

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Volume 43 – Numéro 3

Année : 2013

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/10244>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/10244>

RDUS

Page vide laissée intentionnellement.

Articles

COMPROMIS ET TRANSPOSITIONS LIBRES DANS LES LÉGISLATIONS PERMETTANT LE RECOUVREMENT DU COÛT DES SOINS DE SANTÉ AUPRÈS DE L'INDUSTRIE DU TABAC	611
Par Lara KHOURY	
LA CHARTE DE LA LANGUE FRANÇAISE : UNE ENTRAVE AUX ACTIVITÉS ESSENTIELLES DES ENTREPRISES PRIVÉES DE COMPÉTENCE FÉDÉRALE AU QUÉBEC?	645
Par David ROBITAILLE Pierre ROGUÉ	
LES ORIGINES ET LES FONDEMENTS DU RECOURS AU CONSENSUS EN DROIT EUROPÉEN DES DROITS DE L'HOMME	709
Par Frédérick J. DOUCET	
LA DÉTENTION DES DEMANDEURS D'ASILE AU CANADA : LES PROTECTIONS GARANTIES AUX RÉFUGIÉS EN DROIT INTERNATIONAL SONT-ELLES RESPECTÉES?	751
Par Marie-Noël COLLIN Estibaliz JIME	
QUEL EST L'AVENIR DU GRIEF PATRONAL?	793
Par Carole SÉNÉCHAL	
LES SITUATIONS DE FAIT EN DROIT DES SOCIÉTÉS DE L'OHADA	827
Par François BIBOUM BIKAY	

Commentaire

OBSERVATIONS CONCERNANT CERTAINS CHANGEMENTS APPORTÉS AU CODE CIVIL PAR LA LOI MODIFIANT LE CODE CIVIL ET D'AUTRES DISPOSITIONS LÉGISLATIVES EN MATIÈRE DE RECHERCHE	867
Par Robert P. KOURI	

Page vide laissée intentionnellement.

RDUS

Revue de DROIT
UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : COMPROMIS ET TRANSPOSITIONS LIBRES DANS LES LÉGISLATIONS PERMETTANT LE RECOUVREMENT DU COÛT DES SOINS DE SANTÉ AUPRÈS DE L'INDUSTRIE DU TABAC

Auteur(s) : Lara KHOURY

Revue : *RDUS*, 2013, volume 43, numéro 3

Pages : 611-643

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/10225>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/10225>

Page vide laissée intentionnellement.

ARTICLE

COMPROMIS ET TRANSPOSITIONS LIBRES DANS LES LÉGISLATIONS PERMETTANT LE RECOUVREMENT DU COÛT DES SOINS DE SANTÉ AUPRÈS DE L'INDUSTRIE DU TABAC

par Lara KHOURY*

Le présent texte s'intéresse à la législation facilitant les recours des gouvernements provinciaux contre l'industrie du tabac pour se voir rembourser les dépenses de santé effectuées, notamment, pour le traitement des maladies reliées au tabagisme. L'auteure y argumente que le traitement de la causalité au sein de ces lois démontre que, bien qu'elles soient décrites comme facilitant les recours des gouvernements, elles sont en réalité le résultat d'un compromis qui est parfois à l'avantage de l'industrie. L'auteure tente également de démontrer que l'adoption de cette législation au Québec, dans un texte calqué sur la législation de la Colombie-Britannique — elle-même inspirée de la législation de la Floride — est caractérisée par un manque d'attention à l'égard de certaines particularités du droit québécois, plus particulièrement en ce qui concerne le fait générateur de responsabilité en matière de responsabilité du fait des produits, ainsi que la causalité.

The article examines legislation aimed at favoring the recovery by governments of health care costs due to the tobacco industry, more particularly in relation to the treatment of illnesses caused by smoking. The writer argues that the manner in which these laws treat the issue of causation demonstrate that even though they are described as facilitating claims by the various governments, they are in fact the result of a compromise that sometimes inures to the advantage of the industry. The writer also seeks to demonstrate that the adoption by the Province of Quebec, of legislation inspired by a British Columbia statute (itself modeled on Florida legislation), is characterized by lack of attention to certain particularities of Quebec law, specifically with regard to principles surrounding product liability as well as to those relating to issues of causation.

*. Professeure agrégée, Faculté de droit, Université McGill. L'auteure remercie la Fondation du Barreau du Québec pour l'appui financier offert au projet de recherche duquel est issu ce texte, ainsi que Christopher Trivisonno, Olga Redko et Katica Spillane, candidats au LL.B./B.C.L. (Université McGill), pour leur assistance dans la préparation de ce texte. Des remerciements sincères sont également dus à madame la Professeure Geneviève Saumier pour ses commentaires sur certains aspects de ce texte.

612 *Compromis et transpositions libres dans les législations
permettant le recouvrement du coût (2013) 43 R.D.U.S.
des soins de santé auprès de l'industrie du tabac*

SOMMAIRE

INTRODUCTION	613
A. CONTEXTE	616
B. LA CAUSALITÉ : UN DROIT D'EXCEPTION FAIT DE COMPROMIS	619
1. Avantages pour les gouvernements.....	621
2. Compromis pour l'industrie.....	627
C. TRANSPOSITIONS LIBRES	635
1. Fait générateur de responsabilité	636
2. Traitement de la causalité	641
CONCLUSION	642

INTRODUCTION

En mars 2012 commençaient, au Québec, les deux premiers recours collectifs canadiens contre l'industrie du tabac par le biais desquels deux millions de Québécois réclament une indemnisation de 27 milliards de dollars¹. En juin de la même année, le gouvernement du Québec entreprenait son propre recours contre les groupes de cigarettiers canadiens, réclamant plus de 60 milliards de dollars. Cette somme représente le coût des soins de santé liés au tabac que le gouvernement assume depuis 1970, soit depuis l'entrée en vigueur du régime d'assurance maladie universel, ainsi que les dépenses anticipées jusqu'en 2030². La poursuite québécoise, et celles ayant débuté dans plusieurs autres provinces, dont la Colombie-Britannique, l'Ontario, le Nouveau-Brunswick, Terre-Neuve et Labrador, et l'Île-du-Prince-Édouard³, se fondent

1. Requête introductive d'instance d'un recours collectif, *Létourneau c. Imperial Tobacco Can. Ltée* (2005), no. 500-06-000070-983 (QC C.S.), par. 1, en ligne : <<http://www.smoke-free.ca/litigation/US-CDA-Litigation/Canada%20Litigation/Recours%20collectifs%20-%20Qu%C3%A9bec/RequeteIntroductive300905.pdf>> [Létourneau requête 2005]; *Conseil québécois sur le tabac et la santé c. JTI-Macdonald Corp.*, 2005 CanLII 4070, par. 12-16, 20, 24-26, 70 (QC C.S.). ; Requête introductive d'instance d'un recours collectif, *Conseil québécois sur le tabac et la santé c. JTI-MacDonald Corp.* (2005), No. 500-06-000076-980 (QC C.S.), par. 3, en ligne : <<http://www.smoke-free.ca/litigation/US-CDA-Litigation/Canada%20Litigation/Recours%20collectifs%20-%20Qu%C3%A9bec/Requete-introductive-d-instance.pdf>> [Conseil requête 2005]. Ces deux recours collectifs furent autorisés en février 2005.
2. Requête introductive d'instance, *Québec (P.-G.) c. Imperial Tobacco Can. Ltée (Litée)* (2012), no. 500-17-072363-123, (QC C.S), par. 1. *Québec (P.-G.) c. Imperial Tobacco Can. Ltée*, Requête introductive d'instance]; Denis LESSARD, « Québec poursuit les compagnies de tabac pour 60 milliards », (8 juin 2012) *LaPresse*, en ligne : <<http://www.lapresse.ca/actualites/politique-quebecoise/201206/08/01-4533066-quebec-pour-suit-les-compagnies-de-tabac-pour-60-milliards.php>>.
3. La poursuite entreprise par le gouvernement de la Colombie-Britannique a débuté en janvier 2001 et vise à récupérer une somme de dix milliards de dollars : Statement of Claim, *British Columbia v. Imperial Tobacco Ltd (Litée)*. (2001), S010421 (C.-B.), en ligne : <<http://www.smoke-free.ca/litigation/webpages/British%20Columbia.htm>>. Quant à celle entreprise par le gouvernement de l'Ontario, elle vise à réclamer 50 milliards de dollars et elle a débuté en septembre 2009 : Statement of

sur des législations spéciales permettant aux gouvernements provinciaux de récupérer le coût des prestations de soins de santé engagées par les provinces dans le traitement, notamment, des maladies associées au tabagisme⁴.

Les lois canadiennes sont toutes inspirées de la législation adoptée en 1997 en Colombie-Britannique⁵, elle-même inspirée de la législation de la Floride. Dans un communiqué de presse de 1998, la ministre de la Santé britanno-colombienne de l'époque, affirmait que le but de la législation spéciale était de faire payer à l'industrie, et non aux contribuables, le coût des programmes de prévention et

-
- Claim, *Her Majesty the Queen in Right of Ontario v. Rothmans Inc. et al.* (2009), CV-09-38798 (Ont.), en ligne : <<http://www.smoke-free.ca/litigation/US-CDA-Litigation/Canada%20Litigation/Ontario/DOC002-statementofclaim.pdf>>. Enfin, la poursuite de l'Île-du-Prince-Édouard a débuté en septembre 2012 : Statement of Claim, *Prince Edward Island c. Rothmans et al.* (2012), SI-GS-25019 (P.E.I.), en ligne : <http://www.smoke-free.ca/litigation/US-CDA-Litigation/Canada%20Litigation/prince-edwardisland/Tobacco-statement%20of%20claim%20PEI.pdf>.
4. *Loi de 2009 sur le recouvrement du montant des dommages et du coût des soins de santé imputables au tabac*, L.O. 2009, c. 13, art. 1(1)(b) [Loi sur le recouvrement-Ontario]; *Tobacco Damages and Health Care Costs Recovery Act*, S.B.C. 2000, c. 30, art. 1(1)(a-b) [BC Tobacco Damages], *Loi sur le recouvrement du coût des soins de santé et des dommages-intérêts liés au tabac*, L.R.Q., c. R-2.2.0.0.1, art. 8, 10 et 11 [Loi sur le recouvrement-Québec]; *Crown's Right of Recovery Act*, S.A. 2009, c. C-35; *Tobacco Damages and Health-Care Costs Recovery Act*, R.S.P.E.I. 2007, c. T-3.02; *Tobacco Damages and Health Care Costs Recovery Act*, S.S. 2007, c. T-14.2; *Loi sur le recouvrement du montant des dommages et du coût des soins de santé imputables au tabac*, C.P.L.M. c. T70; *Loi sur le recouvrement de dommages-intérêts et du coût des soins de santé imputables au tabac*, L.N.-B. 2006, c. T-7.5; *Tobacco Health Care Costs Recovery Act*, S.N.L. 2001, c. T-4.2; *Tobacco Damages and Health-care Costs Recovery Act*, S.N.S. 2005, c. 46 (pas encore entrée en vigueur); *Loi sur le recouvrement du montant des dommages et du coût des soins de santé imputables au tabac*, L.Nun. 2010, c. 31 (pas encore entrée en vigueur); Bill 23, *Tobacco Damages and Health Care Costs Recovery Act*, 6th Sess., 16th Assembly, N.W.T., 2011.
 5. BC Tobacco Damages, préc., note 4. La loi de la Colombie-Britannique est entrée en vigueur en janvier 2001 : LEGISLATIVE ASSEMBLY OF BRITISH COLUMBIA, *Provisions in Force*, en ligne : <http://www.leg.bc.ca/PROCS/proc2000/pr2000_t.htm>.

de cessation permettant aux futures générations d'éviter de devenir les victimes de la dépendance au tabac et des maladies liées au tabagisme⁶. L'Ontario, adopte en mai 2009, une loi presque identique à celle de la Colombie-Britannique⁷. En juin de la même année, le Québec adopte sa propre loi, également inspirée de celle de la Colombie-Britannique⁸. La période de temps écoulé entre l'adoption des lois ontarienne et québécoise, et celle de la Colombie-Britannique, s'explique notamment par le fait que la constitutionnalité de cette dernière loi fut contestée par l'industrie du tabac pendant des années, puis confirmée par un banc unanime de la Cour suprême du Canada en 2005⁹, ce qui donna, par la suite, le champ libre aux autres provinces pour adopter leur propre législation¹⁰.

