille Dorval sont visées par l'article 2930 C.c.Q. La Cour suprême confirme ainsi l'état du droit qui existait sur cette question, et ce, au moins depuis l'arrêt *Montréal (Ville) c. Tarquini* de la Cour d'appel³⁸. Dans la perspective de l'article 2930, le recours d'une victime par ricochet qui n'a pas subi d'atteinte à son intégrité physique est protégé au même titre que celui de la victime immédiate qui, elle, a subi une telle atteinte à son intégrité physique.

³⁵ *Dorval c. Montréal (Ville)*, préc., note 26, par. 7; voir aussi : *Dorval c. Montréal (Ville)*, préc., note 2, par. 7 et 9.

³⁶ RLRQ, c. C-19. Voir aussi : *Dorval*, préc., note 7, par. 5.

³⁷ À remarquer que les décisions dans l'affaire *Dorval* partent de la prémisse que le délai de prescription applicable au recours successoral et aux recours personnels des membres de la famille Dorval (si l'on conclut, comme cela a été le cas en définitive, qu'ils sont tous protégés par l'article 2930 C.c.Q.) est le délai de trois ans prévu par l'article 2925 C.c.Q. Voir : *Dorval*, préc., note 7, par. 3 et 31; *Dorval c. Montréal (Ville)*, préc., note 2, par. 7 et 9; *Dorval c. Montréal (Ville)*, préc., note 26, par. 7. Bien qu'il ne fût pas nécessaire d'en décider, on aurait pu soutenir que le délai applicable aux recours en cause n'était pas le délai de prescription de trois ans prévu par l'article 2925 C.c.Q., mais bien le délai de trente ans alors prévu à ce qui est désormais l'ancien article 2926.1 al. 1 C.c.Q.; ce délai de trente ans devait sans doute être ramené à trois ans en raison de la mort de M^{me} Dorval : voir l'ancien article 2926.1 al. 2 C.c.Q., tel qu'il a été interprété par l'arrêt *L'Oratoire Saint-Joseph du Mont-Royal c. J.J.*, 2019 CanLII 35, par. 138-146 (C.S.C.). Pour réduire la longueur du présent article, nous avons retiré la démonstration présentée au soutien de cette dernière proposition. Dans un autre ordre d'idées, selon nos informations, quelque deux ans et demi après la fin des procédures sur la requête en irrecevabilité de la Ville de Montréal, un règlement est intervenu entre les parties de l'affaire *Dorval*.

³⁸ Voir : *Montréal (Ville) c. Tarquini*, 2001 CanLII 13065 (QC C.A.) (ci-après « *Tarquini* »).

Comment expliquer qu'une règle qui fait du préjudice corporel une condition d'application protège une personne qui n'a pas subi de préjudice corporel? La clé du problème se trouve dans la notion d'atteinte initiale.

Pour le juge Wagner, l'atteinte à l'intégrité physique subie par la victime immédiate forme le préjudice corporel qui conditionne l'application de la règle de l'article 2930 C.c.Q., et ce, tant pour la victime immédiate que, le cas échéant, pour la ou les victimes par ricochet. Telle est la situation parce que cette atteinte à l'intégrité physique se conçoit comme une atteinte *initiale*, laquelle est à l'origine des préjudices de la victime immédiate (en l'occurrence, feu M^{me} Dorval) et des préjudices des victimes par ricochet (dans ce cas précis, les membres de la famille Dorval). Dans l'affaire *Dorval*, victime immédiate et victimes par ricochet partagent donc une seule et même atteinte initiale, celle que M^{me} Dorval a subie à son intégrité physique, et qui s'identifie, sur le plan factuel, à son décès³⁹.

Déjà nous pouvons entrevoir comment l'inscription de l'atteinte à l'intégrité physique et, du coup, du préjudice corporel subi par la victime immédiate à l'intérieur du schéma « atteinte initiale (à l'intégrité physique) / conséquence(s) de l'atteinte initiale (à l'intégrité physique) » favorise une interprétation de l'article 2930 C.c.Q. qui étend la règle y prévue à des victimes par ricochet qui, comme les membres de la famille Dorval, n'ont pas subi d'atteinte à leur intégrité physique lorsque la victime immédiate, elle, a subi une telle atteinte.

II. La notion d'atteinte initiale : clef de voûte du dédoublement du préjudice selon un schéma causaliste

L'arrière-plan à partir duquel s'articule notre texte problématise la notion d'atteinte initiale et le recours qui en est fait pour interpréter le préjudice dans sa double dimension juridique et factuelle. Dans sa dimension juridique, le préjudice renvoie à la catégorie ou au concept de préjudice, tels qu'ils sont mobilisés par certaines règles et principes de

³⁹ *Dorval*, préc., note 7, par. 35. Sur la présence de la notion d'atteinte initiale au paragraphe 35 du jugement majoritaire, voir : *infra*, section III.B.2.

droit⁴⁰; dans sa dimension factuelle, le préjudice réfère au préjudice ainsi qu'il est subi par une personne dans une situation donnée.

Suivant la thèse que nous défendons, se saisir du préjudice dans une situation donnée à travers le prisme de l'atteinte initiale n'a rien d'inévitable⁴¹, et ce, contrairement au postulat à la base du jugement majoritaire dans l'arrêt *Dorval*⁴². D'autres manières de voir le préjudice

⁴⁰ Notre étude part de la prémisse que toute notion ou tout concept forme, en langue et en pensée, une catégorie dont la dénomination peut servir à désigner ou bien la catégorie elle-même ou bien une occurrence de la catégorie : à ce sujet, voir Pierre FRATH, « La conception de la dénomination chez Georges Kleiber », dans Emilia HILGERT, Silvia PALMA, Pierre FRATH et René DAVAL (dir.), *Res per nomen IV. Les théories du sens et de la référence. Hommage à Georges Kleiber*, Reims, Éditions et Presses universitaires de Reims (EPURE), 2014, p. 19, aux p. 31 et 32. Dans cette perspective, le concept de catégorie se pense d'abord comme un ensemble susceptible d'intégrer tous les individus du monde qui satisfont la définition de ladite catégorie. Par exemple, en première approximation, la catégorie de préjudice *attire vers elle* tous les faits du monde susceptibles de satisfaire la définition de préjudice (et *éloigne* ceux qui ne sont pas susceptibles de satisfaire sa définition). Le sens de la catégorie de préjudice s'imprègne du jeu de ces forces d'attraction/répulsion (et, plus concrètement, du travail intellectuel nécessaire pour les activer et les maintenir en action). Le concept de catégorie participe donc, d'abord, de la fonction référentielle du langage. Selon ce point de vue, le concept de catégorie diffère du concept de concept, lequel envisage un concept donné d'abord dans la relation qu'il entretient avec les autres concepts du ou des systèmes ou domaines de connaissance auxquels il appartient. Par exemple, en tant que concept, le sens du concept de préjudice s'imprègne d'abord des relations qu'il entretient avec les concepts de faute, de responsabilité civile, de perte, de manque à gagner, d'inconvénients anormaux du voisinage, d'atteinte, d'atteinte illicite, d'accident automobile, d'accident de travail, etc. Le concept de concept reflète la fonction ontologique de tout langage, une fonction exacerbée s'agissant des langues dites spécialisées puisque ces langues sont au service du développement et de la transmission de connaissances. Pour une approche différente des rapports existant entre les concepts de catégorie et de concept au moins dans l'univers juridique, voir : Michelle CUMYN et Frédéric GOSSELIN, « Les catégories juridiques et la qualification : une approche cognitive », (2016) 62-2 *R.D. McGill* 329.

⁴¹ *Supra*, notes 22 et 25.

⁴² C'est également l'image qui ressort, au Québec, de la doctrine la plus autorisée en la matière : voir D. GARDNER, préc., note 2, n^{os} 10-21, en particulier aux numéros 14 et 20. Au sujet de la conception du préjudice du professeur Gardner, voir : P. FORGET, préc., note 4, p. 32-36 et 70-75.

sont possibles : en fait, non seulement sont-elles possibles, mais elles sont même présentes dans le discours juridique⁴³.

Se saisir du préjudice de la victime (ou des victimes) dans une situation donnée à travers le prisme de l'atteinte initiale n'est donc pas inévitable; cependant, et cela importe davantage, procéder ainsi n'est pas neutre non plus. Voir le préjudice et, plus généralement, la situation de responsabilité⁴⁴ à travers le prisme de l'atteinte initiale incline le raisonnement vers certaines solutions au détriment d'autres⁴⁵. Les solutions ainsi favorisées par la notion d'atteinte initiale peuvent être à l'avantage de la victime, comme dans l'affaire *Dorval*, mais ce n'est pas forcément le cas⁴⁶.

Or, malgré les effets qu'elle induit sur la compréhension du préjudice de même que sur le sens et la portée à donner aux règles de droit applicables au préjudice, la notion d'atteinte initiale reste largement inexplorée par la doctrine. Deux phénomènes convergent, à notre avis, pour expliquer cette sous-théorisation de la notion en doctrine : la multiplicité des formes qu'elle peut revêtir en discours⁴⁷ et le postulat d'inévitabilité qui encadre, à l'heure actuelle, le recours qui en est fait en discours. Conformément au postulat d'inévitabilité, toute mobilisation de la notion se fait sous le signe de l'évidence.

Cette sous-théorisation de la notion n'est d'ailleurs pas sans nous créer des difficultés d'ordre épistémologique. L'arrière-plan de notre réflexion exige d'exposer une notion, celle d'atteinte initiale, qui, de manière générale, aux yeux des juristes, se passe de présentation. Dans les

⁴³ P. FORGET, préc., note 4, p. 27-29 et 56-59; *supra*, note 22.

⁴⁴ Sur la notion de situation de responsabilité telle que nous l'entendons, voir : *supra*, note 24.

⁴⁵ P. FORGET, préc., note 4, p. 59-75.

⁴⁶ Pour des situations où le principe de qualification du préjudice fondée sur l'atteinte initiale n'est pas favorable à la victime, voir : J.-L. BAUDOUIN, P. DESLAURIERS et B. MOORE, préc., note 2, n^{os} 1-327; D. GARDNER, préc., note 2, n^o 15; F. LEVESQUE, préc., note 2, n^o 462.

⁴⁷ Nous avons fait allusion dans notre introduction aux variations formelles d'ordre terminologique, phraséologique et contextuel auxquelles la notion d'atteinte initiale est soumise. Voir, plus généralement, à ce sujet : P. FORGET, préc., note 9, 358 et suiv.

circonstances, il nous est donc impossible de dire quoi que ce soit au sujet de la notion sans y imprimer à peu près entièrement notre propre conception des choses⁴⁸. Pour réduire les risques de biais inhérents à notre position, nous nous en tiendrons aux attributs de la notion d'atteinte initiale qui nous semblent les moins contestables.

En premier lieu, l'atteinte initiale, comme l'atteste le principe de qualification du préjudice qu'elle contrôle, peut être de nature corporelle, morale ou matérielle⁴⁹. En deuxième lieu, tel que son nom l'indique⁵⁰, l'atteinte initiale est le préjudice subi par la victime entendu en son point de départ, en son commencement⁵¹. En troisième lieu, l'atteinte initiale se comprend par opposition aux autres atteintes (ou préjudices⁵²) subies, dans la même situation, par une victime. Si l'on creuse cette opposition, on se rend compte que ces autres atteintes (ou préjudices) sont conçues non seulement comme *venant à la suite* de l'atteinte initiale subie par la victime, mais aussi comme *découlant* de cette atteinte initiale⁵³.

Isoler et analyser l'atteinte initiale amène donc l'interprète à distinguer, *au sein même du préjudice*, l'atteinte initiale des conséquences de cette dernière, conséquences qui seront – selon le cas – pécuniaires (ou

⁴⁸ L'abondance des références à nos propres travaux s'explique, d'ailleurs, par l'absence de problématisation de la notion d'atteinte initiale chez les auteurs et les autrices qui s'intéressent à la question du préjudice. Les ouvrages du professeur Gardner (préc., note 2) et de la professeure Morin (préc., note 14) sont représentatifs à cet égard.

⁴⁹ *Supra*, note 2 et le texte correspondant.

⁵⁰ ANALYSE ET TRAITEMENT DE LA LANGUE FRANÇAISE, *Trésor de la langue française informatisé*, en ligne : <<http://atilf.atilf.fr/>>, s.v. « initial, ale, aux », recense notamment les trois sens principaux suivants pour l'adjectif « initial, ale » : « **A.** – « Qui marque l'origine de quelque chose. » ; « **B.** – « Qui est placé au début de quelque chose. » ; « **C.** – « *P. ext.*, domaines *techniques*. Qui existe, qui est concomitant au début de quelque chose pendant une certaine durée. »

⁵¹ P. FORGET, préc., note 9, 352, 353, 357 et 358; P. FORGET, préc., note 4, p. 38-48 et 59-64.

⁵² Il est entendu que tout préjudice se conçoit traditionnellement comme une atteinte; voir : Gérard CORNU (dir.), préc., note 5, s.v. « préjudice » et « dommage »; Hubert REID et Simon REID, préc., note 5, s.v. « préjudice »; D. GARDNER, préc., note 2, n° 10.