Le présent texte s'intéresse à cette législation spéciale régissant les recours des gouvernements provinciaux contre l'industrie du tabac. Sans prétendre faire la revue exhaustive de cette législation, le texte s'attarde à deux caractéristiques. Après avoir établi les grandes lignes de ces lois spéciales (A), une première partie argumente que le traitement de la causalité dans la législation spéciale démontre que, bien qu'elle soit communément décrite comme facilitant les recours des gouvernements provinciaux, elle est en fait le résultat d'un compromis qui est parfois à l'avantage de l'industrie (B). Enfin, une deuxième partie

-
6. Traduction libre de l'auteure. Citée dans Jacob J. SHELLEY, « The Crown's Rights of Recovery Act », (2010) 18 *Health L. Rev.* 15, 17.
 7. Loi sur le recouvrement-Ontario, préc., note 4. La loi ontarienne reçut la sanction royale le 14 mai 2009 : *Bill 155, Tobacco Damages and Health Care Costs Recovery Act, 2009*, Legislative Assembly of Ont., en ligne : <http://www.ontla.on.ca/web/bills/bills_detail.do?locale=en&BillID=2159&detailPage=bills_detail_status> (12 avril 2013).
 8. Loi sur le recouvrement-Québec, préc., note 4. La loi québécoise fût adoptée en juin 2009 et prévoit une date limite forçant le gouvernement à entreprendre son recours, soit le 19 juin 2012.
 9. *British Columbia c. Imperial Tobacco Can. Ltd.*, [2005] 2 R.C.S. 473.
 10. Voir pour les détails: L. KHOURY, M.-E. COUTURE-MÉNARD et O. REDKO, « The Role of Private Law in the Control of Risks Associated with Tobacco-Smoking : The Canadian Experience », (2013) 39 *American Journal of Law and Medicine*, 442-470 [KHOURY ET AL.]. La constitutionnalité de la loi québécoise est cependant toujours en cours de débat : voir *id.*, 465-66.

discute des heurts causés par l'importation au Québec de normes législatives développées dans un contexte de common law américaine et canadienne (C)¹¹. Afin d'alléger le texte, nous référons uniquement aux législations de l'Ontario et du Québec¹².

A. CONTEXTE

Les lois de l'Ontario et du Québec reconnaissent deux types de recours fondés sur la commission d'un « tobacco-related wrong » ou, en français, d'une « faute »¹³. La loi ontarienne énonce que la faute d'un fabricant s'entend, dans le cas des actions entreprises par le gouvernement ontarien, « d'un manquement de la part d'un fabricant à un devoir ou à une obligation que lui impose la common law, l'equity ou la loi, à l'égard de personnes de l'Ontario qui ont été exposées à un produit du tabac ou qui pourraient l'être »¹⁴. La loi québécoise utilise, comme la loi ontarienne, les termes « tobacco-related wrong » et « faute », mais ne définit pas la faute, sauf en donnant l'exemple non limitatif du manquement au devoir d'information du public quant aux risques et dangers que comportent les produits du tabac¹⁵.

Les recours fondés sur la législation spéciale permettent aux gouvernements de réclamer le remboursement des dépenses effectuées pour fournir des soins de santé aux victimes du tabagisme. Par exemple, le recours québécois réclame le paiement des dépenses passées et futures engagées par le gouvernement, incluant les dépenses relatives au coût des soins médicaux, des services hospitaliers, des autres services de santé et services

11. Ces questions furent explorées très succinctement une première fois dans : KHOURY *et al.*, *id.*

12. Nous référons cependant le lecteur à la législation de la Colombie-Britannique pour chaque énoncé, puisqu'elle sert de modèle aux lois ontarienne et québécoise.

13. Loi sur le recouvrement-Ontario, préc., note 4, art. 2(1); Loi sur le recouvrement-Québec, préc., note 4, art. 1 et 9. Voir aussi : BC Tobacco Damages, préc., note 4, art. 2(1).

14. Loi sur le recouvrement-Ontario, préc., note 4, art. 1(1). Voir aussi : BC Tobacco Damages, préc., note 4, art. 1(1).

15. Loi sur le recouvrement-Québec, préc., note 4, art. 1, 9.

sociaux, dont les services pharmaceutiques et les médicaments¹⁶. Ces dépenses incluent aussi le coût de programmes ou de services établis ou assurés par le gouvernement ou un de ses organismes « relativement à la maladie ou à la détérioration générale de l'état de santé associées au tabac, y compris les programmes ou services destinés à informer le public des risques et dangers que comportent les produits du tabac ou à lutter contre le tabagisme »¹⁷.

Un premier type de recours possible, que nous appellerons « recours individuel », permet au gouvernement de recouvrer les dépenses encourues pour un assuré ou un bénéficiaire particulier¹⁸. Le deuxième type de recours possible concerne les dépenses encourues pour une « population de personnes assurées par suite de l'exposition à un type de produit du tabac » ou, dans les termes de la loi québécoise, pour « l'ensemble des bénéficiaires de soins de santé résultant de l'exposition à une ou plusieurs catégories de produits du tabac »¹⁹. Nous les appellerons, à l'instar de la législation québécoise, les « actions entreprises sur une base collective »²⁰.

-
16. *Québec (P.-G.) c. Imperial Tobacco Can. Ltée*, Requête introductive d'instance, préc., note 2, par. 3 et 946-49.
 17. *Québec (P.-G.) c. Imperial Tobacco Can. Ltée*, Requête introductive d'instance, préc., note 2, par. 4.
 18. Loi sur le recouvrement-Ontario, préc., note 4, art. 2(4); Loi sur le recouvrement-Québec, préc., note 4, art. 12 (« certains bénéficiaires déterminés de ces soins de santé »). Voir aussi : *BC Tobacco Damages*, préc., note 4, art. 2(4).
 19. Loi sur le recouvrement-Ontario, préc., note 4, art. 2(4); Loi sur le recouvrement-Québec, préc., note 4, art.12. Voir aussi : *BC Tobacco Damages*, préc., note 4, art. 2(4).
 20. La poursuite entreprise par le Procureur général du Québec n'indique pas clairement sur quelle base elle est entreprise, bien que les par. 946-993 de la Requête introductive d'instance laissent entendre que la base est collective. Par contre, au par. 7, le Procureur général invoque « toutes les présomptions et les règles particulières prévues à la loi » : *Québec (P.-G.) c. Imperial Tobacco Can. Ltée*, Requête introductive d'instance, préc., note 2. Quant à la poursuite de la province de l'Ontario, elle est entreprise globalement, pour une population d'assurés en vertu de la Loi sur le recouvrement-Ontario, préc., note 4, art. 2(4) (b) : *Her Majesty the Queen in Right of Ontario v. Rothmans Inc. et al.* Statement of Claim, préc., note 2, par. 3.

Dans le contexte des actions entreprises sur une base collective, l'identité et la cause du préjudice de chaque assuré ou bénéficiaire n'ont pas à être établies. Les coûts engendrés par l'état de santé de chacune de ces personnes n'ont pas non plus à être établis²¹. Cette approche facilite substantiellement la preuve des dommages et de la causalité. Par l'introduction d'actions entreprises sur une base collective, le législateur reconnaît donc formellement que les dommages causés par le tabagisme ne sont pas essentiellement des préjudices individuels et qu'ils constituent un poids collectif qui est partagé par un pan substantiel de la population. Ce poids concerne d'abord, bien entendu, l'atteinte à la santé de cette collectivité, mais également les coûts associés à cette atteinte, puisque ces derniers sont assumés par la collectivité dans un pays comme le Canada où le système de santé est principalement financé par les revenus de taxation. Le recours prévu à ces lois semble donc, à première vue, permettre l'indemnisation de dépenses de santé effectuées par l'État *au nom de la collectivité*²².

Il existe cependant, au sein de la législation, une tension quant à la nature du recours prévu dans celle-ci. Malgré l'aspect collectif des dommages pouvant être réclamés, l'État se positionne en victime individuelle qui tente de recouvrer des dépenses qu'il a engagées personnellement. En effet, ces lois permettent aux gouvernements de poursuivre les cigarettiers en leur propre nom et

21. Loi sur le recouvrement-Ontario, *id.*, art. 2(5); Loi sur le recouvrement-Québec, préc. note 4, art. 13. Voir aussi : BC Tobacco Damages, préc. note 4, art. 3(1) (b).

22. (Nos soulignés). C'est d'ailleurs ce que laisse entendre, au Québec, le ministre de la Santé et de Services sociaux de l'époque, le Dr Yves Bolduc, lorsqu'il dit que « Le projet de loi n° 43 vise à ce que les Québécois soient en mesure de recouvrer des coûts des soins de santé et des dommages-intérêts liés au tabac... » : ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats de la Commission permanente des affaires sociales, Consultations particulières sur le projet de loi n° 43 – Loi sur le recouvrement du coût des soins de santé et des dommages-intérêts liés au tabac*, vol. 41, n° 33, 9 juin 2009, p. 2 [CAS 9 juin 2009].

non en vertu d'une subrogation²³ et de se positionner en victimes individuelles réclamant l'indemnisation d'un préjudice personnel, soit le recouvrement de dépenses qui ont diminué l'enveloppe budgétaire dont ils disposent pour accomplir l'ensemble de leurs responsabilités²⁴.

Les législations ontarienne et québécoise régissent de façon détaillée la nature et les paramètres des recours des gouvernements, faisant fréquemment divergence avec l'état du droit commun, que ce soit en common law ou en droit civil canadien. Ces divergences ne sont toutefois pas toutes favorables aux gouvernements.