⁵³ Sur cette question, voir : P. FORGET, préc., note 4, p. 48 et suiv.

matérielles ou patrimoniales⁵⁴) ou non pécuniaires (ou morales ou extrapatrimoniales⁵⁵). À cet égard, l'archétype est la victime qui a subi des blessures corporelles et qui *en* subit des contrecoups économiques et psychologiques. Ici, les blessures tiennent lieu d'atteinte initiale (à l'intégrité physique); les contrecoups d'ordre économique et psychologique, de conséquences de cette atteinte initiale (à l'intégrité physique).

Nous remarquons, à l'analyse, que le recours à la notion d'atteinte initiale provoque le dédoublement conceptuel du préjudice selon les termes du schéma « atteinte initiale / conséquence(s) de l'atteinte initiale ». Dans une situation de préjudice, chercher l'atteinte initiale subie par la victime force l'interprète à dédoubler le préjudice de la victime selon un certain schéma, dit *causaliste*, au sein duquel on distingue l'atteinte initiale de ses *conséquences* d'ordre pécuniaire ou non pécuniaire.

⁵⁴ Nous tenons pour synonymes les adjectifs « pécuniaire », « matériel », « patrimonial » lorsqu'ils sont employés en lien avec un préjudice. Ces adjectifs servent tous à caractériser un droit ou un intérêt (auquel, par ailleurs, il a été porté atteinte), qui est susceptible d'être évalué selon un ou plusieurs critères économiques externes au droit : voir : *Tarquini*, préc., note 38, par. 80-83 (j. Pelletier). Suivant la convention terminologique proposée par le professeur D. GARDNER, préc., note 2, n° 20, p. 29-31, l'adjectif « matériel » (comme les adjectifs « corporel » et « moral ») doit être réservé à la caractérisation de l'atteinte initiale et les autres adjectifs, à la caractérisation des conséquences de l'atteinte initiale (voir aussi : *id.*, n° 12 *in fine*, p. 17). Quant à l'effet de cette convention terminologique sur la manière de voir le préjudice, voir : P. FORGET, préc., note 4, p. 88 et 89.

⁵⁵ Nous tenons pour synonymes les adjectifs « non pécuniaire », « moral » ou « extrapatrimonial » lorsqu'ils sont employés en lien avec un préjudice. Ces adjectifs servent tous à caractériser un droit ou un intérêt (auquel, par ailleurs, il a été porté atteinte) qui n'est pas susceptible d'être évalué selon des critères économiques externes au droit : voir *Tarquini*, préc., note 38, par. 80-83 (j. Pelletier). Suivant la convention terminologique proposée par le professeur D. GARDNER, préc., note 2, n° 20, aux p. 29-31, l'adjectif « moral » (comme les adjectifs « corporel » et « matériel ») doit être réservé à la caractérisation de l'atteinte initiale et les autres adjectifs, à la caractérisation des conséquences de l'atteinte initiale (voir aussi : *id.*, par. 12 *in fine*, p.17). Quant à l'effet de cette convention terminologique sur la manière de voir le préjudice, voir : P. FORGET, préc., note 4, p. 88 et 89.

Dans le contexte où, comme dans l'affaire *Dorval*, la situation de préjudice comprend une victime immédiate et des victimes par ricochet, la première atteinte subie par la victime immédiate par suite de la faute du défendeur peut même remplir la fonction d'atteinte initiale tant pour la victime immédiate que pour les victimes par ricochet⁵⁶. Cela signifie que, dans le cadre d'une configuration causaliste du préjudice, le facteur d'unité des préjudices ne réside plus exclusivement, ni même primordialement, dans la personne qui les subit, mais dans l'atteinte initiale de laquelle ils résultent⁵⁷.

Enfin, si nous élargissons la fenêtre d'analyse et que nous passons de la question du préjudice à celle de la responsabilité civile tout entière, la notion d'atteinte initiale bouscule les fondements du domaine. Le recours à cette notion fait intervenir dans l'analyse de la situation de responsabilité cinq éléments (faute – causalité – atteinte initiale – causalité – préjudice(s)) en lieu et place des trois classiquement reconnus (faute⁵⁸ – causalité – préjudice(s))⁵⁹. La notion d'atteinte initiale inscrit au sein même du préjudice une causalité qui interfère, dans l'analyse d'une situation de responsabilité, avec celle qui doit, en principe, unir la faute et le préjudice et qui ne doit unir, en principe, que la faute et le préjudice. Ce « conflit de causalités » constitue un autre aspect de la problématique qui entoure la notion d'atteinte initiale et qui s'ajoute à ceux que nous avons déjà

⁵⁶ D. GARDNER, préc., note 2, n^{os} 22-24, p. 36-40, en particulier au numéro 23 *in fine*.

⁵⁷ Voir : P. FORGET, préc., note 4, p. 27-30.

⁵⁸ On pourrait généraliser ces deux schémas en remplaçant la faute par le fait générateur de responsabilité. Nous préférons réfléchir à partir de la faute, laquelle peut être considérée comme l'archétype du fait générateur de responsabilité.

⁵⁹ Cette transformation du cadre d'analyse de la situation de responsabilité a été soulignée par le professeur Fabrice LEDUC, « Faut-il distinguer le dommage et le préjudice? : un point de vue privatiste », R.C.A. 2010, Dossier n^o 3, 10, n^o 4, au sujet de la thèse de la distinction entre le dommage et le préjudice; voir également : S. MORIN, préc., note 14, p. 152 et 175. La thèse de la distinction du dommage et du préjudice dédouble, elle aussi, le préjudice selon un modèle causaliste, qui oppose l'atteinte initiale (appelée « dommage ») à ses conséquences (nommées « préjudices »). La thèse de la distinction du dommage et du préjudice se caractérise principalement par le fait qu'elle nie la possibilité même de *ne pas* dédoubler le préjudice selon un schéma causaliste. Pour une présentation critique de cette thèse, voir : P. FORGET, préc., note 4, p. 77-90.

mentionnés, soit le postulat d'inévitabilité qui régit le recours à la notion et les biais que celle-ci peut créer dans l'analyse du préjudice dans sa double dimension juridique et factuelle.

Cette notion problématique, aux effets (dé)structurants et inattendus, se trouve au cœur du jugement majoritaire dans l'arrêt *Dorval*.

III. Le rôle déterminant de la notion d'atteinte initiale dans le jugement majoritaire de l'arrêt *Montréal (Ville) c. Dorval*

Dans l'arrêt *Dorval*, la majorité de la Cour suprême interprète largement et libéralement l'article 2930 C.c.Q. Nous l'avons dit : la majorité, sous la plume du juge Wagner, étend la protection contre les prescriptions courtes énoncée à l'article 2930 au recours personnel d'une victime par ricochet qui n'a pas subi d'atteinte à son intégrité physique dans le cas où la victime immédiate a, elle, subi une telle atteinte. Suivant l'opinion de la majorité, une victime qui n'a pas subi de préjudice corporel se trouve à tirer profit d'une règle conditionnée par la nature corporelle du préjudice.

À la lecture de l'article 2930 C.c.Q., cette interprétation large et libérale surprend. En fait, elle va trop à contre-courant du texte de l'article 2930 et de la doctrine classique au sujet du préjudice pour ne pas étonner. Nous pouvons même dire que le texte de cet article et la doctrine classique au sujet du préjudice dressent un obstacle de taille à toute interprétation autre que littérale et restrictive dudit article⁶⁰.

De là découle l'intérêt de la notion d'atteinte initiale. Celle-ci offre une prise formelle pour surmonter cet obstacle. Elle fait contrepoids à la fois au texte de l'article 2930 C.c.Q. et à la doctrine classique au sujet du préjudice *sur leur propre terrain*, soit celui des concepts formels dont ledit article exploite les ressources. Cette notion ouvre ainsi un espace à

⁶⁰ D. GARDNER, préc., note 2, n° 24 : « Il est certain que “l’approche littérale, et d’une certaine manière, plus traditionnelle, proposée par le juge Chamberland dans *Tarquini*” est attrayante. » Voir aussi le jugement que cite, dans cet extrait, le professeur Gardner : *Lepage c. Méthot*, 2003 CanLII 12238, par. 35 et 36 (QC C.S.).

l'intérieur duquel les arguments de principe tirés des objectifs de protection du droit à l'inviolabilité de la personne humaine et du droit à l'intégrité physique qui sous-tendent l'article 2930⁶¹ peuvent plus facilement s'exprimer.

Ce n'est donc pas un hasard si la jurisprudence relative à l'article 2930 C.c.Q. a très tôt tiré avantage de la notion d'atteinte initiale pour en faire une interprétation large et libérale. Ce n'est pas fortuit non plus si cette notion est omniprésente dans le jugement majoritaire de l'arrêt *Dorval* et si elle y joue un rôle déterminant, et ce, indépendamment de la question de savoir si le juge Wagner la tenait pour inévitable.

A) La tentation d'une interprétation littérale et restrictive de l'article 2930 du *Code civil du Québec*, ancrée dans la doctrine classique

Le nœud interprétatif de l'article 2930 C.c.Q. est encapsulé dans la proposition suivante : « lorsque l'action est fondée sur l'obligation de réparer le préjudice corporel causé à autrui⁶² ». Cette proposition renvoie principalement à trois référents conceptuels : le préjudice corporel, l'obligation de réparer le préjudice corporel causé à autrui et l'action fondée sur cette obligation. Force nous est de constater que le préjudice corporel représente le dénominateur commun de ces trois référents conceptuels. Il n'y a alors qu'un pas à franchir pour en venir à la conclusion que le législateur, à l'article 2930, avait l'intention de ne protéger que la victime d'un préjudice corporel.

Or, le préjudice corporel se définit traditionnellement comme une atteinte à l'intégrité physique d'une personne, ainsi que l'a rappelé la Cour suprême dans l'arrêt *Kazemi (Succession) c. République islamique d'Iran*⁶³, en 2014. Cette définition du concept repose sur une spécification des catégories fondamentales du préjudice fondée sur la nature du droit ou de

⁶¹ *Doré c. Verdun (Ville)*, [1997] 2 R.C.S. 862, par. 30. Voir aussi : *Dorval*, préc., note 7, par. 33; *Tarquini*, préc., note 38, par. 175 (j. Otis).

⁶² Art. 2930 C.c.Q.

⁶³ *Kazemi (Succession) c. République islamique d'Iran*, préc., note 33, par. 77; voir aussi : *Schreiber c. Canada (Procureur général)*, préc., note 33, par. 61-65.

l'intérêt atteint⁶⁴ : 1) le préjudice corporel : le droit à l'intégrité physique (aussi dit « droit à l'intégrité corporelle »); 2) le préjudice moral : tout droit ou intérêt d'ordre extrapatrimonial (sauf, peut-on arguer, le droit à l'intégrité physique⁶⁵); 3) le préjudice matériel : tout droit ou tout intérêt d'ordre patrimonial.

Quoique les rapports conceptuels entre le préjudice corporel et le préjudice moral puissent être débattus⁶⁶, un point reste sans équivoque : dans une perspective traditionnelle ou classique, la personne qui n'a pas subi une atteinte à son intégrité physique ne peut valablement prétendre avoir subi un préjudice corporel⁶⁷. Voici ce qu'affirmait le juge Chamberland dans une affaire jumelle de l'affaire *Dorval*, survenue une quinzaine d'années plus tôt⁶⁸ : « La logique commande de réserver le qualificatif "corporel" au préjudice causé à la personne dont l'intégrité corporelle a été atteinte, puisque c'est cette atteinte qui caractérise la catégorie du préjudice corporel⁶⁹ ».

⁶⁴ Pour une critique de ce critère de distinction classique, surtout lorsqu'on l'applique au préjudice corporel, voir : *Tarquini*, préc., note 38, par. 72-103 (j. Pelletier).

⁶⁵ On reconnaît, en jurisprudence, que les concepts de préjudice corporel et de préjudice moral, bien qu'ils se chevauchent, ont des aires d'extension distinctes : voir *Schreiber c. Canada (Procureur général)*, préc., note 33, par. 62-64.

⁶⁶ *Id.*; voir aussi : *Andrusiak c. Montréal (Ville)*, 2004 CanLII 32989, par. 7-21 (QC C.A.) (j. Baudouin); Nathalie VÉZINA, « Préjudice matériel, corporel et moral : variations sur la classification tripartite du préjudice dans le nouveau droit de la responsabilité », (1993) 24 *R.D.U.S.* 161, 173-175; P. FORGET, préc., note 4, p. 112-120.

⁶⁷ *Schreiber c. Canada (Procureur général)*, préc., note 33, par. 65; voir aussi : *Dorval*, préc., note 7, par. 16 et 25 *in fine*.

⁶⁸ Il est ici question de l'affaire *Tarquini*, préc., note 38. Précisons que les affaires *Tarquini* et *Dorval* soulèvent, au sujet de l'article 2930 C.c.Q., l'exacte même question d'interprétation. Cependant, dans l'affaire *Tarquini*, la victime immédiate est morte des suites d'un accident de vélo et non d'un meurtre commis par un ex-conjoint.

⁶⁹ *Tarquini*, préc., note 38, par. 35 (j. Chamberland). Dans cette affaire, le juge Chamberland était dissident sur la question de l'application de l'article 2930 C.c.Q. aux victimes par ricochet. L'opinion de ce juge peut être dite conforme à la doctrine classique au sujet du préjudice.