B. LA CAUSALITÉ : UN DROIT D'EXCEPTION FAIT DE COMPROMIS

Notons en préambule que toute l'argumentation de cette partie est fondée sur une prémisse, soit qu'en l'absence de la législation spéciale, un recours en responsabilité contre l'industrie du tabac existerait en faveur des gouvernements en vertu du droit commun. Cette prémisse est toutefois contestable. D'ailleurs, lors de l'étude détaillée du projet de loi devant la Commission permanente des affaires sociales, le Ministère de la Justice référa à la loi comme « confirmant » le droit du gouvernement de réclamer le coût des soins de santé, puis comme donnant au gouvernement l'« autorisation » d'agir, et, enfin, comme « reconnaissant formellement le droit du gouvernement de recouvrer le coût des

23. Loi sur le recouvrement-Ontario, préc. note 4, art. 2(1) (2); BC Tobacco Damages, préc. note 4, art. 2(1); Loi sur le recouvrement-Québec, préc. note 4, art. 9 par. 2.

24. Ce positionnement permet sans doute de contrer une objection qui pourrait être soulevée, à savoir que, par les recours des gouvernements, la collectivité cherche à transférer la responsabilité financière des soins de santé des épaules de la société en son ensemble vers les épaules d'acteurs privés, les fabricants. Un tel transfert de responsabilité contredirait alors le principe voulant que le financement des soins de santé doive être assumé par la collectivité.

soins de santé »²⁵. Un recours du gouvernement contre l'industrie du tabac, bien que théoriquement possible en droit québécois en application des articles 1376 et 1457 du Code civil du Québec²⁶, pourrait s'avérer illusoire en raison de problèmes à démontrer la causalité. Le gouvernement est en effet une victime par ricochet dont la perte financière découle d'un engagement législatif à défrayer le coût des soins de santé²⁷. De plus, l'existence d'un tel recours en droit des *torts* canadien, ou en responsabilité du fabricant en vertu des articles 1468 et suivants du Code civil du Québec, est incertaine. Nous discutons de ce dernier fondement de la responsabilité des compagnies de tabac dans la partie C du présent texte. Quant à un possible recours en common law, vraisemblablement sous le *tort of negligence*, force est d'avouer que son admissibilité est problématique. En effet, l'on peut légitimement se questionner quant à l'existence d'un devoir de diligence (*duty of care*) de la part de l'industrie du tabac au profit des gouvernements provinciaux. Un premier obstacle résulte du fait que le préjudice souffert par le gouvernement est une perte purement économique à l'égard de laquelle un devoir de diligence risque d'être inexistant. Même si la reconnaissance d'un tel devoir était envisagée, elle se buterait à une probable absence de relation de proximité entre les parties²⁸. De plus, certaines considérations de politiques générales résiduelles pourraient également s'opposer à l'établissement d'un *duty of care*. Par exemple, est-il approprié, de façon générale, pour un tribunal de reconnaître à l'État le droit de poursuivre des

25. ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats de la Commission permanente des affaires sociales, Étude détaillée du projet de loi n° 43 – Loi sur le recouvrement du coût des soins de santé et des dommages-intérêts liés au tabac*, vol. 41, n° 37, 15 juin 2009, p. 2 [CAS 15 juin 2009], p. 6 et 8. De plus, le ministre de la Santé affirme qu'en l'absence d'une loi, le gouvernement ne pourrait agir en justice dans un cas semblable, ce dont nous doutons, *id.*, p. 8.

26. *Code civil du Québec*, L.Q. 1991 c. 64 [C.c.Q.].

27. *Québec (Procureur général) c. Imperial Tobacco Canada Ltd*, 2013 QCCS 2994, par. 72-74 citant *R. c. Sylvain*, [1965] R.C.S. 164.

28. Sur le devoir de diligence dans les cas impliquant des pertes purement économiques, voir : L.N. KLAR, *Tort Law*, 5e éd., Toronto, Carswell, 2012, p. 229-33. Sur le concept de proximité comme condition de la reconnaissance d'un devoir de diligence, voir le même auteur aux p. 183-87.

personnes ou entités privées lui ayant imposé des dépenses supplémentaires dans l'accomplissement de ses devoirs? Cela n'ouvrirait-il pas la porte à de nombreuses poursuites contre toute personne ou entité ayant entraîné par sa négligence des dépenses à l'État? Ce qui suit tient néanmoins pour acquis qu'un recours des gouvernements en vertu du droit commun est concevable.

La tendance prédominante est de présenter la législation spéciale comme *facilitant* les recours des gouvernements²⁹. Pourtant, en y regardant de plus près, il devient clair que la législation tente d'instaurer un compromis entre les intérêts de l'État et ceux de l'industrie. Cette recherche d'équilibre est particulièrement apparente dans le traitement qui est fait de la causalité, autant dans le cadre des recours individuels que dans le contexte des actions entreprises sur une base collective.

1. Avantages pour les gouvernements

Dans le cadre des actions entreprises sur une base collective, la preuve de la causalité est facilitée de deux façons. D'abord, les gouvernements n'ont qu'à faire la preuve de la « causalité générale », c'est-à-dire qu'ils n'ont qu'à prouver, selon la balance des probabilités, que l'exposition au produit du tabac *peut* causer ou contribuer à la maladie³⁰. À titre d'exemple, l'article 16 (2) de la loi

29. Par exemple : P. CROTEAU, «Le Québec s'arme pour réclamer en justice de gros dédommagements aux fabricants de tabac», juillet 2009, *info-tabac*, en ligne : <www.info-tabac.ca/revue79/poursuite.htm>; K. MAKIN, «Ontario wins important victory in \$50-billion lawsuit against tobacco firms», 30 Mai 2013, *The Globe and Mail*, en ligne : <<http://www.theglobeandmail.com/news/national/ontario-wins-important-victory-in-50-billion-lawsuit-against-tobacco-firms/article12270561/>>. Voir également la position du vice-président, affaires juridiques d'Imperial Tobacco Canada ltée, lors des consultations tenues devant la Commission permanente des affaires sociales du Québec en juin 2009, reprochant à la loi de traiter les compagnies de tabac différemment des autres citoyens sans souligner que ces différences sont aussi à leur avantage : CAS 9 juin 2009, préc. note 22, pages 10, 13-14.

30. Loi sur le recouvrement-Ontario, préc., note 4, art. 3(1)(b); Loi sur le recouvrement-Québec, préc., note 4, art. 8, 16(2) (Nos soulignés). Voir aussi : BC Tobacco Damages, préc., note 4, art. 3(1)(b).

québécoise est à l'effet que le gouvernement doit faire la preuve « que l'exposition à la catégorie de produits du tabac peut causer ou contribuer à causer la maladie ou la détérioration générale de l'état de santé d'une personne »³¹. En d'autres termes, les gouvernements n'ont qu'à démontrer que, selon les données de la science, le tabagisme peut causer ou contribuer à la maladie, et non qu'il l'a fait dans le cas particulier de chaque membre de la collectivité visée. Il s'agit donc d'une preuve allégée de la causalité, confirmant ainsi la perspective collectiviste adoptée pour ces recours.

Cette règle de preuve présente un autre avantage, un peu moins apparent, en raison de développements juridiques survenus après la rédaction de ces lois. La preuve requise de la causalité générale n'exige que la démonstration que le produit puisse *causer ou contribuer* à la maladie³². La distinction établie entre les concepts de cause et de contribution est typique de la common law. Dans ce ressort, le terme « causer » tend à référer à la causalité prouvée selon le « but-for » test, ou test du facteur déterminant, le test de causalité usuel en common law. Le terme « contribuer » réfère quant à lui à l'acceptation, dans certains cas particuliers, que la causalité puisse être démontrée lorsque le défendeur a simplement contribué matériellement – c'est-à-dire de façon plus que futile — au préjudice, même si, dans les faits, le dommage aurait pu survenir en son absence. Le présent texte n'a pas pour objectif d'exposer l'ensemble des débats et confusions auxquels le test de la contribution matérielle – ou « appréciable » selon la Cour suprême du Canada — a mené au Canada³³. Il faut cependant rappeler qu'à l'origine, le test de la contribution matérielle fut développé en droit anglais pour résoudre un problème très particulier engendré par les résultats inacceptables auxquels mène l'application du test du

31. Loi sur le recouvrement-Québec, préc., note 4, art. 16(2). Voir aussi : Loi sur le recouvrement-Ontario, préc., note 4, art. 3(1)(b).

32. Loi sur le recouvrement-Ontario, préc., note 4, art. 3(1)(b); Loi sur le recouvrement-Québec, préc., note 4, art. 16(2). Voir aussi : BC Tobacco Damages, préc., note 4, art. 3(1)(b).

33. Cette confusion existe particulièrement depuis 1996, soit depuis la décision de la Cour suprême dans *Athey c. Leonati* [1996] 3 R.C.S. 458 [*Athey*].

facteur déterminant dans les cas dits d'*overdetermined causation*³⁴. Imaginons, par exemple, qu'un fumeur ait consommé toute sa vie des cigarettes produites par deux fabricants différents et ait développé un cancer du poumon. Le cancer du poumon dû à la cigarette se développe typiquement à la suite d'un processus cumulatif, c'est-à-dire que c'est l'accumulation d'épisodes de consommation de tabac qui mène à la maladie³⁵. Dans un tel cas, les deux fabricants ont bel et bien tous deux *contribué* au cancer. Cependant, n'eût été la consommation de cigarettes produites par le fabricant n° 1, le fumeur aurait probablement quand même contracté le cancer en raison de sa consommation des cigarettes du fabricant n° 2. En vertu du test du facteur déterminant, la causalité n'est donc pas prouvée. Cependant, l'utilisation du concept de « contribution » comme solution de rechange au test du facteur déterminant, permet dans de tels cas de trouver les deux fabricants conjointement et solidairement responsables sur le fondement de leur contribution respective au préjudice, si celle-ci est « appréciable ». L'acceptation de cette solution de remplacement au test du facteur déterminant en common law canadienne, tout comme sa signification et son champ d'application, a fait l'objet de débats et d'incertitudes alimentés par les décisions de la Cour suprême du Canada dans les affaires *Athey c. Leonati* et *Resurfice c. Hanke*³⁶.

Après avoir référé au test de la contribution appréciable en 1996 dans *Athey c. Leonati*, la Cour explique en 2007 dans *Resurfice c. Hanke* que le test de la causalité en common law canadienne est bel et bien le critère du facteur déterminant, en particulier dans les affaires impliquant des causes multiples. En *obiter*, elle ajoute cependant, s'appuyant sur *Athey c. Leonati*, que

34. *Bonnington Castings c. Wardlaw*, [1956] A.C. 613.