Si nous examinons les faits à l'origine de l'affaire *Dorval* à partir de ces prémisses, seule M^{me} Dorval, victime immédiate, a subi un préjudice corporel. Son décès, surtout considérant les circonstances dans lesquelles il a eu lieu, constitue indéniablement une atteinte à son intégrité physique et, donc, un préjudice corporel⁷⁰. Comme M^{me} Dorval a subi un préjudice corporel (ou, étant donné son décès, sa succession), elle peut être partie à une obligation de réparer ledit préjudice corporel ainsi qu'à une action fondée sur cette créance de réparation.

À l'inverse, les membres de la famille Dorval n'ont pas subi personnellement une atteinte à leur intégrité physique et, cela étant, un préjudice corporel au sens classique du terme. Ils ne peuvent donc être parties à une obligation de réparer le préjudice corporel qu'on leur aurait causé; ils ne peuvent être parties qu'à une obligation de réparer le préjudice moral ou matériel qu'on leur aurait causé. Considérant qu'ils n'ont pas subi de préjudice corporel et considérant qu'ils ne sont pas parties à une obligation de réparer le préjudice corporel, les membres de la famille Dorval peuvent-ils néanmoins être parties prenantes à une action fondée sur une obligation de réparer le préjudice corporel causé à autrui, selon les termes de l'article 2930 C.c.Q.?

Il faut reconnaître que, afin de rester fidèle à la doctrine classique au sujet du préjudice et de coller au texte de l'article 2930 C.c.Q. (qui, dans son essence, conditionne la protection y prévue au préjudice corporel), l'interprète peut être grandement tenté de répondre qu'il était dans l'intention du législateur de réserver la protection de l'article 2930 à la seule victime immédiate, c'est-à-dire à la seule victime qui a subi dans son être une atteinte à son intégrité physique. Cette interprétation exclut par le fait même du champ de cette protection les victimes par ricochet qui n'ont pas subi d'atteinte à leur intégrité physique, quand bien même la victime immédiate en aurait subi une⁷¹.

⁷⁰ *Dorval*, préc., note 7, par. 25.

⁷¹ C'est d'ailleurs, pour l'essentiel, l'opinion des juges dissidents dans l'arrêt *Dorval*, préc., note 7, par. 64-69. Cela a été également l'opinion du juge Chamberland, dissident sur ce point, dans l'arrêt *Tarquini*, préc., note 38, par. 34-37. Voir aussi : D. GARDNER, préc., note 2, par. 24.

Toutefois, la Cour suprême, à la majorité dans l'arrêt *Dorval*, n'a pas cédé à l'attrait de cette approche plus littérale et restrictive de l'article 2930 C.c.Q. — ni non plus, au demeurant, la Cour d'appel, à la majorité, au début des années 2000, dans l'affaire *Tarquini*⁷². À vrai dire, les deux cours ont conclu qu'il était dans l'intention du législateur d'étendre la protection contre les prescriptions courtes énoncée à l'article 2930 à des victimes par ricochet dans la situation des membres de la famille Dorval.

Pour écarter l'obstacle posé par le texte de l'article 2930 C.c.Q. et la doctrine classique au sujet du préjudice, le juge Wagner convoque les grands canons de l'interprétation, qui font la part belle aux arguments de cohérence et de finalité. Cependant, à l'analyse, pour écarter cet obstacle et justifier une interprétation large et libérale de l'article 2930, le juge Wagner mise plus que tout sur un argument formaliste tiré de la notion d'atteinte initiale. Comme d'autres interprètes de cet article avant lui, le juge Wagner exploite cette propriété du concept de préjudice qui consiste à se dédoubler en discours selon les termes du schéma « atteinte initiale / conséquence(s) de l'atteinte initiale ».

B) L'atteinte initiale : une notion au cœur de l'interprétation large et libérale de l'article 2930 du *Code civil du Québec*

Au moment de rendre jugement dans l'affaire *Dorval*, la Cour suprême profitait de deux argumentaires présentés au soutien d'une interprétation large et libérale de l'article 2930 C.c.Q. Les deux étaient tirés de l'arrêt *Tarquini*. D'un côté, il y avait l'argumentaire du juge Pelletier⁷³, qui reposait sur une redéfinition du concept de préjudice corporel; de l'autre, l'argumentaire de la juge Otis⁷⁴, qui travaillait à même le concept de préjudice corporel tel qu'il est classiquement compris⁷⁵.

⁷² Préc., note 38, par. 70-144 (j. Pelletier) et 173-195 (j. Otis).

⁷³ *Id.*, par. 70-144.

⁷⁴ *Id.*, par. 173-195.

⁷⁵ *Id.*, par. 175. Ceux et celles qui considèrent que tant le juge Pelletier que la juge Otis élargissent le concept de préjudice corporel se trouvent à assimiler, à tort, le raisonnement de la juge Otis à celui du juge Pelletier; voir par exemple : *Tremblay c. Lapointe*, 2004 CanLII 13266, par. 327 (QC C.S.); *Gasse c. Québec (Ville)*, 2004 CanLII 4468, par. 12 (QC C.Q.); François JOUBERT, « De Doré à Tarquini :

Chacun à leur façon, les argumentaires des juges Pelletier et Otis dans l'arrêt *Tarquini* mobilisent la notion d'atteinte initiale pour se justifier d'étendre la portée de l'article 2930 C.c.Q. aux actions personnelles de victimes par ricochet qui, comme les membres de la famille Dorval, n'ont pas subi d'atteinte à leur intégrité physique. Dans l'arrêt *Dorval*, le juge Wagner s'est inspiré de l'argumentaire de la juge Otis, tout en y consolidant le rôle joué par la notion d'atteinte initiale.

1. L'essai de définition du préjudice corporel du juge Pelletier dans l'arrêt *Montréal (Ville) c. Tarquini*

Dans l'arrêt *Tarquini*, le juge Pelletier propose une définition renouvelée du concept de préjudice corporel⁷⁶. À la faveur d'une « analyse du concept derrière les mots “préjudice corporel”⁷⁷ », le magistrat montre qu'il est réducteur de ne voir dans le préjudice corporel qu'une atteinte à l'intégrité physique⁷⁸. Ce type de préjudice est plutôt un concept « composite⁷⁹ » et « complexe⁸⁰ » « qui englobe l'ensemble des pertes morales et matérielles qui sont *la conséquence directe, immédiate ou distante*, d'une atteinte à l'intégrité physique d'une personne⁸¹ ».

Dans cette définition renouvelée du préjudice corporel, les pertes morales et matérielles qui sont la *conséquence directe et immédiate* de l'atteinte à l'intégrité physique correspondent à celles qui sont subies par la victime immédiate; les pertes morales et matérielles qui sont la *conséquence directe et distante* de la même atteinte sont celles que subissent, le cas échéant, les victimes par ricochet⁸².

l'application de la courte prescription en matière de préjudice corporel, moral et matériel », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, vol. 168, *Développements récents en droit municipal (2002)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 151, à la p. 188.

⁷⁶ *Tarquini*, préc., note 38, par. 101-103.

⁷⁷ *Id.*; voir l'intitulé qui précède les paragraphes 72 à 103.

⁷⁸ *Id.*, par. 88.

⁷⁹ *Id.*, par. 100.

⁸⁰ *Id.*

⁸¹ *Id.*, par. 101 (l'italique est de nous).

⁸² *Id.*, par. 100-103.

Dès lors que les pertes ou les préjudices subis par la victime immédiate et ceux qui le sont par des victimes par ricochet se trouvent rassemblés dans un seul et même « préjudice corporel⁸³ », les victimes par ricochet « subissent » aussi ce préjudice corporel. Il n’y a alors plus de raison de distinguer la situation de la victime immédiate et celle des victimes par ricochet au regard de l’article 2930 C.c.Q. : peu importe leur statut, ces victimes peuvent se réclamer de la protection dudit article. En fait, une fois cette définition renouvelée du préjudice corporel adoptée, la conclusion suivant laquelle la protection contre les prescriptions courtes prévue à l’article 2930 s’étend aux actions de telles victimes par ricochet s’impose d’elle-même.

La redéfinition du préjudice corporel proposée par le juge Pelletier revient – il faut le remarquer – à qualifier les pertes matérielles ou morales, tant celles qui sont subies par la victime immédiate que celles qui le sont par les victimes par ricochet *en fonction de la nature corporelle de l’atteinte subie, en premier lieu, par la victime immédiate*. Or, cette atteinte de laquelle les pertes matérielles ou morales de la victime immédiate et des victimes par ricochet tirent leur qualification forme bel et bien une atteinte initiale, ce que nous avons montré ailleurs⁸⁴. La notion d’atteinte initiale figure donc au cœur de l’essai de redéfinition du préjudice corporel du juge Pelletier.

Pour intéressant qu’il soit, l’essai de (re)définition du préjudice corporel du juge Pelletier ne reçoit pas l’aval du juge Wagner dans l’arrêt *Dorval*. Celui-ci travaille le sens et la portée de l’article 2930 C.c.Q. à partir de la définition classique du préjudice corporel⁸⁵. Le juge Wagner met donc

⁸³ *Id.*, par. 103.

⁸⁴ Voir : P. FORGET, préc., note 4, p. 23-32.

⁸⁵ Sur la mise à l’écart de la proposition de redéfinition du préjudice corporel selon les termes du juge Pelletier, voir : *Dorval*, préc., note 7, par. 16 et 25 *in fine*. Notons toutefois que le juge Wagner reconnaît que la jurisprudence et la doctrine n’offrent pas une représentation homogène du concept de préjudice corporel (par. 25). Qui plus est, le juge Wagner appuie son raisonnement sur des sources doctrinales qui renouvellent, à la manière du juge Pelletier, la définition du préjudice corporel (par. 42 et 43), ce qui peut sembler contradictoire, mais qui l’est beaucoup moins qu’il n’y paraît : voir P. FORGET, préc., note 9, 361 à la note de bas de page 105.

de côté l'opinion du juge Pelletier, du moins aux fins de l'interprétation de l'article 2930, au profit de l'opinion de la juge Otis, qu'il dit préférer⁸⁶. Ce faisant, le juge Wagner n'écarte pas pour autant la notion d'atteinte initiale, bien au contraire.

2. Le fondement des catégories d'action protégées par l'article 2930 du *Code civil du Québec*

Dans l'arrêt *Dorval*, le juge Wagner, à l'instar de la juge Otis dans l'arrêt *Tarquini*⁸⁷, n'apporte pas la moindre retouche au concept de préjudice corporel tel qu'il est traditionnellement compris⁸⁸. Il écrit à ce sujet : « [I]l est indéniable que lorsque le terme “préjudice corporel” est employé dans le *Code*, il fait nécessairement référence à une atteinte à l'intégrité physique d'une personne. Cette interprétation n'est pas remise en question⁸⁹. »

Comme la juge Otis dans l'arrêt *Tarquini*⁹⁰, le juge Wagner interroge plutôt le fondement des actions protégées par l'article 2930 C.c.Q.⁹¹. En vue de déterminer si les actions personnelles de victimes par ricochet comme les membres de la famille *Dorval* sont visées par l'article 2930, la question primordiale n'est donc pas de savoir si les préjudices subis par semblables victimes se qualifient de préjudice corporel, mais plutôt de savoir si le *fondement* de leurs actions personnelles se trouve

⁸⁶ *Dorval*, préc., note 7, par. 19-23, en particulier au paragraphe 23. Mentionnons que, s'il ne fait nul doute que le juge Wagner emprunte la stratégie argumentative de la juge Otis dans l'arrêt *Tarquini*, il recourt avec beaucoup plus de tranchant à la notion d'atteinte initiale que la juge Otis. Bien que cette dernière mobilise la notion d'atteinte initiale (*Tarquini*, préc., note 38, par. 178, 185 *in fine*, 193 et 195), son opinion montre la voie à suivre pour interpréter largement et libéralement l'article 2930 C.c.Q. sans passer par la notion d'atteinte initiale : voir P. FORGET, préc., note 4, p. 28 et 29 à la note de bas de page 79.

⁸⁷ *Tarquini*, préc., note 38, par. 175.

⁸⁸ Voir : *supra*, note 85, les nuances présentées.

⁸⁹ *Dorval*, préc., note 7, par. 25.

⁹⁰ Préc., note 38, par. 179 et 180. La juge Otis parle de la « source du recours » de la victime par ricochet en cas de décès de la victime immédiate plutôt que du « fondement du recours ».

⁹¹ *Dorval*, préc., note 7, par. 26.

dans l'obligation de réparer le préjudice corporel causé à la victime immédiate, en l'occurrence le préjudice corporel causé à M^{me} Dorval.

Sur le plan de l'interprétation, l'enjeu primordial peut se formuler de la manière suivante : qu'est-ce qu'une action dont *le fondement* se trouve dans l'obligation de réparer le préjudice corporel causé à autrui au sens de l'article 2930 C.c.Q.? Ou, plus simplement, quel est le *fondement* de la ou des catégories d'action protégées par cet article 2930⁹²?

Nul doute que, dans l'esprit du juge Wagner, la notion d'atteinte initiale participe du fondement des catégories d'action protégées par l'article 2930 C.c.Q. À notre avis, le passage le plus éclairant à ce sujet se trouve au paragraphe 35, lequel se lit comme suit :

En l'espèce, *le fondement de l'action en responsabilité civile des parents est le décès de Mme Dorval*, lequel résulterait de l'acte fautif de la Ville. Autrement dit, la Ville aurait l'obligation de réparer l'atteinte à l'intégrité physique qu'elle aurait causée à Mme Dorval, ce qui inclurait également l'ensemble des conséquences pécuniaires et non pécuniaires qui en sont une suite directe et immédiate, que celles-ci aient été subies par Mme Dorval ou par d'autres victimes. L'action des parents bénéficie du délai de prescription de trois ans et n'était donc pas prescrite au moment de son dépôt⁹³.

D'abord, il ne saurait être question de minimiser l'importance du paragraphe 35 dans l'économie du jugement majoritaire. Ce paragraphe revêt tous les traits d'une conclusion provisoire, qui ne demande qu'à être confirmée⁹⁴. Or, le juge Wagner y écrit noir sur blanc que le fondement des

⁹² En conformité avec l'arrêt *Dorval*, préc., note 7, qui ne réserve pas la protection de l'article 2930 C.c.Q. à l'action de la victime immédiate, nous parlerons dorénavant des « catégories d'action protégées par l'article 2930 C.c.Q. ».

⁹³ *Dorval*, préc., note 7, par. 35 (l'italique est de nous).

⁹⁴ *Id.*, où le paragraphe 35 clôt une section intitulée « Analyse contextuelle ». La conclusion provisoire qu'il contient est reprise en des termes plus généraux en fin d'argumentaire (*id.*, par. 54 et 55) après avoir été étayée par des développements consacrés à la revue de la jurisprudence et de la doctrine pertinentes ainsi qu'à la réfutation des principaux arguments adverses. Sur la présence de la notion

actions personnelles des membres de la famille Dorval est le décès de M^{me} Dorval. Si les actions personnelles des victimes par ricochet sont fondées sur le décès de la victime immédiate, *a fortiori*, l'action de la victime immédiate ou, plus exactement, le recours successoral qui en tient lieu trouve aussi son fondement dans ledit décès.

De l'analyse du paragraphe 35, nous tirons l'enseignement suivant : l'action de la victime immédiate (ou, en cas de décès, le recours successoral) et les actions personnelles des victimes par ricochet partagent le même fondement au sens de l'article 2930 C.c.Q., soit l'atteinte à l'intégrité physique subie par la victime immédiate, laquelle correspond, dans l'affaire *Dorval*, au décès de M^{me} Dorval. Il convient maintenant de montrer que cette atteinte à l'intégrité physique subie par M^{me} Dorval constitue une atteinte *initiale* à ses droits ou à ses intérêts.

Comme nous l'avons établi ailleurs⁹⁵, l'atteinte à l'intégrité physique subie par M^{me} Dorval, identifiée sur le plan factuel, au paragraphe 35, à son décès, répond aux deux critères définitionnels de la notion d'atteinte initiale : cette atteinte à l'intégrité physique est conçue comme faisant partie du domaine du préjudice de M^{me} Dorval et elle se présente comme ayant précédé et causé toutes les atteintes venues à sa suite⁹⁶.

En ce qui a trait au premier critère, un décès se rapporte plus naturellement au domaine du préjudice qu'à celui de la faute. Au demeurant, le juge Wagner décrit le décès de M^{me} Dorval au paragraphe 35 comme une atteinte à l'intégrité physique que les actes prétendument fautifs imputables à la Ville auraient *causé* à M^{me} Dorval. Si cette atteinte, inhérente au décès, a été *causée* à M^{me} Dorval, cela suppose que cette atteinte ne s'identifie pas à la *conduite* ayant prétendument porté atteinte au droit à l'intégrité physique de M^{me} Dorval, mais plutôt au *résultat* (dommageable) de cette conduite. Pour ces raisons, l'atteinte à l'intégrité physique inhérente à son décès doit donc être considérée comme un aspect ou une composante du préjudice de M^{me} Dorval.

d'atteinte initiale aux paragraphes 54 et 55 du jugement majoritaire, voir : P. FORGET, préc., note 9, 376-379.

⁹⁵ P. FORGET, préc., note 9, 375 et 376.

⁹⁶ *Id.*, 357 et 358.

Pour ce qui est du second critère, il suffit de relever que l'atteinte à l'intégrité physique causée à M^{me} Dorval, qui s'identifie à son décès, est entendue par opposition à « l'ensemble des *conséquences* pécuniaires et non pécuniaires qui *en* sont une suite directe et immédiate, que celles-ci aient été subies par Mme Dorval ou par d'autres victimes⁹⁷ ». Cette atteinte a donc ceci de particulier qu'elle est comprise comme ayant causé et, *a fortiori*, comme ayant précédé toutes les autres atteintes, soit celles qui correspondent aux conséquences pécuniaires et non pécuniaires subies par M^{me} Dorval et par les membres de sa famille. Tant les préjudices réparables subis par M^{me} Dorval que ceux qu'auraient subis par les membres de sa famille seraient donc les conséquences d'une seule et même atteinte initiale, celle qui a été subie par M^{me} Dorval, à la fois au moment et en raison de son décès.

Au paragraphe 35 de son jugement, le juge Wagner identifie clairement le fondement des catégories d'action protégées par l'article 2930 C.c.Q., à un niveau plus factuel, au décès de M^{me} Dorval et, à un niveau plus juridique, à l'atteinte à l'intégrité physique qui, vu les circonstances, lui est inhérente. Ce décès et cette atteinte à l'intégrité physique remplissent les critères définitionnels de la notion d'atteinte initiale, et ce, bien que le décès et l'atteinte qu'il emporte ne soient pas frappés de la désignation d'« atteinte initiale ». Soulignons toutefois que le juge Wagner reproduit un peu plus loin dans son jugement un passage de l'ouvrage du professeur Daniel Gardner dans lequel le décès d'un proche est qualifié nommément d'atteinte initiale⁹⁸.

En résumé :

1. Au paragraphe 35, le décès de la victime immédiate, en l'occurrence celui de Mme Dorval, forme une atteinte *initiale* à l'intégrité physique;
2. Cette atteinte initiale n'est pas le propre de celle qui l'a subie; elle est commune à la victime immédiate et aux victimes par ricochet, si

⁹⁷ *Dorval*, préc., note 7, par. 35 (l'italique est de nous).

⁹⁸ *Id.*, par. 42.

bien que l'ensemble des préjudices réparables, tant ceux de la victime immédiate et que ceux des victimes par ricochet, sont considérés comme s'y rapportant par voie de conséquence;

3. Toutes les actions visant la réparation des conséquences de la même atteinte initiale à l'intégrité physique doivent être considérées, selon les termes de l'article 2930 C.c.Q., comme *fondées* sur l'obligation de réparer le préjudice corporel causé à autrui, en l'occurrence le préjudice corporel causé à la victime immédiate;

4. Par conséquent, toutes ces actions sont protégées contre les prescriptions courtes par l'article 2930 C.c.Q.

Le paragraphe 35 du jugement majoritaire illustre mieux que tout autre le rôle déterminant qu'y joue la notion d'atteinte initiale. Ce caractère déterminant est confirmé par l'abondance des occurrences de la notion d'atteinte initiale que le jugement contient⁹⁹. Concrètement, la notion d'atteinte initiale permet au juge Wagner de relier les préjudices de la victime immédiate et des victimes par ricochet et de fonder sur l'atteinte à l'intégrité physique subie par M^{me} Dorval, comprise comme une atteinte initiale, tant le recours successoral que les recours personnels des membres de sa famille.

Il faut voir cependant que le recours de la victime immédiate (ou, en cas de décès, le recours successoral) et les recours personnels ne trouveraient pas dans l'atteinte initiale de la victime immédiate un fondement commun si la situation de préjudice n'était pas, *d'abord*, dédoublée selon les termes du schéma « atteinte initiale / conséquence(s) de l'atteinte initiale ». Ce fondement des catégories d'action protégées par l'article 2930 C.c.Q. n'existerait tout simplement pas sans dédoublement préalable du préjudice selon les termes d'un schéma causaliste.

Dans la même optique, il serait réducteur de ne voir dans la notion d'atteinte initiale qu'un reflet du lien étroit entre les préjudices de la victime immédiate et les préjudices des victimes par ricochet. La notion d'atteinte

⁹⁹ Voir : P. FORGET, préc., note 9, 358.

initiale *crée* le lien même qu’au nom du droit à l’inviolabilité de la personne humaine et du droit à sauvegarde de son intégrité physique, l’interprète peut être tenté de rechercher entre les situations de la victime immédiate et des victimes par ricochet afin de justifier une interprétation large et libérale de l’article 2930 C.c.Q.¹⁰⁰.

La notion d’atteinte initiale ouvre ainsi une voie de contournement d’ordre formel à l’interprète qui bute sur l’obstacle posé par le texte de l’article 2930 C.c.Q. et la doctrine classique au sujet du préjudice. À défaut d’avoir *subi* en propre une atteinte à leur intégrité physique, les victimes par ricochet peuvent faire valoir que celle qui a été subie par la victime immédiate fait partie intégrante de leur propre préjudice : elle est même la cause de tous leurs préjudices, du moins de tous leurs préjudices réparables. Sur le plan rhétorique, la notion d’atteinte initiale donne une prise à quiconque souhaite défendre une interprétation large et libérale de l’article 2930. Bref, voir le préjudice de la victime immédiate à travers le prisme de l’atteinte initiale favorise une interprétation de cet article 2930 qui va dans le sens des intérêts des victimes par ricochet.

S’il est vrai que la forme donnée à la situation de préjudice au moyen de ladite notion d’atteinte initiale et de son schéma de dédoublement

¹⁰⁰

Il faut remarquer que la notion d’atteinte initiale n’est probablement pas étrangère au concept de victime par ricochet lui-même, lequel a été défini de la manière suivante : « Victime d’un préjudice résultant du dommage subi par une autre personne » dans Paul-André CRÉPEAU, France ALLARD, Jean-Maurice BRISSON, Yaëll EMERICH, Nicolas KASIRER, Marie-France BICH, Élise CHARPENTIER, Mathieu DEVINAT et Patrick FORGET, *Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues – Les obligations*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, s.v. « victime par ricochet ». Suivant cette définition, ce qui caractérise la victime par ricochet tient au fait que le préjudice d’une telle victime se rapporte, sur le plan causal, d’abord et avant tout au dommage (ou au préjudice) de la victime immédiate plutôt qu’au fait générateur de responsabilité. Par ailleurs, à l’examen des concepts voisins (*id.*, s.v. « préjudice » et « dommage »), il est clair que ce dictionnaire parle du « dommage subi par une autre personne », sous-entendu de la victime immédiate plutôt que du « préjudice subi par une autre personne » pour des raisons stylistiques, en l’occurrence pour éviter la répétition du mot « préjudice » à l’intérieur de la définition, et non pour des raisons ontologiques liées à l’existence d’une distinction catégorique entre les concepts de dommage et de préjudice.

causaliste *incline* la trajectoire de l'interprétation, il serait cependant faux de dire qu'elle la contraint. Il est toujours possible d'interpréter restrictivement l'article 2930 C.c.Q., tout en inscrivant le préjudice à l'intérieur d'un tel schéma causaliste. C'est ce que font, d'ailleurs, les juges dissidents dans l'affaire *Dorval*¹⁰¹. Réciproquement, une interprétation large et libérale de l'article 2930 peut se passer de la notion d'atteinte initiale. En effet, il est toujours possible d'interpréter largement et libéralement cet article 2930 sans dédoubler le préjudice selon les termes du schéma « atteinte initiale / conséquence(s) de l'atteinte initiale ». Cependant, c'est cette possibilité que se trouve à nier le postulat d'inévitabilité de la notion d'atteinte initiale sur lequel repose le jugement majoritaire dans l'affaire *Dorval*.

Nous terminons ainsi notre propédeutique en trois temps. Nous nous attaquerons maintenant à la question centrale de notre texte, à savoir le postulat d'inévitabilité de la notion d'atteinte initiale qui sous-tend le jugement du juge Wagner, et à sa démonstration. Pour réaliser cette dernière, il faut revenir sur la question d'interprétation qui forme l'épine dorsale dudit jugement selon la majorité : quel est *le fondement* des catégories d'action protégées par l'article 2930 C.c.Q.?

À la lumière du paragraphe 35 de l'arrêt *Dorval*, la réponse à cette question, nous l'avons expliqué, se trouve dans l'atteinte initiale à l'intégrité physique de M^{me} Dorval, laquelle s'identifie, sur le plan factuel, à son décès. Nous verrons à présent que cette réponse, pour défendable qu'elle soit, ne vide pas la question...

IV. L'inévitabilité de la notion d'atteinte initiale dans le jugement majoritaire

Montrer que, d'un point de vue objectif, la notion d'atteinte initiale joue un rôle primordial dans le jugement majoritaire en ce qu'elle sert à répondre à la question mise en jeu est une chose¹⁰². Prouver que, d'un point

¹⁰¹ Sur la présence de la notion d'atteinte initiale dans la dissidence des juges Côté et Brown, voir : *supra*, note 10, nos commentaires.