35. X. WU *et al.*, «Lung Cancer Susceptibility and Risk Assessment Models » dans E.J. ROX *et al.* dir., *Lung Cancer*, Blackwell Publishing, Oxford, 2008, p. 33; SANTÉ CANADA, *Le tabagisme et le cancer du poumon*, en ligne: <<http://www.hc-sc.gc.ca/hc-ps/tobac-tabac/legislation/label-etiquette/lung-poumon-fra.php>> (18 juillet 2013).

36. *Athey*, préc. note 33; *Hanke c. Resurfice Corp.*, [2007] 1 R.C.S. 333 [Resurfice].

le test du facteur déterminant peut être remplacé, dans certains cas exceptionnels, pour des raisons d'équité, par le test de la « contribution appréciable »³⁷. Ces cas exceptionnels sont ceux dans lesquels, d'abord, il est impossible pour le demandeur de prouver au moyen du test du facteur déterminant que la négligence du défendeur lui a causé un préjudice en raison de facteurs qui échappent au contrôle du demandeur; par exemple, les limites de la science³⁸. De plus, le défendeur doit avoir clairement manqué à une obligation de diligence envers le demandeur, l'exposant ainsi à un *risque* de préjudice déraisonnable, et le demandeur doit avoir subi le type de préjudice en question³⁹.

En 2007, la Cour suprême se positionne donc clairement en faveur de la prédominance du test du facteur déterminant dans l'évaluation de la causalité en common law canadienne, et restreint l'application du test de la contribution appréciable à des circonstances particulières. En admettant, dans la loi spéciale, la possibilité de prouver la causalité sur la base d'une simple contribution au développement du préjudice, l'approche causale est donc généreuse envers les gouvernements. Elle l'est d'autant plus que la Cour suprême du Canada, en juin 2012, a fortement limité, encore plus que dans *Resurfice c. Hanke*, l'utilisation de cette alternative au test du facteur déterminant.

En effet, dans *Clements c. Clements*, la Cour suprême du Canada interprète la condition d'impossibilité de preuve invoquée dans *Resurfice c. Hanke* comme ne s'appliquant que dans les cas où il est *véritablement* impossible de déterminer ce qui a causé le préjudice, notamment, selon la Cour, lorsqu'il est impossible de prouver ce qu'une personne particulière aurait fait en l'absence de faute⁴⁰ et dans les cas posant des problèmes de « causalité

37. *Resurfice*, préc., note 36, par. 24.

38. *Id.*, par. 25.

39. *Id.* (Nos soulignés).

40. Par exemple, selon la Cour: *Walker Estate c. York Finch General Hospital*, [2001] 1 R.C.S. 647.

alternative »⁴¹ impliquant une pluralité de défendeurs fautifs⁴². Notons, en passant, que la législation spéciale traite spécifiquement du problème particulier de la causalité alternative invoqué ici, tel que nous le verrons ci-dessous. De plus, la Cour suprême du Canada précise que le test de la contribution appréciable ne réfère pas à une causalité pouvant être prouvée par la démonstration d'une contribution au préjudice, mais plutôt par une contribution au *risque* de préjudice. Il s'agit ici d'un test beaucoup plus généreux pour la victime que celui envisagé à l'origine, ce qui explique les limites sévères imposées par la Cour à son application.

Bref, dans *Resurface c. Hanke* et *Clements c. Clements*⁴³, la Cour insiste fortement sur le fait que le test de causalité usuel en common law doit demeurer le test du facteur déterminant. Elle restreint également la nature des exceptions à ce test et leur champ d'application à un point où l'on peut très certainement affirmer que la législation, rédigée avant ces récents développements, leur est largement plus généreuse. En effet, la législation semble envisager le test de la contribution appréciable comme étant d'application générale à titre de solution de rechange à la preuve de la causalité fondée sur le test du facteur déterminant.

Le deuxième avantage, pour les gouvernements, introduit quant à la preuve de la causalité dans le cadre des actions entreprises sur une base collective, réside dans le fait que, dès que la preuve de causalité générale est apportée, le gouvernement bénéficie de deux présomptions légales. Le tribunal doit d'abord présumer que la population de personnes assurées exposée aux produits du tabac n'aurait pas été exposée, *n'eût été* la faute du

41. Nous utilisons ce terme révélateur à l'instar de Christophe Quézel-Ambrunaz : C. QUÉZEL-AMBRUNAZ, « La fiction de la causalité alternative, Fondement et perspectives de la jurisprudence " Distilbène" », *D.* 2010, chr. p. 1162.

42. Par exemple, selon la Cour, lorsque deux chasseurs tirent fautivement en direction de la victime, mais qu'une seule balle l'atteint sans qu'on puisse déterminer de quel défendeur elle provient, tel que dans *Cook c. Lewis*, [1951] R.C.S. 830.

43. *Clements c. Clements*, [2012] 2 R.C.S. 181.

défendeur⁴⁴. Il s'agit d'une présomption que le test du facteur déterminant est atteint quant au lien entre l'exposition au produit et le comportement de l'industrie. La deuxième présomption oblige le tribunal à présumer que cette exposition au produit a causé ou contribué — le contraste terminologique réapparaît ici — à la maladie ou au risque de la maladie dans cette population⁴⁵. Ces présomptions s'imposent au juge, mais elles peuvent être contredites par le défendeur et sont donc réfragables.

Le troisième avantage dont bénéficie le gouvernement est introduit, uniquement, dans la législation québécoise. Alors que la législation de l'Ontario indique que la preuve de la causalité et des dommages peut être faite par le biais d'information statistique, de données épidémiologiques, sociologiques ou autres⁴⁶, la législation québécoise va beaucoup plus loin. Elle prévoit que la causalité peut être prouvée dans les actions entreprises sur une base collective⁴⁷ *sur la seule base de ce type d'information*⁴⁸ :

15. Dans une action prise sur une base collective, la preuve du lien de causalité existant entre des faits qui y sont allégués, notamment entre la faute ou le manquement d'un défendeur et le coût des soins de santé dont le recouvrement est demandé, ou entre l'exposition à un produit du tabac et la maladie ou la détérioration générale de l'état de santé des bénéficiaires de ces soins, *peut être établie sur le seul fondement* de renseignements statistiques ou tirés d'études épidémiologiques, d'études sociologiques ou de toutes autres études pertinentes, y compris les renseignements obtenus par un échantillonnage.

44. Loi sur le recouvrement-Ontario, préc., note 4, art. 3(2); Loi sur le recouvrement-Québec, préc., note 4, art. 17(1). Voir aussi : BC Tobacco Damages, préc., note 4, art. 3(2).

45. Loi sur le recouvrement-Ontario, préc., note 4, art. 3(2). Le langage utilisé dans la loi québécoise est différent : Loi sur le recouvrement-Québec, préc., note 4, art. 17(2).

46. Loi sur le recouvrement-Ontario, préc., note 4, art. 5. Voir aussi : BC Tobacco Damages, préc., note 4, art. 5.

47. L'article 15 est également applicable aux actions individuelles : Loi sur le recouvrement-Québec, préc., note 4, art. 24.

48. Loi sur le recouvrement-Québec, préc., note 4, art. 15 (Nos soulignés).

Cette disposition de la loi québécoise est tout à fait logique dans un contexte où l'on vise à indemniser un préjudice qui affecte une collectivité. Elle est cependant manifestement à l'avantage du gouvernement. En effet, la jurisprudence de la Cour suprême du Canada veut que la preuve statistique et mathématique soit un élément de preuve parmi d'autres et que la preuve statistique, quoique utile à titre indicatif, ne soit pas déterminante dans l'évaluation du lien de causalité⁴⁹. Dans *Laferrière c. Lawson*, la Cour suprême du Canada faisait les affirmations suivantes, maintes fois reprises par la jurisprudence canadienne et québécoise par la suite : « La causalité en droit n'est pas identique à la causalité scientifique » et « (u)ne preuve statistique peut être utile à titre indicatif, mais elle n'est pas déterminante. Plus précisément, lorsqu'une preuve statistique n'établit pas la causalité selon la prépondérance des probabilités, la causalité en droit peut quand même exister lorsque l'ensemble de la preuve étaye une telle conclusion »⁵⁰. En permettant d'établir la causalité sur le seul fondement de la preuve scientifique, sans exclure la possibilité de présenter d'autres types de preuve, la loi facilite la gestion de la preuve pour le gouvernement.

Les législations spéciales ne se contentent pas d'impartir des avantages aux gouvernements par rapport à l'état du droit commun. Elles introduisent également deux compromis au profit de l'industrie.

2. Compromis pour l'industrie

Les compromis favorables à l'industrie portent tous sur l'étendue de la responsabilité à laquelle cette dernière s'expose, qui se trouve limitée par rapport à ce qui serait le cas en vertu du droit commun. D'abord, une fois les présomptions légales de causalité mises en œuvre, la responsabilité de l'industrie est limitée par un mécanisme de « *market-share liability* », ou responsabilité

49. *Laferrière c. Lawson*, [1991] 1 R.C.S. 541.

50. *Id.*

proportionnelle aux parts de marché⁵¹. La responsabilité est restreinte à la portion des coûts qui correspond à la part de marché du défendeur pour le produit du tabac, sauf pour les défendeurs qui réussissent à prouver que leur comportement n'a pas causé ou contribué à l'exposition au produit, ou à la maladie, ou au risque de maladie. L'article 20 crée une exception à cette règle de responsabilité proportionnelle dans les situations très particulières où la faute des défendeurs est « commune », auquel cas, la règle de la responsabilité solidaire s'applique⁵².

Dans les législations spéciales, la responsabilité proportionnelle aux parts de marché nuance les effets de la présomption selon laquelle l'exposition au produit a causé ou contribué à la maladie ou au risque de la maladie dans la population de personnes assurées en ne faisant assumer à chaque défendeur individuel qu'une part de l'indemnisation. Un tel mécanisme⁵³ n'a jamais été admis en droit canadien. En vertu du

-
51. Loi sur le recouvrement-Ontario, préc., note 4, art. 3(3); Loi sur le recouvrement-Québec, préc., note 4, art. 18. L'art. 1(6) de la loi ontarienne prévoit une formule mathématique pour calculer ces parts de marché. L'art. 18 de la loi québécoise détaille les éléments devant entrer en compte dans le calcul des parts de marché.
52. La faute est réputée commune en cas de conspiration ou de concertation, ou lorsque les défendeurs ont agi à titre de représentants les uns des autres relativement au manquement ou comme étant solidairement responsables du préjudice : Loi sur le recouvrement-Québec, préc., note 4, art. 21. Devant la Commission permanente des affaires sociales le 15 juin 2009, le Ministère de la Justice indique que, entre les défendeurs solidaires, la responsabilité est partagée en proportion de leurs parts de marché respectives : CAS 15 juin 2009, préc., note 25, p. 51-52. La loi ontarienne traite de situations similaires comme donnant ouverture à une responsabilité « conjointe et individuelle » (*joint and several*) : Loi sur le recouvrement-Ontario, préc., note 4, art. 4.
53. Sans doute inspiré de la décision américaine *Sindell v. Abbott Lab.*, 607 P.2d 924 (Cal. 1980). On peut également se demander si une telle limitation de responsabilité pourrait avoir un effet pervers, sachant que dans une province comme l'Ontario, il est estimé en 2009 que près de 50 pour cent du marché était occupé par la vente de cigarettes de contrebande : ASSEMBLÉE LÉGISLATIVE DE L'ONTARIO, *Projet de loi 199, Loi de 2009 sur la réduction de la taxe sur le tabac*, préambule, en ligne: <http://www.ontla.on.ca/web/bills/bills_detail.do?locale=fr&BillID=2218&ParlSessionID=39:1&isCurrent=false> (1^{er} novembre 2013).

droit commun, la présomption de causalité donnerait en fait lieu à une responsabilité entière si les autres conditions de la responsabilité étaient prouvées. C'est ce que l'on appelle fréquemment la règle du « tout ou rien ». En d'autres termes, on ne module pas la responsabilité selon la probabilité que le défendeur ait causé le préjudice ou selon l'ampleur du risque introduit par ce dernier, un tel risque pouvant être mesuré notamment par une prise en compte des parts de marché du défendeur au moment pertinent.

Notons que dans le cas de l'exclusion de la responsabilité d'un défendeur — s'il réussit à renverser la présomption de causalité par exemple — les lois spéciales permettent au tribunal de rajuster les parts de chacun ou de diminuer le montant des dommages auxquels les défendeurs sont tenus, avantageant d'autant plus la position des défendeurs⁵⁴. La loi québécoise, qui utilise des termes très similaires à ceux de la loi ontarienne⁵⁵, accorde une grande discrétion au tribunal à cet effet :

19. Le tribunal peut réduire le montant du coût des soins de santé auquel un défendeur est tenu ou rajuster entre les défendeurs leur part de responsabilité relativement au coût des soins de santé si l'un des défendeurs prouve soit que son manquement n'a ni causé ni contribué à causer l'exposition des personnes du Québec qui ont été exposées à la catégorie de produits visée par l'action, soit que son manquement n'a ni causé ni contribué à causer la maladie ou la détérioration générale de l'état de santé, ou le risque d'une maladie ou d'une telle détérioration, pour une partie de ces personnes⁵⁶.

Le tribunal a donc vraisemblablement la liberté d'exclure des dommages-intérêts dus au gouvernement une somme correspondant à la part de marché du défendeur dont la

54. Loi sur le recouvrement-Ontario, préc., note 4, art. 3(4); BC Tobacco Damages, préc., note 4, art. 3(4), Loi sur le recouvrement-Québec, préc., note 4, art. 19. Voir aussi : BC Tobacco Damages, préc., note 4, art. 3(3).

55. Loi sur le recouvrement-Ontario, préc., note 4, art. 3(4).

56. Loi sur le recouvrement-Québec, préc., note 4, art. 19.

responsabilité est exclue. Toutefois, en permettant également au tribunal de plutôt « rajuster entre les défendeurs leur part de responsabilité relativement au coût de soins de santé », le législateur offre au juge la possibilité de faire assumer aux autres défendeurs la part des dommages qui aurait autrement été attribuée au défendeur dont la responsabilité a été exclue. La loi québécoise, comme celle de l'Ontario, n'indique toutefois pas de quelle manière les parts de marché doivent être « rajustées ».

Le deuxième compromis concerne uniquement les réclamations dites individuelles. Les lois spéciales prévoient une solution applicable dans les cas de problèmes de causalité alternative, aussi appelés problèmes de défendeur indéterminé⁵⁷. Un mécanisme particulier d'évaluation de la responsabilité est prévu lorsque le gouvernement est incapable d'établir lequel de deux ou plusieurs défendeurs a causé ou contribué à l'exposition au produit dans des cas où, tous les défendeurs ont contribué au risque de maladie en exposant des personnes aux produits du tabac. La loi ontarienne et la loi québécoise exposent la solution aux difficultés engendrées par une telle situation en utilisant un langage distinct, mais énonçant la même règle. À titre d'exemple, l'article 22 de la loi québécoise énonce :

22. Lorsque, dans une action prise sur une base individuelle, il n'est pas possible de déterminer lequel des défendeurs a causé ou contribué à causer l'exposition, à une catégorie de produits du tabac, de bénéficiaires déterminés de soins de santé qui ont souffert d'une maladie ou d'une détérioration générale de leur état de santé par suite de cette exposition, mais qu'en raison d'un manquement à un devoir qui leur est imposé, l'un ou plusieurs de ces défendeurs a par ailleurs causé ou contribué à causer le risque d'une maladie ou d'une détérioration générale de l'état de santé de personnes en les exposant à la catégorie de produits du tabac visée, le tribunal peut tenir chacun de ces derniers défendeurs

57. Loi sur le recouvrement-Ontario, préc., note 4, art. 7(2); Loi sur le recouvrement-Québec, préc., note 4, art. 22 et 25. Voir aussi : BC Tobacco Damages, préc., note 4, art. 7(2).

responsable du coût des soins de santé engagé, en proportion de sa part de responsabilité relativement à ce risque.

Par exemple, imaginons que deux fabricants ont mis sur le marché un produit du tabac similaire. Un fumeur a fumé un de ces produits qui lui a causé un préjudice, mais on ne peut déterminer de quel produit il s'agit. Il suffit alors de prouver que les deux fabricants ont participé à créer le risque de maladie en exposant généralement des personnes à un produit du tabac. Les deux défendeurs sont alors trouvés responsables, mais seulement en proportion du risque qu'ils ont créé.

Même si l'on peut croire au premier abord que cette règle est à l'avantage des gouvernements, il n'en est rien. En effet, le droit commun de la responsabilité impose, dans des cas semblables, une responsabilité solidaire et non en proportion du risque créé, que ce soit en vertu d'une jurisprudence de common law de la Cour suprême du Canada qui date des années 50, ou en vertu de l'article 1480 du Code civil du Québec. En effet, entre 1951 et 2012, la common law canadienne abordait les problèmes de causalité alternative en tenant les défendeurs négligents responsables solidairement à moins qu'ils ne prouvent l'absence de causalité entre leur négligence et le préjudice subi par le demandeur, renversant ainsi sur leurs épaules respectives le fardeau de preuve quant à la causalité⁵⁸. Cette solution, inspirée par la décision américaine *Summers v. Tice*⁵⁹, fut, par la suite, codifiée lors de la réforme du Code civil du Bas-Canada au nouvel article 1480 du Code civil du Québec⁶⁰. Dans une décision de 2012, la Cour suprême du Canada modifie son raisonnement en fondant plutôt la responsabilité solidaire des défendeurs, dans un tel cas, sur le fait que chacun a contribué au risque de préjudice pour la victime⁶¹.

58. *Cook c. Lewis*, [1951] R.C.S. 830, par. 39, 65-66.

59. *Summers v. Tice*, 199 P.2d 1 (Cal. 1948).

60. C.c.Q, préc. note 26, art. 1480; *Summers v. Tice*, *id.*

61. *Clements c. Clements*, préc., note 43, par. 33-39, 46.

Notons, de plus, qu'il est possible de croire que la Cour suprême du Canada est en général réfractaire au principe de la responsabilité proportionnelle au risque créé. Bien que n'ayant jamais abordé directement cette question, ses réserves peuvent être déduites de son refus d'admettre l'indemnisation de la perte de chance lorsque cette dernière vise à surmonter une difficulté dans la preuve du lien causal⁶². Elle préfère, dans ces cas, à l'indemnisation de la perte d'une chance — qu'elle considère comme une indemnisation partielle — la règle du « tout ou rien », soit l'indemnisation entière du préjudice subi si la causalité est prouvée selon la prépondérance de preuve, ou le rejet total de la réclamation dans le cas contraire. La ligne de démarcation est souvent bien mince entre la faute ayant fait perdre la chance d'obtenir un gain — par exemple la guérison d'un cancer par un traitement diligent et en temps utile⁶³ — et la faute ayant augmenté un risque de préjudice — par exemple par l'ajout d'un facteur supplémentaire de risque de développer un cancer du poumon.

La législation prévoit plusieurs facteurs pouvant guider le tribunal lors de l'évaluation de la responsabilité de chaque défendeur n'ayant pas repoussé son fardeau de preuve dans une situation de « défendeur indéterminé »⁶⁴. Le paragraphe 3 de l'article 7 de la loi ontarienne précise que le tribunal *peut* tenir compte, aux fins du partage de la responsabilité, de : « la période pendant laquelle un défendeur s'est livré aux actes ayant causé ou contribué à causer le risque de maladie; la part de marché détenue par le défendeur à l'égard du type de produit du tabac ayant causé ou contribué à causer le risque de maladie; du degré de toxicité de toute substance toxique contenue dans le type de produit du tabac fabriqué ou promu par un défendeur; le montant consacré par un

62. *Laferrière c. Lawson*, préc., note 49. Bien qu'on puisse avec raison argumenter qu'il existe des distinctions entre la responsabilité pour la perte d'une chance et la responsabilité proportionnelle au risque créé: L. KHOURY, « Causation and Risk in the Highest Courts of Canada, England, and France » (2008), 124 *Law Quarterly Review* 103, p. 114.

63. Comme dans *Laferrière c. Lawson*, préc., note 49.

64. Loi sur le recouvrement-Ontario, préc., note 4, art. 7(3); Loi sur le recouvrement-Québec, préc., note 4, art. 23. Voir aussi : BC Tobacco Damages, préc., note 4, art. 7(3).

défendeur à la promotion du type de produit du tabac ayant causé ou contribué à causer le risque de maladie; la mesure dans laquelle un défendeur a collaboré ou participé avec d'autres fabricants aux actes ayant causé, contribué à causer ou aggraver le risque de maladie; la mesure dans laquelle un défendeur a procédé à des analyses et à des études visant à déterminer le risque de maladie résultant de l'exposition au type de produit du tabac; la mesure dans laquelle un défendeur a joué un rôle prépondérant dans la fabrication du type de produit du tabac; des efforts déployés par un défendeur pour avertir le public du risque de maladie résultant de l'exposition au type de produit du tabac; la mesure dans laquelle un défendeur a continué de fabriquer ou de promouvoir le type de produit du tabac après qu'il eut connu ou aurait dû connaître le risque de maladie résultant de l'exposition à ce type de produit; des mesures concrètes prises par un défendeur en vue de réduire le risque de maladie pour le public; et d'autres considérations jugées pertinentes par le tribunal ». Bien que le langage varie un peu, la loi québécoise réfère aux mêmes facteurs.

Ces facteurs s'attardent principalement au comportement du défendeur, ce qui permet au tribunal de moduler la part de responsabilité de chaque défendeur selon la gravité de son comportement. Il s'agit là d'une technique déjà connue en droit commun, en common law comme en droit civil. En effet, lorsqu'une responsabilité solidaire est imposée, la gravité de la faute de chaque défendeur peut servir à mesurer la part de responsabilité de chacun *dans le contexte des recours qui pourraient exister entre eux*⁶⁵. Par contre, jamais elle n'a d'impact en droit commun sur la position de la victime qui peut, contrairement à la règle introduite dans la loi spéciale, réclamer l'indemnisation de son entier préjudice de chaque défendeur individuellement, sans se préoccuper de la part de responsabilité, ou de culpabilité, de chacun⁶⁶.