¹⁰² Rappelons que la *question de droit substantiel* en jeu est de savoir si les actions personnelles des victimes par ricochet qui n'ont pas subi d'atteinte à leur intégrité

de vue subjectif, c'est-à-dire dans l'esprit du juge Wagner qui a rendu le jugement, le recours à la notion d'atteinte initiale ne pouvait pas ne pas jouer le rôle qui lui est attribué dans l'interprétation de l'article 2930 C.c.Q. en est une autre.

Pour faire image, la première de ces deux propositions revient à montrer qu'une conductrice s'est rendue à Québec à partir de Montréal en passant par l'autoroute 40; la seconde revient à prouver que, dans l'esprit de cette conductrice, l'autoroute 40 était le seul chemin pour aller de Montréal à Québec¹⁰³.

Dans le but de parvenir à une compréhension plus juste, voire plus riche du jugement majoritaire dans l'affaire *Dorval*, nous démontrerons que, dans l'esprit du juge Wagner, le fait de recourir ou non à la notion d'atteinte initiale pour interpréter l'article 2930 C.c.Q. ne relevait pas de l'empire du choix qu'on soupèse en toute conscience, mais de celui de la contrainte — une contrainte douce — devant laquelle on peut s'incliner sans même s'en rendre compte.

Cette forme de contrainte ressemble à celle qui agit sur cette conductrice qui ne connaîtrait pas l'existence de l'autoroute 20. Si cette conductrice veut se rendre à Québec depuis Montréal par une voie rapide, elle empruntera inévitablement l'autoroute 40, car il n'y a pas, pour elle, de voie rapide alternative. On peut rapprocher cette forme de contrainte de celle qui fait passer par la porte pour entrer dans une pièce *et qui fait oublier* qu'on pourrait aussi percer le mur. C'est dans cette optique que nous soutenons que, pour le juge Wagner, dans l'affaire *Dorval*, la construction de la situation de préjudice aux fins de l'interprétation de l'article 2930 C.c.Q. passait *inévitablement* par la notion d'atteinte initiale¹⁰⁴.

physique sont protégées par l'article 2930 C.c.Q. lorsque la victime immédiate a, elle, subi une telle atteinte : voir *supra*, partie II.

¹⁰³

Nous tenons pour acquis que cette conductrice ne dispose pas d'un GPS.

¹⁰⁴

Sur le concept d'inévitabilité compris comme une nécessité conditionnelle, voir : *supra*, note 25, nos commentaires.

Parmi les indices qui tendent à rendre notre thèse vraisemblable, mentionnons l’omniprésence de la notion d’atteinte initiale dans le jugement¹⁰⁵ et la pluralité des formes que cette notion y revêt¹⁰⁶, éléments sur lesquels nous ne reviendrons pas. Il y a aussi l’absence de toute justification *autonome et cohérente* de ladite notion. À ce sujet, soulignons que la seule justification de la notion d’atteinte initiale présente dans le jugement majoritaire repose sur le principe consacré dans l’arrêt *Cinar* suivant lequel le préjudice se qualifie en fonction de cette atteinte. Or, ce principe, le juge Wagner, dans l’affaire *Dorval*, ne l’applique pas¹⁰⁷.

Si ces indices rendent, à première vue, notre thèse vraisemblable, c’est pour deux raisons qui se complètent. Premièrement, ces indices tendent à montrer que la notion d’atteinte initiale, qui établit un lien entre les préjudices de la victime immédiate et des victimes par ricochet, puis, par contrecoup, entre leurs actions en justice, travaille en bonne partie, sinon totalement, à l’insu du juge Wagner. À supposer, en effet, que celui-ci eût été conscient du rôle important que la notion d’atteinte initiale jouait dans son opinion, nous pouvons présumer qu’il aurait systématisé tant soit peu la manière de nommer la notion et, surtout, qu’il en aurait présenté une justification plus cohérente que celle que fournit un principe de qualification qu’il n’applique pas. Deuxièmement, il est raisonnable de penser qu’une contrainte de la nature de celle qu’impose la notion d’atteinte initiale a (beaucoup) plus de chances d’agir efficacement si elle le fait à l’insu de son destinataire.

¹⁰⁵ P. FORGET, préc., note 9.

¹⁰⁶ *Id.*, 358 et suiv.; voir aussi l’introduction du présent article.

¹⁰⁷ *Dorval*, préc., note 7, par. 26 et 27. Le juge Wagner refuse expressément de qualifier les préjudices des membres de la famille Dorval en fonction de la nature de l’atteinte initiale subie par M^{me} Dorval (*id.*, par. 27). Le magistrat est d’avis que la portée de ce principe ne dépasse pas la situation de la victime immédiate : seules les conséquences de l’atteinte initiale subies par la victime immédiate se requalifient en fonction de la nature de ladite atteinte initiale. Étendre ce principe de qualification au cas où l’atteinte initiale et ses conséquences sont subies par des personnes différentes serait revenu à adopter la définition renouvelée du préjudice corporel proposée par le juge Pelletier dans l’arrêt *Tarquini*, préc., note 38 (voir *supra*, section III.B.1.). Sur cette question, voir aussi : P. FORGET, préc., note 9, 347-352.

Maintenant, comment expliquer que la notion d'atteinte initiale que le juge Wagner connaît et qu'il mobilise par lui-même deux fois sous le nom d'« atteinte initiale¹⁰⁸ », puisse travailler en bonne partie, sinon totalement, à son insu? La raison qui nous paraît la plus plausible est que la notion d'atteinte initiale participe à une configuration du préjudice qui, dans l'esprit du savant juge, relève de l'évidence et, pour cette raison, est comprise, plus ou moins consciemment, comme inévitable. Ce qui est tenu pour évident ou inévitable, au mieux, se constate : il n'est certainement pas utile d'en débattre.

Au-delà de l'omniprésence de la notion d'initiale dans l'arrêt *Dorval*, des variations formelles dont elle est l'objet, de la justification bancaire qui lui est donnée et de ce que ces trois indices permettent d'inférer à propos de la manière dont le juge Wagner se saisit de ladite notion, ce qui, en définitive, finit de nous convaincre de l'inévitabilité, dans l'esprit du magistrat, de la notion d'atteinte initiale, c'est l'ambivalence, voire l'indifférence, qu'il affiche à l'égard du fondement ultime des catégories d'action protégées par l'article 2930 C.c.Q.

De l'avis du juge Wagner, la question du fondement des catégories d'action protégées par l'article 2930 C.c.Q. est au cœur du pourvoi¹⁰⁹. Or, ce fondement, le juge Wagner l'identifie parfois, comme au paragraphe 35, à l'atteinte initiale subie par M^{me} Dorval, mais, parfois aussi, à la faute causale que les policiers du SPVM auraient commise et qui serait imputable à la Ville de Montréal. Cette ambivalence, cette indifférence même à l'égard du fondement ultime des catégories d'action protégées par l'article 2930 est, à première vue, inconciliable avec l'un des présupposés sur jugement, soit l'unicité du fondement des catégories d'action protégées par ledit article.

Nous présenterons ce présupposé d'unicité du fondement des catégories d'action protégées par l'article 2930 C.c.Q. avant d'exposer cette ambivalence, cette indifférence même, à l'égard du fondement ultime des catégories d'action protégées par cet article 2930.

¹⁰⁸ *Dorval*, préc., note 7, par. 26 et 42. La seconde occurrence, par ordre d'apparition, est tirée d'un extrait de l'ouvrage du professeur D. GARDNER, préc., note 1, 652; il demeure néanmoins que l'extrait en question a été choisi par le juge Wagner.

¹⁰⁹ *Supra*, section III.B.2.

A) Les présupposés du jugement majoritaire

La question de l'inévitabilité de la notion d'atteinte initiale mise à part, nous soutenons que le jugement majoritaire dans l'arrêt *Dorval* repose sur quatre présupposés. Le premier – le seul qui ressort explicitement du jugement – tient à la définition du préjudice corporel, lequel s'entend, du moins aux fins de l'article 2930 C.c.Q., comme une atteinte à l'intégrité physique de la personne¹¹⁰.

Le deuxième présupposé renvoie au segment de l'article 2930 C.c.Q. que la Cour suprême doit interpréter, en l'espèce, pour répondre à la question mise en jeu, soit le segment « lorsque l'action est fondée sur l'obligation de réparer le préjudice corporel causé à autrui¹¹¹ ». Plus spécialement, ce présupposé renvoie à ce que, sur le plan normatif, ce segment n'implique pas par voie de nécessité. Une action fondée sur l'obligation de réparer le préjudice corporel causé à autrui n'est ni nécessairement une action fondée sur le fait d'avoir subi soi-même un préjudice corporel ni non plus obligatoirement une action fondée sur le fait d'être soi-même partie à une obligation de réparer un préjudice corporel¹¹².

Le troisième présupposé tient au fondement commun des actions de la victime immédiate et des victimes par ricochet dans la situation des membres de la famille *Dorval*. Plus exactement, l'action de la victime immédiate d'un préjudice corporel et les actions de telles victimes par

¹¹⁰ *Dorval*, préc., note 7, par. 16, 25 *in fine* et 54. À notre avis, la jurisprudence aurait intérêt à restreindre la portée de ce que le juge Wagner dit au sujet du préjudice corporel à l'interprétation de l'article 2930 C.c.Q. Pour un problème potentiel soulevé par la définition classique du préjudice corporel, voir : P. FORGET, préc., note 9, 342 à la note de bas de page 22.

¹¹¹ *Dorval*, préc., note 7, par. 26.

¹¹² Les règles d'interprétation applicables à l'article 2930 C.c.Q. militent même pour que ce fondement se trouve ailleurs que dans le fait d'avoir subi un préjudice corporel ou dans le fait d'être partie à une obligation de réparer ledit préjudice, si ce fondement alternatif permet d'étendre la portée de l'article 2930 C.c.Q. Sur le principe d'interprétation large et libérale qui s'applique à une disposition de la nature de l'article 2930 C.c.Q., voir : *Dorval*, préc., note 7, par. 32, 33, 38, 39, 48 et 49; voir aussi : *Tarquini*, préc., note 38, par. 174-183 (j. Otis).

ricochet, si tant est que *celles-ci* et *celle-là* sont protégées par l'article 2930 C.c.Q., partagent nécessairement un fondement commun¹¹³.

En réalité, c'est le quatrième et dernier présupposé qui s'ajuste mal à la situation d'ambivalence, voire d'indifférence qui prévaut dans le jugement majoritaire quant au fondement ultime des catégories d'action protégées par l'article 2930 C.c.Q. Ce présupposé tient à l'unicité du fondement des catégories d'action protégées par ledit article.

Il faut voir d'abord que les présupposés relatifs au caractère unique et commun du fondement recherché à l'article 2930 C.c.Q., s'ils se renforcent l'un l'autre¹¹⁴, ne se trouvent pas dans une relation d'implication nécessaire. Ce fondement pourrait être commun aux actions de la victime immédiate et de la victime par ricochet sans pour autant être unique : rien n'empêcherait théoriquement que les actions de ces deux catégories de victimes aient en commun deux fondements distincts au sens de l'article 2930.

Toutefois, en l'occurrence, jamais le juge Wagner n'évoque cette possibilité. En aucun temps, il n'emploie, par exemple, le mot « fonde-

¹¹³ Dans le jugement majoritaire, cela ressort particulièrement des paragraphes 36, 38 et 49 de l'arrêt *Dorval*, préc., note 7. À ce propos, il est révélateur que nulle part le juge Wagner ne soulève la possibilité que ce fondement puisse différer selon qu'il est question de l'action de la victime immédiate ou de l'action d'une victime par ricochet. Le magistrat ne manque pas, au contraire, de tirer un argument de cohérence et d'équité du fondement commun qu'en définitive il trouve aux actions de la victime immédiate et de la victime par ricochet (*id.*, par. 36-38, 49 et 50). La mise au jour d'un tel fondement commun illustre la proximité entre l'action de la victime immédiate (ou, en cas de décès, le recours successoral) et l'action personnelle d'une victime par ricochet. À elle seule, cette proximité constitue une raison pour assujettir ces actions à un unique régime de prescription, ne serait-ce qu'en rendant moins légitime de les assujettir à des régimes de prescription différents.

¹¹⁴ Il faut voir, en effet, que l'unicité de fondement rend nécessairement ce fondement commun aux actions de la victime immédiate et de la victime par ricochet, dans le cas, bien entendu, où chacune de ces catégories d'action peut bel et bien se rattacher audit fondement unique, ce qui s'avère, en définitive, selon la majorité de la Cour suprême dans l'arrêt *Dorval*, préc., note 7.

ment » au pluriel. Chaque fois qu'il fait allusion à la question du fondement de l'action au sens de l'article 2930 C.c.Q. et, vu sa manière de poser l'enjeu d'interprétation en l'espèce, cela se produit souvent¹¹⁵, tout porte à croire que ce fondement est unique¹¹⁶ et qu'il parle toujours du même fondement, celui-ci s'identifiant, sur le plan factuel, au *seul* décès de M^{me} Dorval¹¹⁷.