65. C.c.Q., préc. note 26, art. 1478 et 1536-37. Cette technique prend le nom de « *joint and several liability* » en *common law* : par ex., art. 4 du *Negligence Act* de la Colombie-Britannique : R.S.B.C. 1996, c. 333, et art. 1 du *Negligence Act* de l'Ontario : R.S.O. 1990, c. N-1.

66. C.c.Q., préc. note 26, art. 1526 et 1528; *Negligence Act* (C.-B.), préc. note 65, art. 4(2)(b), *Negligence Act* (Ont.), préc. note 65, art. 4(2)(b).

Alors que la preuve de la causalité est facilitée pour les gouvernements, l'industrie bénéficie, de son côté, d'une responsabilité plus limitée que celle qui pourrait découler de l'application du droit commun, faisant des législations permettant de réclamer le remboursement du coût des soins de santé un véritable compromis pour les parties en cause. Ces compromis ont-ils été concédés volontairement aux défenseurs potentiels ou ont-ils été incorporés par les législateurs de la Colombie-Britannique, de l'Ontario et du Québec par inadvertance, dans l'empressement de copier la législation de la Floride, du moins en ce qui concerne le mécanisme de « *market-share liability* »⁶⁷? Les lois canadiennes, quoiqu'inspirées par la législation de la Floride, lui sont très différentes dans leur rédaction et leur contenu, ce qui exclut l'hypothèse d'une transposition irréfléchie. De plus, bien que les débats parlementaires en Ontario et au Québec ne permettent pas de déceler précisément l'intention législative⁶⁸, les débats québécois prouvent que, malgré l'attention dont fut l'objet chaque article de la

67. *Medicaid Third Party Liability Act*, Fla. Stat. Ann. § 409-910 (1994 – original version), art. 9(b).

68. D'ailleurs, les débats devant l'Assemblée législative de l'Ontario ne portèrent pas sur les détails de la législation, mais s'attardèrent principalement à rappeler au gouvernement McGuinty l'urgence de s'attaquer au problème des cigarettes de contrebande, par ex. : ASSEMBLÉE LÉGISLATIVE DE L'ONTARIO, 4 mars 2009, p. 5241; 11 mars 2009, p. 5412, 5414; 26 mars 2009, p. 5648, 5653, 5656; 22 avril 2009, p. 6207, 6211-12; 7 mai 2009, p. JP-351; 13 mai 2009, p. JP-355; 13 mai 2009, p. 6829, en ligne : <http://www.ontla.on.ca/web/bills/bills_detail.do?locale=en&BillID=2159&detailPage=bills_detail_debat> (31 octobre 2013). Cette préoccupation fût aussi soulevée devant la Commission permanente des affaires sociales du Québec : CAS 9 juin 2009, préc. note 22, p. 25. De plus, bien que tous les partis se soient prononcés en faveur du projet de loi ontarien, ce dernier fût très critiqué par les membres de l'Assemblée. On invoqua notamment le fait qu'il n'aura aucun impact sur la diminution du tabagisme, que les litiges prendront des années avant d'arriver à leur conclusion et qu'ils serviront surtout à enrichir la profession juridique : par ex. : ASSEMBLÉE LÉGISLATIVE DE L'ONTARIO, 11 mars 2009, p. 5413, 5417; 25 mars 2009, p. 5640; 26 mars 2009, p. 5648-50, 5653-55; 22 avril 2009, p. 6203, 6207; 14 mai 2009, p. 6828, 6830, en ligne : <http://www.ontla.on.ca/web/bills/bills_detail.do?locale=en&BillID=2159&detailPage=bills_detail_debat> (31 octobre 2013).

loi⁶⁹, aucune des limites posées à la responsabilité des défendeurs mentionnées précédemment ne fut remise en question lors des discussions⁷⁰. La prochaine section s'attarde à une considération connexe, soit la question de la transposition au Québec des législations développées aux États-Unis et en Colombie-Britannique.

C. TRANSPOSITIONS LIBRES

L'étude de la législation permettant au gouvernement québécois de poursuivre l'industrie du tabac permet de constater les écueils pouvant survenir lorsque le législateur québécois s'inspire, pour la rédaction de ses propres lois, de législations élaborées dans des ressorts de common law. Il faut toutefois souligner de prime abord que, bien que son contenu soit presque identique à la loi de la Colombie-Britannique⁷¹, la forme de la législation québécoise démontre un réel effort d'adopter un style de rédaction propre au droit civil québécois. Les articles individuels sont plus courts, la loi décortiquant en plusieurs dispositions ce qui, dans la législation de la Colombie-Britannique, est un article formé de plusieurs paragraphes dans le pur style législatif de la common law⁷². Sans chercher à énoncer des principes qui soient tout à fait généraux, la loi québécoise les isole et les réduit à leur plus simple expression possible dans les circonstances. De plus, le vocabulaire est, dans la plupart des cas, adapté aux concepts civilistes québécois. Par exemple, la loi de la Colombie-Britannique mentionne comme faits générateurs de responsabilité, la

69. CAS 15 juin 2009, préc., note 25 2009.

70. CAS 15 juin 2009, préc., note 25, p. 48 et suiv.

71. Le fait que la législation québécoise soit calquée sur celle de la Colombie-Britannique est d'ailleurs noté lors de l'étude du projet de loi devant la Commission permanente des affaires sociales, notamment par le représentant du Ministère de la Justice : CAS 15 juin 2009, préc., note 25, p. 4-5. Le Ministère de la Justice souligne d'ailleurs que cela fut volontaire, afin de bénéficier de la confirmation de la constitutionnalité de la loi britanno-colombienne par la Cour suprême du Canada : p. 5.

72. Par exemple, comparer l'article 2 de la BC Tobacco Damages, préc., note 4, et ses 5 paragraphes, à ses équivalents dans la Loi sur le recouvrement-Québec, préc., note 4, soit les articles 9, 10, 12, 13 et 14.

contravention à un « common law, equitable or statutory duty or obligation » alors que la loi québécoise reprend les termes exacts de l'article 1457 du Code civil du Québec en référant au manquement par le défendeur « au devoir de respecter les règles de conduite qui, suivant les circonstances, les usages ou la loi, s'imposaient à lui... »⁷³.

Toutefois, on constate rapidement certains problèmes dans cette transposition qui donnent l'impression que certaines particularités du droit québécois ont été ignorées. La prochaine section en commente deux. Dans un premier temps, nous nous interrogerons quant à la possibilité que la législation québécoise offre au gouvernement un recours moins généreux quant au fait générateur de responsabilité que celui prévu par le droit commun. Ensuite, nous constaterons que le traitement de la causalité, calqué sur la législation britanno-colombienne, introduit sans raison des concepts de common law qui n'existent pas au Québec. L'inutilité de cette incorporation réside dans le fait que le droit civil québécois de la causalité, s'il n'est pas exempt de toute critique, a au moins eu l'avantage d'éviter les problèmes et la confusion qui affectent la common law canadienne dans son traitement de la causalité.

1. Fait générateur de responsabilité

Comme mentionné précédemment, la législation spéciale des provinces de common law reconnaît un droit de poursuivre en faveur des gouvernements pour « tobacco-related wrong » ou, lorsqu'une version française de la loi existe⁷⁴, pour une « faute » de la part de l'industrie. La législation québécoise est au même effet et réfère dans sa version française à la faute comme fondement du recours du gouvernement, mentionnant notamment l'exemple du défaut d'informer le public des risques et dangers des produits du tabac⁷⁵. La requête introductive d'instance de la poursuite fondée

73. BC Tobacco Damages, préc., note 4, art. 2(3) et 3(1)(a); Loi sur le recouvrement-Québec, préc., note 4, art. 9 et 16.

74. C'est le cas en Ontario, au Manitoba, au Nouveau-Brunswick, et au Nunavut.

75. Loi sur le recouvrement-Québec, préc., note 4, art. 9.

sur cette législation allègue plusieurs fautes de la part des compagnies défenderesses, insistant elle aussi, particulièrement sur les manquements à leur devoir d'information du public, quant aux risques et dangers que comportent les produits du tabac⁷⁶. L'allégation principale quant à la faute est présentée de la façon suivante :

(L)es défenderesses ont, en toute connaissance de cause et de manière concertée, fait de fausses représentations au sujet de la dangerosité et de l'effet addictif des produits du tabac, ont omis d'informer les consommateurs, y compris les enfants et les adolescents, sur les caractéristiques véritables de leurs produits et les ont induits en erreur à cet égard, commettant ainsi des fautes envers les personnes du Québec⁷⁷.

La question qui se pose ici est la suivante : en l'absence de cette législation, quel serait le fondement du recours du gouvernement québécois? Serait-il considéré comme un tiers pouvant bénéficier du régime de responsabilité pour le fait des produits prévu aux articles 1468 et suivants du Code civil du Québec? Si oui, il jouirait alors d'un recours plus généreux *quant au fait générateur de responsabilité* que celui prévu par la législation, sous réserve des problèmes de preuve de la causalité déjà mentionnés⁷⁸.

Dans l'éventualité où le gouvernement pourrait invoquer à son bénéfice le livre des Obligations du Code civil du Québec, et donc le régime de responsabilité du fait des produits, l'obligation pour le gouvernement de prouver la faute des défendeurs sous le régime de la loi spéciale apparaît problématique. En effet, bien que la doctrine ne s'entende pas tout à fait quant à la nature du recours en responsabilité du fait des produits prévu au Code civil du

76. Québec (P.-G.) c. Imperial Tobacco Can. Ltée, Requête introductive d'instance, préc., note 2, par. 2.

77. Québec (P.-G.) c. Imperial Tobacco Can. Ltée, Requête introductive d'instance, préc., note 2, par. 157.

78. Voir l'introduction de la section B ci-dessus.

Québec⁷⁹, il est clair que ce dernier ne nécessite pas la preuve d'une faute de la part du fabricant⁸⁰. La responsabilité du fabricant est plutôt fondée sur la preuve d'un défaut de sécurité⁸¹ qui peut découler du fait que le produit n'offre pas la sécurité à laquelle « on est normalement en droit de s'attendre », ce qui inclut l'absence d'indications suffisantes quant aux risques et dangers que le produit comporte⁸². Ce régime ne permet pas au fabricant de présenter une défense d'absence de faute, quoiqu'il puisse présenter une défense fondée sur le fait que le défaut de sécurité ne pouvait être connu, compte tenu de l'état des connaissances, au moment où il a fabriqué, distribué ou fourni le bien⁸³.

On peut donc légitimement se demander si le législateur a consciemment voulu s'éloigner d'un tel régime par le biais de la législation spéciale qui requiert la preuve de la faute. Trois bémols s'imposent cependant. Le premier réside dans la question de savoir si l'État peut se prévaloir des articles 1468 et suivants du Code civil du Québec. Certes, l'article 1376 du Code prévoit que le livre

-
79. Tel que le soulignent Baudouin et Deslauriers, il peut s'agir d'un régime de responsabilité objective ou, en raison de la défense d'absence de connaissance générale du défaut de sécurité du produit en l'état des connaissances prévue à l'article 1473 C.c.Q., d'une présomption de connaissance du défaut de sécurité: J.L. BAUDOIN ET P. DESLAURIERS, *La responsabilité civile. Volume II. La responsabilité professionnelle*, 7^e éd., Cowansville, Yvon Blais, 2007, par. 2-374 [BAUDOIN ET DESLAURIERS]. Les articles 1468 et suivants du C.c.Q. sont inspirés de la Directive européenne de 1985 qui est interprétée, en Europe, comme imposant un régime de responsabilité objective : *Directive 85/374/CEE du Conseil du 25 juillet 1985 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux*, JO L 210 du 7.8.1985, p. 29-33 : Voir, notamment : M. BORGETTO, « La responsabilité du fait des produits de santé défectueux » *Rev. dr. sanit. et soc.* 2008.1005.
80. *Contra* : C. MASSE, « La responsabilité civile » dans BARREAU DU QUÉBEC ET CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC, *La réforme du Code civil*, t. 2, Sainte-Foy, P.U.L., 1993, p. 235, par. 81 : le régime instituerait une présomption de faute.
81. C.c.Q., préc. note 26, art. 1468.
82. *Id.*, art. 1469.
83. *Id.*, art. 1473. Pourvu qu'il n'ait pas été négligent dans son devoir d'information lorsqu'il a eu connaissance de l'existence de ce défaut.

cinquième, portant sur les obligations, s'applique à l'État tout autant qu'à la personne privée. Il faut noter qu'on réfère fréquemment à cet article dans des contextes où l'État est le débiteur de l'obligation plutôt que le créancier, comme ici. La doctrine portant sur cet article n'envisage d'ailleurs pas cette dernière situation⁸⁴. Cependant, l'article 1376 du Code civil du Québec ne fait pas cette distinction et l'on pourrait donc croire que l'État puisse se prévaloir de ces dispositions. Toutefois, il peut être argué que celles-ci ont été conçues pour gérer la responsabilité du fabricant envers le *consommateur* de ses produits. Des contorsions devraient alors être effectuées pour qualifier l'État comme « représentant » de la collectivité des consommateurs, ce qui serait sans doute difficile. En effet, dans le cadre du recouvrement des coûts des soins de santé, l'État représente, s'il y a lieu, la collectivité des contribuables, et non celle des seuls consommateurs de produits du tabac. Toutefois, les articles 1468, 1469 et 1473 du Code civil du Québec n'exigent pas que le demandeur ait la qualité de consommateur. L'article 1468 C.c.Q. réfère au « tiers »; l'article 1469 utilise le pronom « on »; enfin, l'article 1473 C.c.Q. mentionne quant à lui la « victime ».

Le deuxième bémol est que, normalement, les articles 1468 et suivants du Code civil du Québec offrent un recours pour l'indemnisation d'un préjudice individuel personnel. Comme nous l'avons vu, la nature du recours en vertu de la législation québécoise est sujette à discussion. Bien que la loi indique clairement que ce recours est personnel à l'État⁸⁵, l'action entreprise sur une base collective lui permet, dans les faits, de recouvrer un préjudice collectif subi par les contribuables en réponse à la réalisation d'un risque auquel une population a été exposée. Il s'agit ici d'un recours qui présente une complexité qui n'est pas envisagée par le droit commun, bien que cela ne signifie pas qu'il soit impossible. De plus, la nature possiblement collective de la réclamation peut être dissimulée sous une qualification purement personnelle du

84. Par ex. : BAUDOIN et DESLAURIERS, préc., note 79, par. 1-122 et suiv.

85. Loi sur le recouvrement-Ontario, préc., note 4, art. 2(1)(2); BC Tobacco Damages, préc., note 4, art. 2(1); Loi sur le recouvrement-Québec, préc., note 4, art. 9 par. 2 et *supra* page 5.

préjudice dont l'indemnisation est réclamée, soit la perte de sommes tirées à même son budget et qui auraient pu être dévouées à d'autres priorités⁸⁶.

Enfin, il faut admettre que, dans le présent contexte, la nécessité de prouver la faute en vertu de la législation québécoise n'est pas une embuche sérieuse pour le gouvernement québécois vu la disponibilité d'une preuve documentaire accablante quant au comportement de l'industrie⁸⁷. Bref, le nœud de la guerre ne se situe probablement pas au niveau de la preuve de la faute, mais plutôt au niveau de la causalité dont la démonstration n'est pas facilitée par le régime de responsabilité du fait des produits contenu au Code civil du Québec. De plus, la lecture des discussions ayant eu lieu devant la Commission permanente des affaires sociales préalablement à l'adoption de la loi québécoise laisse entrevoir

86. Au Québec, les dépenses reliées aux soins de santé proviennent de sommes allouées aux différents ministres en vertu des diverses lois sur les crédits votées par l'Assemblée nationale. En 2010-2011, la santé et les services sociaux représentèrent 44,7 % des dépenses du gouvernement (éducation : 23,7 % et autres missions : 31,6 %). Les sources de financement du système de santé proviennent en majeure partie des revenus généraux du gouvernement obtenus grâce aux impôts et taxes (49 % en 2010-2011) : FINANCES. QUÉBEC, *Budget 2010-2011. Vers un système de santé plus performant et mieux financé*, mars 2010, en ligne : <<http://www.budget.finances.gouv.qc.ca/Budget/2010-2011/fr/documents/VersSystemeSante.pdf>> (18 juillet 2013), p. 5. Le coût des services rendus par les médecins sont assumés par la Régie de l'assurance maladie du Québec (RAMQ) qui tire 94 % de son financement du fonds des services de santé et du fonds de l'assurance médicaments : QUÉBEC, *Présentation de la Régie de l'assurance maladie du Québec*, décembre 2011, en ligne : <<http://www.ramq.gouv.qc.ca/SiteCollectionDocuments/citoyens/fr/autres/presentation-regie-fr.pdf>> (1^{er} juillet 2013). Enfin, depuis janvier 1997, la RAMQ gère et défraie en partie le régime général d'assurance médicaments en vertu de la *Loi sur l'assurance médicaments*. Voir notamment: *Québec (P.-G.) c. Imperial Tobacco Can. Ltée*, Requête introductive d'instance, préc., note 2, par. 950-75.

87. Voir notamment les allégations des paragraphes 157 et suivants: *Québec (P.-G.) c. Imperial Tobacco Can. Ltée*, Requête introductive d'instance, préc., note 2. Par exemple: *United States v. Philip Morris USA Inc. et al.*, 449 F. Supp. 2d 1, 940-44 (D.D.C. 2006) (j. Kessler), confirmé en partie par 566 F. 3d 1095 (D.C. Cir. 2009), permission d'appeler refusée, 130 S. Ct. 3501 (2010).

l'intérêt de plusieurs groupes à ce qu'un débat sur la faute ait lieu devant les tribunaux comme moyen d'exposer aux citoyens canadiens la vérité quant au comportement des compagnies de tabac⁸⁸.

La transposition dans la loi québécoise des dispositions régissant la preuve de la causalité dans la loi de la Colombie-Britannique soulève d'autres questionnements.

2. Traitement de la causalité

Le deuxième problème de transposition de la loi de la Colombie-Britannique en droit québécois se situe au niveau de la causalité. Rappelons que la législation québécoise réfère à de nombreuses reprises à une distinction entre les termes « causé et contribué » tant au niveau de la preuve de la causalité générale qu'à l'égard des présomptions légales de causalité instaurées par la législation⁸⁹. Comme mentionné, ces deux concepts typiques de la common law correspondent à des approches bien précises, soit le test du facteur déterminant et le test de la contribution appréciable⁹⁰. Ces deux tests ne sont pas applicables en droit québécois qui leur préfère la théorie de la causalité adéquate⁹¹ qui, selon certains, considère comme la cause du préjudice « l'événement qui, par sa simple existence, rend objectivement possible la réalisation du dommage » ou, pour d'autres, « le fait qui, dans le cours ordinaire des choses, accroît sensiblement la possibilité de réalisation du dommage »⁹².

Bien sûr, cette erreur de transposition n'entraînera pas nécessairement de problèmes en pratique dans la mesure où le résultat est, dans tous les cas, le même : la preuve de la causalité est facilitée, peu importe le test qui s'appliquerait en l'absence de la

88. CAS 9 juin 2009, préc. note 22, pages 18-19 (commentaires de la Société canadienne du cancer et de l'Association pour les droits des non-fumeurs).

89. *Supra*, page 7.

90. Au préjudice ou, depuis 2012, au risque de préjudice.

91. BAUDOIN et DESLAURIERS, préc., note 79, par. 1-611, 2-374.

92. *Id.*, par. 1-611.

législation spéciale. De plus, rien n'empêche le législateur d'adopter le test de la causalité qui lui apparaît le plus approprié même s'il est issu d'un autre ressort juridique que le Québec. Cependant, lorsque l'on connaît l'historique des problèmes que les tests du facteur déterminant et de la contribution appréciable ont engendrés en common law canadienne⁹³ — problèmes que le droit québécois a su éviter — l'on peut douter de l'attention qui fut apportée à s'assurer que la transposition de la législation de la Colombie-Britannique s'accorde avec les principes de droit commun québécois.

Soulignons enfin que la première présomption de causalité dont nous avons discuté précédemment⁹⁴ oblige les tribunaux à présumer que les personnes qui ont été exposées à la catégorie de produits du tabac fabriqués par le défendeur n'y auraient pas été exposées, *n'eût été* son manquement, ce qui équivaut à dire que le test du facteur déterminant est présumé quant au fait que l'exposition est due au manquement des défendeurs. Encore une fois, bien que les tribunaux québécois utilisent fréquemment, dans leurs jugements, un raisonnement similaire à celui qu'impose ce test du facteur déterminant⁹⁵, ce dernier ne constitue pas l'approche prédominante en matière de causalité au Québec. On présume donc une exigence qui, en principe, n'existe pas en droit québécois et qui a entraîné, en common law, des pièges que le droit civil a réussi à éviter.

CONCLUSION

Ce texte a voulu attirer l'attention sur deux aspects des législations permettant le recouvrement du coût des soins de santé auprès de l'industrie du tabac. Dans un premier temps, une comparaison entre l'état du droit commun et les règles énoncées dans la législation démontre que cette dernière constitue un

93. Ces problèmes sont analysés *supra* aux pages 7 et 8.

94. *Supra*, page 9.