À première vue, ce présupposé relatif à l'unicité du fondement des actions protégées par l'article 2930 C.c.Q. appelle l'interprète à identifier un et un seul fondement et, par conséquent, à trancher l'ambivalence qui, comme nous le verrons à l'instant, ressort du jugement majoritaire sur cette question. En l'occurrence, le fondement des catégories d'action protégées par l'article 2930 se trouve-t-il dans la faute causale imputable au défendeur ou dans l'atteinte initiale subie par la victime immédiate à ses droits ou à ses intérêts?

En effet, à partir du moment où l'unicité du fondement des catégories d'action protégées par l'article 2930 C.c.Q. est présupposée, il semble non seulement légitime, mais nécessaire de déployer des efforts d'analyse pour découvrir celui qui, parmi ces deux fondements potentiels, est le plus conforme à l'intention du juge Wagner... Toutefois, ne brûlons pas les étapes, et montrons d'abord l'ambivalence que le jugement majoritaire recèle quant au fondement ultime des catégories d'action protégées par l'article 2930.

B) L'ambivalence du jugement majoritaire quant au fondement ultime des catégories d'action protégées par l'article 2930 du *Code civil du Québec*

Pour le juge Wagner, l'enjeu d'interprétation soulevé par l'article 2930 C.c.Q. ne se cristallise pas autour de l'expression « préjudice cor-

¹¹⁵ *Id.*, par. 3, 5, 11, 13, 15, 16, 18, 19, 24, 26 (quatre références), 30 (deux références) 31, 35, 37, 48, 49, 54 (deux références) et 55.

¹¹⁶ *Id.*, en particulier au paragraphe 26 : « [L'énoncé "lorsque l'action est fondée sur l'obligation de réparer le préjudice corporel causé à autrui"] nous invite clairement à qualifier *le fondement* de l'action intentée pour décider de l'application de l'art. 2930 C.c.Q. à un cas d'espèce » (l'italique est de nous).

¹¹⁷ *Id.*, par. 35.

porel », mais autour du participe passé « fondé ». La question centrale de l'affaire *Dorval* n'est pas celle de savoir si les membres de la famille Dorval, à titre de victimes par ricochet, ont subi un préjudice corporel, mais plutôt de déterminer si leurs actions personnelles sont *fondées*, au sens de l'article 2930, sur l'obligation de réparer le préjudice corporel d'autrui, en l'occurrence celui de la victime immédiate, M^{me} Dorval.

Or, dans son ensemble, le jugement majoritaire distille une ambivalence quant au fondement ultime des catégories d'action protégées par l'article 2930 C.c.Q. Certains passages, au premier rang desquels le paragraphe 35 analysé plus haut¹¹⁸, identifient ce fondement à l'atteinte à l'intégrité physique subie par M^{me} Dorval, comprise comme une atteinte initiale à l'intégrité physique. En revanche, d'autres passages le rattachent plutôt à la faute causale reprochée aux policiers de la Ville de Montréal¹¹⁹; cette faute aurait contribué à la survenance des préjudices tant de M^{me} Dorval que des membres de sa famille.

Cette ambivalence ressort clairement du premier passage du jugement dans lequel le juge Wagner aborde la question du fondement des catégories d'action protégées par l'article 2930 C.c.Q. Ce passage, qui correspond au paragraphe 26 de l'arrêt, se lit comme suit :

Le débat porte plutôt sur l'interprétation de l'art. 2930 C.c.Q. dans son ensemble et, plus précisément, sur l'énoncé « lorsque l'action est fondée sur l'obligation de réparer le préjudice corporel causé à autrui ». Cet énoncé nous invite clairement à qualifier le fondement de l'action intentée pour décider de l'application de l'art. 2930 C.c.Q. à un cas d'espèce. *Le fondement de l'action correspond alors à l'acte fautif générateur de l'atteinte à l'intégrité physique de la victime décédée, soit le préjudice*

¹¹⁸ *Supra*, section III.B.2. Voir aussi : *Dorval*, préc., note 7, par. 54 et 55. Sur la présence de la notion d'atteinte initiale à ces paragraphes, voir : P. FORGET, préc., note 9, 376-378.

¹¹⁹ Voir : P.-A. CRÉPEAU et al., préc., note 100 (« faute causale »). Notons que, plutôt que de parler de « faute causale », on pourrait tout aussi bien employer les termes « conduite fautive attentatoire aux droits ou aux intérêts d'une personne, de la victime »; en raison de sa concision, l'expression « faute causale » sera cependant préférée.

corporel subi. C'est donc dire que, pour l'application de cet article, *c'est la nature de l'atteinte initiale plutôt que le chef de dommages-intérêts réclamé qui qualifie de corporel le préjudice et qui constitue la source ou le fondement de l'action*¹²⁰.

Deux extraits du paragraphe 26 reproduit ci-dessus ont été mis en italiques. À l'analyse, le premier segment ainsi présenté fait de la faute causale (ou, si l'on reste plus près du texte du jugement, de « l'acte fautif générateur de l'atteinte à l'intégrité physique de la victime décédée ») le fondement de l'action au sens de l'article 2930 C.c.Q.¹²¹. Le second extrait mis en italiques fait plutôt de la seule atteinte subie par la victime décédée à son intégrité physique, atteinte comprise explicitement comme une atteinte initiale, le fondement des catégories d'action protégées par l'article 2930.

Or, la faute causale, d'un côté, et l'atteinte initiale, de l'autre, dénotent des éléments (ou des séquences d'éléments) distincts de la situation de responsabilité civile. La faute causale qui apparaît au paragraphe 26 sous l'expression « acte fautif générateur de l'atteinte à l'intégrité physique de la victime décédée », touche à tous les éléments de chaîne de responsabilité civile : l'« acte fautif » réfère à la faute; l'adjectif « générateur », à la causalité; et l'« atteinte à l'intégrité physique », au préjudice de la victime décédée, du moins à un aspect ou à une composante de son préjudice. Pour sa part, l'atteinte initiale, quelle qu'en soit la nature, se range du côté du préjudice subi par la victime, et ne réfère, *en elle-même*, ni à la faute ni à la causalité¹²². Nous avons vu que, dans l'affaire *Dorval*, cette atteinte initiale correspond au décès de M^{me} Dorval et que, pour cette raison, elle se rapporte à son droit à l'intégrité physique¹²³.

¹²⁰ *Dorval*, préc., note 7, par. 26 (l'italique est de nous).

¹²¹ La faute causale s'entend d'une « faute civile qui est la cause d'un préjudice » : voir P.-A. CRÉPEAU et al., préc., note 100 (« faute causale »). On peut analyser le concept de faute causale comme un dérivé du principe selon lequel une faute *ne cause pas nécessairement* de préjudice; sur ce principe, voir : J.-L. BAUDOUIN, P. DESLAURIERS et B. MOORE, préc., note 2, n° 1-319.

¹²² Sur la notion d'atteinte initiale telle qu'elle ressort du jugement majoritaire dans l'arrêt *Dorval*, préc., note 7, voir : P. FORGET, préc., note 9, 352 et 353.

¹²³ *Supra*, section III.B.2.; voir aussi : *Dorval*, préc., note 7, par. 35.

Dans le jugement majoritaire, cette ambivalence quant au fondement des catégories d'action protégées par l'article 2930 C.c.Q. ne se décèle pas seulement dans le premier passage où la question est abordée de front. Elle ressort aussi de l'analyse que le juge Wagner propose du célèbre arrêt *Regent Taxi and Transport Co. (Ltd.) v. Congrégation des Petits Frères de Marie*¹²⁴ rendu en 1932 par le Conseil privé.

Malgré les quelque 80 années qui les séparent, les affaires *Regent Taxi* et *Dorval* se ressemblent comme deux gouttes d'eau : elles présentent des faits semblables et posent des questions similaires, à savoir quel est le délai de prescription applicable à l'action de la victime par ricochet? En particulier, ce délai est-il le même que celui qui est applicable à l'action de la victime immédiate d'un préjudice corporel? En outre, comme le fait la majorité de la Cour suprême dans l'arrêt *Dorval*, le Conseil privé répond à ces questions en interrogeant le fondement du délai de prescription qui ne serait applicable de prime abord qu'à la victime du préjudice corporel¹²⁵, ou encore des *injures corporelles*, si l'on s'en tient à la terminologie du *Code civil du Bas Canada* qui prévalait au moment des faits¹²⁶.

Nous reviendrons plus en détail sur l'arrêt *Regent Taxi* dans une prochaine publication¹²⁷. Pour l'instant, nous ne nous concentrerons pas sur ce que dit l'arrêt du Conseil privé, mais sur ce que dit le juge Wagner, dans l'arrêt *Dorval*, au sujet de l'arrêt du Conseil privé. Le juge Wagner dit trois choses au sujet des actions de la victime immédiate et de la victime par ricochet, tel qu'il en ressort, à son avis, de l'arrêt *Regent Taxi*.

¹²⁴ *Regent Taxi and Transport Co. (Ltd.) v. Congrégation des Petits Frères de Marie*, [1932] A.C. 295 (C. privé) (ci-après « *Regent Taxi* »). Le juge Wagner abrège plutôt cet arrêt sous le nom de « *Congrégation des Petits Frères de Marie* » voir : *Dorval*, préc., note 7, par. 37 et 38.

¹²⁵ Ce délai de prescription était prévu au paragraphe 2262(2) du *Code civil du Bas Canada*.

¹²⁶ L'expression « injures corporelles » des articles 1056 et 2262 C.c.B.C. a été remplacée en 1930, soit après le commencement de l'instance dans l'affaire *Regent Taxi*, préc., note 124, par l'expression « lésions ou blessures corporelles » : *Loi modifiant les articles 1056 et 2262 du Code civil*, S.Q. 1930, c. 98, art. 2. À ce sujet, voir : D. GARDNER, préc., note 2, n° 11.

¹²⁷ *Supra*, note 22.

Premièrement, le juge Wagner présente l'arrêt *Regent Taxi* comme si ce dernier portait que le fondement des actions de la victime immédiate et de la victime par ricochet était le même et qu'il se trouvait dans le préjudice corporel causé à la victime immédiate¹²⁸ : « le Conseil privé a refusé de reconnaître l'application de délais de prescription différents selon que l'action était entreprise par la victime ayant subi des blessures corporelles ou par un tiers dont le recours pour dommages matériels était *fondé sur le préjudice corporel causé à celle-ci*¹²⁹ ». Si, comme le pense le juge Wagner, le Conseil privé est d'avis que le préjudice corporel de la victime immédiate fonde le recours pour dommages matériels de la victime par ricochet, ce préjudice corporel doit s'analyser comme un préjudice corporel initial ou, si l'on préfère, comme une atteinte initiale à l'intégrité physique¹³⁰.

Deuxièmement, le juge Wagner, dans l'arrêt *Dorval*, cite un extrait de l'arrêt *Regent Taxi* dans lequel ce fondement commun est implicitement identifié non pas au préjudice corporel de la victime immédiate (en l'occurrence, cette victime était un frère de la congrégation des Petits Frères de Marie), mais plutôt à l'infliction fautive de blessures corporelles audit frère (dans la version originale : « wrongful infliction of bodily injuries upon the Brother »)¹³¹. L'infliction fautive de blessures corporelles à la victime immédiate ne correspond pas à l'atteinte initiale subie par la victime

¹²⁸ Cela dit en tout respect, cette interprétation de l'arrêt du Conseil privé est, selon nous, insoutenable. Dans une publication à paraître (*supra*, note 22), nous tenterons de démontrer cette proposition.

¹²⁹ *Dorval*, préc., note 7, par. 37 (l'italique est de nous).

¹³⁰ On peut démontrer cette proposition de la manière suivante : si, comme le pense le juge Wagner, le Conseil privé est d'avis que le préjudice corporel de la victime immédiate fonde le recours pour dommages matériels de la victime par ricochet, il doit, en toute logique, exister un lien entre le préjudice corporel de la victime immédiate et l'action entreprise par la victime par ricochet pour obtenir réparation de son préjudice matériel. Logiquement encore, si un tel lien existe, il passe par un lien entre le préjudice corporel de la victime immédiate et le préjudice matériel de la victime par ricochet. Or, le seul lien possible entre ces préjudices consiste à voir dans le préjudice corporel de la victime immédiate la source ou la cause du préjudice matériel de la victime par ricochet, ce qui revient à concevoir le préjudice corporel de la victime immédiate comme un préjudice corporel initial ou, si l'on préfère, comme une atteinte initiale à l'intégrité physique.

¹³¹ *Dorval*, préc., note 7, par. 37.

immédiate, mais à la faute causale imputable au défendeur — la partie défenderesse dans cette affaire était, bien sûr, la congrégation des Petits Frères de Marie.

L'ambivalence quant au fondement des catégories d'action protégées par l'article 2930 C.c.Q. (atteinte initiale ou faute causale?) se répercute donc sur la brève analyse que le juge Wagner propose de l'arrêt *Regent Taxi*. Hélas, sa conclusion n'aide en rien à lever cette ambivalence, bien au contraire. Le juge Wagner écrit ceci : « Toutes les victimes qui subissent les conséquences directes et immédiates d'une même *atteinte fautive* doivent bénéficier du même délai de prescription extinctive pour entreprendre leur recours¹³². »

À la lumière de ces propos conclusifs, quel enseignement le juge Wagner tire-t-il de l'arrêt *Regent Taxi* sur la question du fondement ultime des actions de la victime immédiate et de la victime par ricochet? Il est strictement impossible de répondre avec quelque certitude que ce soit à cette question. Hautement ambiguë, l'expression « atteinte fautive » nourrit plutôt qu'elle ne lève l'ambivalence quant au fondement des actions de la victime immédiate et de la victime par ricochet.

Dans un texte paru antérieurement, nous avons montré que l'expression « atteinte fautive » peut tout aussi bien dénoter une faute causale qu'une atteinte initiale aux droits ou aux intérêts d'une personne¹³³. Nous avons présenté les raisons pour lesquelles cette expression pose de sérieux problèmes d'interprétation, si bien que seules 3 des 14 occurrences

¹³² *Id.*, par. 38 (l'italique est de nous).

¹³³ Voir : P. FORGET, préc., note 9, 379-385. Plus exactement, l'atteinte fautive peut être entendue au sens de « conduite fautive attentatoire aux droits ou aux intérêts d'une personne », ce qui revient à dire qu'il s'agit d'une faute causale, ou bien elle peut être comprise au sens d'« atteinte-préjudice qui a été causée par la conduite fautive d'autrui »; cette atteinte-préjudice forme une atteinte initiale si elle est entendue, dans le contexte en cause, par opposition aux conséquences qui en découlent, ce qui serait le cas au paragraphe 38 de l'arrêt *Dorval*, préc., note 7, si l'on y interprète l'expression « atteinte fautive » en ce second sens.

de cette expression relevées dans le jugement majoritaire¹³⁴ peuvent donner lieu à une prise de position catégorique quant au sens qu'elle revêt. Et l'occurrence d'« atteinte fautive », au paragraphe 38, qui sert à clore l'argument que le juge Wagner tire de l'arrêt *Regent Taxi*, ne compte pas parmi celles qui se caractérisent par leur transparence ou leur lisibilité.

En définitive, le fondement des catégories d'action protégées par l'article 2930 C.c.Q. se trouve-t-il dans la faute causale ou l'atteinte initiale? Le jugement majoritaire de la Cour suprême est ambivalent sur la question. Cette incertitude ressort, en particulier, du premier passage où le juge Wagner aborde cette question centrale du pourvoi, de l'analyse qu'il propose de l'arrêt du Conseil privé dans l'affaire *Regent Taxi* ainsi que de son usage de l'expression « atteinte fautive », tournure qui se révèle rétive à l'interprétation. Il convient de noter que l'expression « atteinte fautive » n'est pas sans nourrir ailleurs que dans l'analyse que le juge Wagner propose de l'arrêt *Regent Taxi* l'ambivalence quant au fondement des catégories d'action protégées par l'article 2930¹³⁵.

S'il faut trancher cette ambivalence quant au fondement des catégories d'action protégées par l'article 2930 C.c.Q. (faute causale ou atteinte initiale?), elle se tranche, à notre avis, en faveur de celle-ci (l'atteinte initiale subie par M^{me} Dorval) plutôt que de celle-là (la faute causale imputable, est-il allégué, à la Ville de Montréal).

¹³⁴ Ce total inclut les expressions construites sur le modèle d'« atteinte fautive » comme « atteinte fautive à l'intégrité physique » : voir *Dorval*, préc., note 7, par. 16, 18, 30 et 39.

¹³⁵ C'est le cas en particulier au paragraphe 30 de l'arrêt *Dorval*, préc., note 7, où l'expression « atteinte fautive » revient cinq fois : trois fois dans sa forme intégrale et deux fois sous forme anaphorique en « cette atteinte ». Dans ce paragraphe, l'atteinte fautive est présentée explicitement comme le fondement de l'action en responsabilité civile et, donc, à plus forte raison, vu la question en litige et la réponse que la majorité lui apporte, comme le fondement de l'action en responsabilité civile au sens de l'article 2930 C.c.Q. Même si l'on soupèse avec soin chacune des cinq occurrences de l'expression « atteinte fautive », il est impossible de déterminer de manière catégorique le sens dans lequel cette tournure doit, ici, être entendue, surtout si l'on analyse ce paragraphe isolément.

Dans le passage le plus éclairant à ce sujet, le juge Wagner fait correspondre expressément le fondement des catégories d'action au sens de l'article 2930 C.c.Q. au décès de M^{me} Dorval¹³⁶. Or, si ce décès peut constituer le fondement à la fois de l'action de la victime immédiate (ou, le cas échéant, du recours successoral) des actions personnelles des victimes par ricochet, ce n'est que parce qu'il se conçoit comme une atteinte *initiale* au droit à l'intégrité physique de ladite victime immédiate. Cette idée, qui ressort assez explicitement du paragraphe 35, se trouve reprise, bien que plus implicitement, aux paragraphes 54 et 55, dans le principe même de la décision.

À la réflexion, toutefois, cette prise de position quant au fondement ultime des catégories d'action protégées par l'article 2930 C.c.Q., pour défendable qu'elle soit, mystifie davantage qu'elle éclaire. Pour mettre au jour l'état d'esprit du juge Wagner au moment de préparer le jugement majoritaire, il faut se libérer du réflexe qui porte à vouloir à tout prix lever cette ambivalence. On doit plutôt chercher à réconcilier le présupposé d'unicité du fondement des catégories protégées par l'article 2930 sur lequel le jugement majoritaire repose et l'ambivalence que le jugement distille relativement à ce fondement unique.

C) La relative indifférence du jugement majoritaire quant au fondement ultime des catégories d'action protégées par l'article 2930 du *Code civil du Québec*

Au premier coup d'œil, il est difficile de concilier le présupposé relatif à l'unicité du fondement des catégories d'action protégées par l'article 2930 C.c.Q. et l'ambivalence par rapport à ce fondement : faute causale ou atteinte initiale? Pour l'interprète, le premier réflexe est d'y voir une contradiction à résoudre. Afin d'enrichir notre compréhension du jugement majoritaire dans l'arrêt *Dorval*, nous estimons qu'il vaut mieux cependant réprimer ce réflexe.

La compréhension du jugement majoritaire s'enrichit si l'on tente plutôt d'expliquer la relative indifférence du juge Wagner à l'égard du

¹³⁶*Id.*, par. 35.

fondement ultime des catégories d'action protégées par l'article 2930 C.c.Q., et surtout si l'on cesse d'y voir une ambivalence qui confine à l'exclusion de l'un de ses termes (faute causale ou atteinte initiale).

Il existe en effet une explication à la relative indifférence du juge Wagner en ce qui concerne le fondement ultime des catégories d'action protégées par l'article 2930 C.c.Q. Cette explication montre que, *dans une certaine perspective*, il revient au même d'identifier le fondement des catégories d'action protégées par l'article 2930 à la faute causale ou à l'atteinte initiale. Dans cette perspective, la faute causale et l'atteinte initiale sont en relation d'implication réciproque de sorte que, sur le plan logique, toute faute causale suppose une atteinte initiale, et vice versa.

Sur le plan ontologique, cette explication trouve sa matrice dans un découpage de la situation de responsabilité civile inédit (au sens de *non théoriquement éprouvé*) qui fait concurrence au modèle classique à trois éléments : faute – causalité – préjudice(s). Ce découpage inédit, qui intègre la notion d'atteinte initiale, s'effectue selon un modèle à cinq éléments : faute¹³⁷ – causalité – atteinte initiale – causalité – préjudice(s)¹³⁸ (de la victime immédiate et, le cas échéant, de la victime par ricochet)¹³⁹.

Plusieurs extraits du jugement majoritaire montrent que le juge Wagner fait sien le découpage (ou le modèle) inédit à cinq éléments, qui

¹³⁷ Il est possible de généraliser ces deux schémas en remplaçant la faute par le fait générateur de responsabilité. Nous préférons réfléchir à partir de la faute, laquelle peut être considérée comme l'archétype du fait générateur de responsabilité.

¹³⁸ Les préjudices en question peuvent être d'ordre pécuniaire ou non pécuniaire. Dans l'arrêt *Dorval*, préc., note 7, on réfère à ces préjudices sous d'autres termes parmi lesquels on note « conséquences (de l'atteinte, sous-entendue, initiale) » (voir, par exemple, les paragraphes 25, 27, 31, 35 et 55), « pertes » (voir les paragraphes 25 et 31) ou encore « chefs de dommages-intérêts » (voir les paragraphes 26 et 54).

¹³⁹ Le passage d'un découpage effectué sur la base d'un modèle à trois éléments à un découpage effectué selon un modèle à cinq éléments est également une caractéristique reconnue de la thèse de la distinction du dommage et du préjudice, thèse au sein de laquelle le dommage tient lieu d'atteinte initiale aux droits ou aux intérêts d'une personne et le préjudice désigne les conséquences de cette atteinte initiale : voir *supra*, note 59, nos commentaires.

intègre la notion d'atteinte initiale. En vérité, chaque fois que le magistrat a recours dans son raisonnement à la notion d'atteinte initiale, il se trouve du même coup à dédoubler le préjudice en distinguant l'*atteinte initiale* des *conséquences de cette atteinte initiale*¹⁴⁰ et, ainsi, à mettre en place, au moins implicitement, les cinq éléments propres à ce découpage¹⁴¹. On le sait, le juge Wagner fait un usage abondant de la notion d'atteinte initiale¹⁴².

L'erreur, ici, serait de penser que, dans le jugement majoritaire, le découpage inédit à cinq éléments se substitue entièrement au découpage classique à trois éléments. À l'analyse, le jugement majoritaire fait cohabiter ces deux découpages de la situation de responsabilité. Au sein de cette cohabitation, le découpage inédit à cinq éléments occupe la majorité de l'espace du raisonnement ainsi que ses lieux les plus significatifs, comme la conclusion provisoire du paragraphe 35 et le principe de la décision qui se dégage des paragraphes 54 et 55¹⁴³. Cependant, le jugement du magistrat revient par moments au schéma classique à trois éléments¹⁴⁴. Cela permet d'inférer que, dans son esprit, les deux découpages ou, si l'on préfère, les deux modèles ne sont pas incompatibles.

¹⁴⁰ Il est entendu que les conséquences de l'atteinte initiale forment des préjudices pécuniaires ou non pécuniaires potentiellement réparables : voir *Dorval*, préc., note 7, par. 25. Sur le sens de l'expression « préjudice corporel » au paragraphe 25, voir : P. FORGET, préc., note 9, 368-372.

¹⁴¹ Dans P. FORGET, préc., note 9, 386, nous avons montré de manière quasi certaine la présence de la notion d'atteinte initiale aux paragraphes suivants de l'arrêt *Dorval*, préc., note 7 : 13 (trois occurrences), 14, 17, 21, 22, 25, 26 (deux occurrences), 27 (deux occurrences), 28, 31, 34, 35, 41 (deux occurrences), 42, 43, 45, 46, 49, 54 et 55, pour un total de 25 occurrences. À ce total, on doit ajouter celle qui est contenue dans le terme « atteinte » tout court au paragraphe 27 du jugement majoritaire (*id.*, 368).

¹⁴² *Id.*

¹⁴³ *Dorval*, préc., note 7, par. 35, 54 et 55; sur le sens de l'expression « atteinte à l'intégrité physique » aux paragraphes 35, 54 et 55, voir : P. FORGET, préc., note 9, 375-379.

¹⁴⁴ Voir, en particulier, dans l'arrêt *Dorval*, préc., note 7, par. 29, la phrase commençant ainsi : « Cependant, les victimes, créancières de l'obligation »; voir aussi : *id.*, par. 36; sur le sens de l'expression « atteinte fautive » au paragraphe 36, voir : P. FORGET, préc., note 9, 381 à la note de bas de page 165.

Suivant le juge Wagner, non seulement les deux découpages ou modèles ne sont pas incompatibles, mais ils se révèlent tout aussi valables l'un que l'autre. Nous pourrions les comparer à des microscopes qui renverraient des images différentes de la « même » réalité. Le modèle à cinq éléments offrirait seulement une résolution plus fine de la situation de responsabilité civile que le modèle classique à trois éléments. Ainsi, il n'est pas nécessaire de justifier ce passage d'un découpage à trois éléments vers un découpage à cinq éléments, ou vice versa, autrement que par le besoin de distinguer plus finement les éléments de la situation de responsabilité.

À partir du moment où l'on adhère consciemment ou non à ces prémisses, celles-ci faisant que la situation de responsabilité civile peut se découper en fonction d'un modèle à trois ou à cinq éléments, selon les besoins de l'interprète, il est indifférent que l'on identifie le fondement des catégories d'action protégées par l'article 2930 C.c.Q. à la faute causale ou à l'atteinte initiale. Considérée sous cet angle, la faute, pour autant qu'elle soit causale, donne *inévitablement* lieu, dans le chef de la victime, à une atteinte à ses droits ou à ses intérêts¹⁴⁵. Et l'atteinte ainsi causée par cette faute possédera, à un certain degré d'analyse, l'attribut d'initialité.

La contradiction entre le présupposé relatif à l'unicité du fondement des catégories d'action protégées par l'article 2930 C.c.Q. et l'ambivalence quant à ce fondement n'est donc qu'apparente. En conséquence, l'ambivalence relativement au fondement de l'action au sens de l'article 2930 (faute causale ou atteinte initiale?) n'en est plus vraiment une. En présentant ces deux fondements comme des fondements concurrents entre lesquels il faut choisir, nous nous trouvons même à dénaturer le raisonnement du juge Wagner et l'état d'esprit qui y a présidé. Toute tentative de lever cette ambivalence nous éloignait de la compréhension la plus juste et la plus riche de son jugement.

Or, s'il convient, d'un côté, de refléter le plus fidèlement possible, le raisonnement à la base du jugement majoritaire, il importe, de l'autre, d'en tirer toutes les implications, notamment en ce qui a trait à la manière

¹⁴⁵

Il est entendu que, pour faire intervenir l'article 2930 C.c.Q., cette atteinte initiale doit se rapporter au droit à l'intégrité physique d'une personne.

de concevoir le préjudice de la victime (ou, le cas échéant, des victimes). À ce propos, force nous est de constater que le juge Wagner adhère fortement à la notion d'atteinte initiale au point d'en faire une notion aussi centrale aux fins de l'analyse de la situation de responsabilité que le concept de préjudice lui-même.

En définitive, tout concourt à montrer que le juge Wagner a intériorisé la notion d'atteinte initiale et qu'il a, par le fait même, intégré la possibilité toujours présente de recourir, consciemment ou non, à cette notion pour analyser la situation de responsabilité ainsi que pour interpréter et appliquer des articles de loi comme l'article 2930 C.c.Q. Pour le juge Wagner, le recours à la notion d'atteinte initiale tient de l'évidence, et la notion elle-même est, pour lui, inévitable. Tout se passe comme si le décès de M^{me} Dorval (et l'atteinte à l'intégrité physique qui lui est inhérente) *ne pouvait pas ne pas s'analyser* comme une atteinte initiale; sur le plan juridique, ce décès formerait aussi certainement une atteinte initiale à l'intégrité physique que les coups de couteau qui ont causé ce décès constituaient une faute extracontractuelle.

Comment expliquer autrement que par le postulat d'inévitabilité de la notion d'atteinte initiale que le juge Wagner ne sente jamais le besoin de justifier de manière autonome et cohérente le recours abondant qu'il fait à la notion d'atteinte initiale?

Comment expliquer, si ce n'est par le postulat d'inévitabilité de la notion d'atteinte initiale, que le juge Wagner puisse, sans s'en justifier, faire remonter presque systématiquement les préjudices subis par les victimes par ricochet à cette cause intermédiaire, qui se trouverait dans l'atteinte initiale subie par la victime immédiate?

Comment expliquer, si ce n'est par le postulat d'inévitabilité de la notion d'atteinte initiale, que le juge Wagner puisse, sans s'en justifier, *ne pas* faire remonter *directement* les préjudices des membres de la famille Dorval, victimes par ricochet, à la faute alléguée contre les policiers de la Ville de Montréal, comme le commande le modèle classique : faute – causalité – préjudice(s)?

Cependant, à l'analyse du jugement majoritaire, le symptôme le plus significatif de l'état d'esprit du juge Wagner au sujet de la notion d'atteinte initiale reste l'indifférence qu'il montre à l'égard du fondement ultime des catégories d'action protégées par l'article 2930 C.c.Q. Résumons la situation :

- *Primo* : le juge Wagner dit, pour répondre à la question mise en jeu, qu'il faut examiner ce qu'est une action *fondée* sur l'obligation de réparer le préjudice corporel causé à autrui au sens de l'article 2930;
- *Secundo* : le juge Wagner recherche le fondement des catégories d'action protégées par l'article 2930;
- *Tertio* : le juge Wagner trouve deux tels fondements, du moins le jugement oscille entre deux tels fondements dont l'un s'adosse à un concept classique du droit (la faute causale), mais l'autre non (l'atteinte initiale);
- *Quarto* : malgré la différence nette de statut des deux fondements en cause, le juge Wagner ne remarque pas cette oscillation (du moins il ne la relève pas ou n'estime pas utile de le faire).

Devant tant d'indices précis, graves et concordants, que faut-il en conclure, sinon que la notion d'atteinte initiale était, dans l'esprit du juge Wagner, inévitable, bref qu'un postulat d'inévitabilité de la notion d'atteinte initiale sous-tend son jugement. Dans l'esprit du juge, aux fins de l'interprétation de l'article 2390 C.c.Q., le préjudice ne pouvait ne pas se dédoubler autrement que selon le schéma « atteinte initiale / conséquence(s) de l'atteinte initiale ». Lors de la préparation de son jugement, la notion d'atteinte initiale et son schéma de dédoublement ont donc exercé sur le juge et son esprit une « contrainte douce », qui opérait, à notre avis, selon toute vraisemblance, à son insu. Et cette contrainte, bien que le savant juge n'en fût vraisemblablement pas conscient, était néanmoins fortement ressentie.

Conclusion

L'article 2930 C.c.Q. protège, en situation de préjudice corporel, certaines catégories de victimes de l'effet de prescriptions courtes comme celle qui est prévue à l'article 586 de la *Loi sur les cités et villes*. Selon la majorité de la Cour suprême dans l'arrêt *Dorval*, cette protection couvre

non seulement l'action de la victime immédiate, celle qui a subi au sens fort du terme un préjudice corporel, mais aussi celle de la victime par ricochet qui n'a pas subi un tel préjudice. S'il en est ainsi, c'est parce que, au sens de l'article 2930, l'action de la victime immédiate et celle de la victime par ricochet sont toutes deux fondées « sur l'obligation de réparer le préjudice corporel causé à autrui », en l'occurrence celui causé à la victime immédiate.

À l'analyse du jugement majoritaire dans l'affaire *Dorval*, ce fondement commun à ces deux catégories de victimes, soit la victime immédiate et la victime par ricochet, ne se trouve pas à proprement dit dans l'obligation de réparer le préjudice corporel causé à la victime immédiate. Ce fondement commun met plutôt en jeu le concept de préjudice corporel subi par la victime immédiate, du moins une variante de ce concept. S'agissant du fondement des catégories d'action protégées par l'article 2930 C.c.Q., ledit concept est compris comme un préjudice corporel initial subi par la victime immédiate ou, ce qui revient au même, comme une atteinte initiale au droit à l'intégrité physique subie par la victime immédiate.

Notion énigmatique, sous-théorisée par la doctrine, l'atteinte initiale possède, dans la situation (ou la chaîne) de responsabilité, une double interface : dans un sens, elle est causée par la faute imputable au défendeur et, dans l'autre, elle est à l'origine des préjudices pécuniaires ou non pécuniaires subies tant par la victime immédiate que la victime par ricochet. La notion d'atteinte initiale repose sur la propriété du concept de préjudice de se dédoubler selon un schéma « atteinte initiale / conséquence(s) de l'atteinte initiale ». Aux fins de l'interprétation de l'article 2930 C.c.Q., la notion d'atteinte initiale sert de point d'attache entre les situations de la victime immédiate et de la victime par ricochet ainsi que, par extension ou par contrecoup, entre les actions en dommages-intérêts que ces situations font naître à leur profit.

À partir du moment où le préjudice corporel de la victime immédiate est conçu comme une atteinte initiale à son intégrité physique, la victime immédiate et la victime par ricochet peuvent revendiquer au moins deux choses en commun : 1) la même atteinte initiale, soit celle qui a été subie par la victime immédiate; 2) laquelle a été causée par la même faute, celle

qui est imputable au défendeur. La cause commune aux préjudices de la victime immédiate et de la victime par ricochet leur est d'autant plus commune qu'elle est à l'origine d'une atteinte ou d'un préjudice commun à la victime immédiate et à la victime par ricochet, soit l'atteinte initiale subie par la victime immédiate.

En relation d'implication réciproque, cette cause commune (ou la faute causale commune) et l'atteinte initiale commune à la victime immédiate et à la victime par ricochet peuvent indifféremment prendre le rôle de fondement des catégories d'action entrant dans le champ d'application de l'article 2930 C.c.Q. Dès lors, la faute causale ou l'atteinte initiale peuvent être portées au soutien d'une interprétation large et libérale qui fait entrer dans le champ de protection dudit article tant l'action de la victime immédiate (ou le recours successoral qui en tient lieu) que l'action de la victime par ricochet.

Remarquons cependant que, pour pouvoir identifier une atteinte initiale commune aux préjudices à la victime immédiate et à la victime par ricochet, encore faut-il, d'abord, consciemment ou non, avoir dédoublé la situation de préjudice et l'inscrire à l'intérieur d'un schéma « atteinte initiale / conséquence(s) de l'atteinte initiale ».

Remarquons ensuite que l'inscription de la situation de préjudice à l'intérieur d'un schéma dit « causaliste » favorise une interprétation large et libérale de l'article 2930 C.c.Q. : en premier lieu, en identifiant un fondement commun aux actions de la victime immédiate et de la victime par ricochet (l'atteinte initiale subie par la victime immédiate); en second lieu, en renforçant le fondement alternatif, mais non nécessairement concurrent (la faute causale imputable au défendeur).

L'inscription du préjudice dans un tel schéma causaliste permet de contrer, sur son propre terrain, l'argument principal des partisans d'une interprétation plus littérale de l'article 2930 C.c.Q., ancrée dans la doctrine classique au sujet du préjudice. Quand bien même la victime par ricochet n'aurait pas *subi* elle-même un préjudice corporel, là n'est pas l'élément déterminant. L'essentiel est plutôt que la victime par ricochet partage avec la victime immédiate la même atteinte initiale à l'intégrité physique (ou, si

l'on préfère, le même préjudice corporel initial), soit celle qui a été subie par la victime immédiate. Qui plus est, les actions de la victime immédiate et de la victime par ricochet visent toutes deux à réparer des préjudices qui sont dès lors conçus comme des conséquences de cette atteinte initiale.

Enfin, malgré le rôle fondamental que joue la notion d'atteinte initiale dans le jugement majoritaire, jamais le juge Wagner ne justifie le recours à ladite notion autrement que sur la base de l'autorité d'un principe de qualification du préjudice, certes reconnu par la Cour suprême, mais un principe qu'il refuse d'étendre à la situation en cause... N'est-ce pas étrange?

L'usage que le juge Wagner fait de la notion d'atteinte initiale dans son jugement est à l'avenant. C'est ainsi que le savant juge inscrit la situation de préjudice dans un schéma causaliste, ou non. Comme si dédoubler le préjudice selon ce type de schéma était toujours parfaitement compatible avec le fait de ne pas le dédoubler selon un tel schéma. Le juge Wagner pense la situation de préjudice ou, plus largement, la situation de responsabilité tout à la fois avec et sans la notion d'atteinte initiale, et ce, sans jamais se poser la question de savoir si cette inconsistance ne serait pas susceptible d'introduire, dans son raisonnement, des biais ou des difficultés.

Or, il y a de très fortes chances que, si le juge Wagner ne s'est pas posé la question, c'est que quelque chose l'en empêchait de se la poser. Quelque chose l'empêchait d'entrevoir cette possible inconsistance dans son raisonnement. Cet obstacle tient à la notion d'atteinte initiale et, plus spécialement, au caractère inévitable que le juge Wagner lui confère dans l'analyse à la fois du préjudice et de la situation de responsabilité.

Lors de la préparation de son jugement dans l'affaire *Dorval*, le juge Wagner était sous la contrainte douce de la clé d'analyse qu'est la notion d'atteinte initiale. La meilleure preuve à cet égard est l'indifférence qu'il affiche quant au fondement ultime des catégories d'action protégées par l'article 2930 C.c.Q. : faute causale ou atteinte initiale? Compte tenu des présupposés de son jugement, cette indifférence relativement au fondement ultime des catégories d'action protégées par l'article 2930 est la marque

d'un esprit qui voit (mais sans vraiment la remarquer) dans la notion d'atteinte initiale une clé d'analyse inévitable.

Le jugement majoritaire dans l'arrêt *Dorval* montre que la profonde intériorisation de la notion d'atteinte initiale chez l'interprète peut en réduire la signature jusqu'à la rendre en tout ou en partie invisible à celui-là ou à celle-là même qui la mobilise¹⁴⁶. Cette profonde intériorisation serait à l'abri des critiques si c'était la seule manière de concevoir le préjudice, notamment, aux fins de l'interprétation d'une règle, qui comme celle qui est prévue à l'article 2930 C.c.Q., est conditionnée par la nature du préjudice¹⁴⁷. Or, ce n'est pas le cas. Dans une prochaine publication, nous montrerons, jurisprudence à l'appui, que la notion d'atteinte initiale n'a rien d'inévitable.

¹⁴⁶ Le juge Wagner n'est pas le seul juriste à intérioriser fortement la notion d'atteinte initiale. Il en va de même du professeur Gardner, comme nous l'avons montré ailleurs : P. FORGET, préc., note 4, p. 70-75. Dans le cas du professeur Gardner, vu l'explicitation de son cadre d'analyse, la démonstration était cependant beaucoup plus facile à réaliser.

¹⁴⁷ Pour d'autres manières de voir et même de dédoubler le préjudice, voir : P. FORGET, préc., note 4, p. 27-29 et 56-59.