95. Il s'agit en fait d'une façon instinctive de raisonner la causalité, qui exige cependant que la cause alléguée ait joué un rôle « nécessaire » dans la production du préjudice, ce qui n'est pas explicitement requis par le test de la causalité adéquate.

véritable compromis entre les intérêts des gouvernements et de l'industrie. En effet, alors que la législation est favorable au recours des gouvernements dans son traitement de la causalité et de l'évaluation des dommages, elle restreint la responsabilité de l'industrie par le biais de mécanismes de responsabilité proportionnelle au risque et aux parts de marché qui ne sont pas applicables en droit commun canadien et québécois. Bien entendu, la possibilité qu'un recours existe en faveur de l'État en vertu du droit commun est discutable et, en ce sens, la législation est en soi favorable à l'État. Cependant, il apparaît important de constater que certaines limites à la responsabilité des cigarettiers sont introduites dans la législation, un constat qui est rarement effectué dans la littérature et les représentations médiatiques.

Dans un second temps, le présent texte a voulu souligner certains problèmes découlant de la transposition en droit québécois de la législation de la Colombie-Britannique, en particulier le maintien de concepts de common law n'existant pas au Québec et qui sont problématiques en common law canadienne, soit le test du facteur déterminant et le test de la contribution appréciable. L'exigence de prouver la faute en vertu de la législation québécoise soulève également des questions puisque la responsabilité extracontractuelle du fabricant est vraisemblablement objective en droit québécois. Nous avons, toutefois, formulé des questionnements quant à l'applicabilité, au bénéfice de l'État, du régime de responsabilité du fait de produits en vertu du droit commun.

Cette brève étude permet de réaliser qu'il existe un rapport de force au sein des législations spéciales analysées et que ce rapport de force influencera les recours devant les tribunaux. De plus, elle cherche à attirer l'attention des tribunaux québécois auxquels ces recours sont soumis sur le fait que l'exigence législative de prouver la faute est peut-être une exception au droit commun à l'avantage de l'industrie et sur le besoin de vigilance quant au traitement de la causalité afin de ne pas reproduire certaines importations inutiles et problématiques provenant de la common law.

RDUS

Revue de DROIT
UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : LA CHARTE DE LA LANGUE FRANÇAISE : UNE ENTRAVE AUX
ACTIVITÉS ESSENTIELLES DES ENTREPRISES PRIVÉES DE
COMPÉTENCE FÉDÉRALE AU QUÉBEC?

Auteur(s) : David ROBITAILLE
Pierre ROGUÉ

Revue : *RDUS*, 2013, volume 43, numéro 3

Pages : 645-708

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/10216>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/10216>

Page vide laissée intentionnellement.

ARTICLE

LA CHARTE DE LA LANGUE FRANÇAISE : UNE ENTRAVE AUX ACTIVITÉS ESSENTIELLES DES ENTREPRISES PRIVÉES DE COMPÉTENCE FÉDÉRALE AU QUÉBEC?

par David ROBITAILLE**
Pierre ROGUÉ***

Dans un récent rapport, le gouvernement fédéral concluait qu'il n'est pas nécessaire de modifier le Code canadien du travail ou la Loi sur les langues officielles afin de faire bénéficier de droits linguistiques les employés qui, au Québec, travaillent dans des entreprises privées de compétence fédérale, notamment les entreprises interprovinciales de transport et de communication et les banques. Comme le gouvernement, plusieurs acteurs tiennent ce vide législatif pour acquis. Pourtant, depuis l'arrêt Banque canadienne de l'Ouest, les entreprises fédérales doivent pleinement respecter les lois provinciales valides, sauf si ces dernières ont pour effet d'en entraver les activités essentielles, dont font partie les relations de travail. Ainsi, après que les arrêts Bell de 1966 et 1988 aient privilégié une approche centralisatrice en établissant que les lois provinciales valides ne pouvaient ne serait-ce qu'affecter les éléments vitaux des entreprises fédérales, la Cour suprême opérait en 2007 un changement de paradigme majeur en acceptant que ces lois puissent avoir des effets préjudiciables ou importants sur ces entreprises, relégitimant du coup l'application régulière, à celles-ci, du droit provincial. Dans ce contexte, nous avancerons que la Charte de la langue française, par son application et son interprétation relativement flexibles, n'a pas pour effet d'entraver les activités essentielles des entreprises fédérales présentes au Québec, lesquelles y sont conséquemment assujetties.

In a recent report, the federal government concluded that it would not be necessary to amend the Canadian Labour Code or the Official Languages Act in order to confer language rights to Quebecers working for private companies falling under federal jurisdiction in fields such as interprovincial transportation, communications and banking. Much like the government, several interested parties have taken for granted this legislative void. However, since the Supreme Court's judgment in Canadian Western Bank, federal enterprises must now fully respect valid provincial legislation, except where provincial laws have the effect of impairing certain essential activities, including labour relations. In its decision, the Supreme Court has departed from its reasoning in the 1966 and 1988 Bell cases, wherein the Court favoured a centralized approach by stating that valid provincial legislation could not adversely affect the essential elements of federal enterprises. In 2007, the Supreme Court thus undertook a major paradigm shift by accepting that provincial laws could indeed have a significant impact on federal enterprises, thus restoring the pertinence of provincial legislation. In this context, it is argued that due to flexibility in its application and interpretation, the Charter of the French Language does not impair the essential activities of federal enterprises operating in Quebec and which thus remain subject to the French Language Charter.

** . Professeur agrégé, Section de droit civil, Faculté de droit, Université d'Ottawa; membre du Barreau du Québec.

***. Candidat au Barreau du Québec; LL.L. (Ottawa).

Introduction	647
1. La compétence de légiférer sur la langue et les relations de travail	655
2. La Charte de la langue française : une loi provinciale valide d'« application générale »	656
3. Les relations de travail dans les entreprises fédérales ne sont pas une enclave	666
3.1 La jurisprudence du Conseil privé : légitimation du droit provincial valide	666
3.2 Les arrêts <i>Bell</i> de 1966 et 1988 de la Cour suprême : centralisation des relations de travail fédérales et délégitimation du droit provincial valide	670
3.3 La relégitimation des lois provinciales d'application générale dans l'arrêt <i>Banque canadienne de l'Ouest</i>	675
3.4 L'arrêt <i>NIL/TU,O</i> : retour du fantôme de <i>Bell</i> ?	680
4. La Charte de la langue française n'entrave pas la gestion et les relations de travail des entreprises fédérales	692
4.1 La flexibilité prévue par la <i>Charte</i> et ses règlements	693
4.2 L'application jurisprudentielle flexible de la <i>Charte</i> en matière d'embauche	696
4.3 L'application jurisprudentielle (moins) flexible de la <i>Charte</i> en matière de congédiement, mise à pied, rétrogradation et mutation	701
Conclusion	704

Introduction

Le 8 mars 2013, M. Christian Paradis, alors ministre de l'Industrie et ministre responsable pour le Québec au sein du gouvernement fédéral, affirmait que « les pratiques internes des entreprises de compétence fédérale sont déjà très semblables à celles observées dans les entreprises de compétence provinciale »¹ et concluait que « rien n'indique qu'une loi soit nécessaire afin de régler la langue de travail au Québec »². Cela faisait suite au dépôt d'un rapport³ rédigé par un comité de sous-ministres sur la langue de travail dans les entreprises privées de compétence fédérale au Québec non assujetties à la *Loi sur les langues officielles*⁴. Parmi celles-ci, se trouvent notamment des banques à chartes⁵ et des entreprises de télécommunication ou de transport routier, ferroviaire, aérien ou maritime dont les activités dépassent les frontières provinciales⁶.

1. GOUVERNEMENT DU CANADA, INDUSTRIE CANADA, Communiqué de presse, *Langue de travail dans les entreprises privées de compétence fédérale au Québec : une loi n'est pas nécessaire selon le ministre Paradis* [Ressource électronique], en ligne : < <http://news.gc.ca/web/article-fra.do?nid=724599> > (site consulté le 22 juillet 2013).
2. *Id.*
3. GOUVERNEMENT DU CANADA, INDUSTRIE CANADA, *La langue de travail dans les entreprises privées de compétence fédérale au Québec non assujetties à la Loi sur les langues officielles* [Ressource électronique], en ligne : <http://www.ic.gc.ca/eic/site/icgc.nsf/fra/h_07359.html> (site consulté le 22 juillet 2013) [ci-après « Gouvernement du Canada, *La langue de travail dans les entreprises privées de compétence fédérale au Québec* »].
4. *Loi sur les langues officielles*, L.R.C. 1985, c. 31 (4^e suppl.) [ci-après « LLO »].
5. *Loi constitutionnelle de 1867*, L.R.C. 1985, app. II., n°5, art. 91(15) [ci-après « L.C. 1867 »].
6. *Id.*, art. 92(10)a). Voir notamment : *Tessier Ltée. c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [2012] 2 R.C.S. 3 [ci-après « Tessier »]; *Consolidated Fastfrate Inc. c. Western Canada Council of Teamsters*, [2009] 3 R.C.S. 407 [ci-après « Consolidated Fastfrate »]; *Travailleurs unis des transports c. Central Western Railway Corp.*, [1990] 3 R.C.S. 1112; *Alberta Government Telephones c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)*, [1989] 2 R.C.S. 225; *Northern Telecom c. Travailleurs en communication*, [1980] 1 R.C.S. 115 [ci-après « Northern Telecom »]; *Procureur général (Québec) c. Kellogg's Co. et autre*, [1978] 2 R.C.S. 211; *Régie des services publics c. Dionne*, [1978] 2 R.C.S. 191;

Dans son rapport, le comité gouvernemental concluait que « le français demeure la langue de travail principale de la majorité des travailleurs du Québec, incluant les travailleurs des entreprises de compétence fédérale »⁷. On y soulignait aussi que près de 38 % des entreprises fédérales au Québec ont obtenu, de leur propre chef, un certificat de francisation de l'Office québécois de la langue française⁸.

Ce rapport comporte cependant ses limites. Il ne vise en effet que les entreprises fédérales de cent employés et plus, alors que la *Charte de la langue française*⁹ assujettit les entreprises comptant plus de 49 employés à l'obligation d'obtenir un certificat de francisation¹⁰, conditionnellement à la situation linguistique prédominante au sein de celles-ci. Aussi, bien que nous ne soyons pas statisticiens, les catégories utilisées par Statistiques Canada sur lesquelles s'appuie le comité qui a rédigé le rapport nous semblent trop générales, favorisant une conclusion manquant de

Capital Cities Comm. Inc. c. C.R.T.C., [1978] 2 R.C.S. 141; *Johanesson et al. c. Rural Municipality West St. Paul et al.*, [1952] S.C.R. 292; *In re Regulation and Control of Radio Communication in Canada*, [1932] A.C. 304 (C.P.). Pour de plus amples développements sur la compétence de légiférer sur les entreprises locales et interprovinciales dont l'étude détaillée dépasse l'objet de cet article, voir : David ROBITAILLE, « Le local et l'interprovincial », dans *JurisClasseur Québec*, coll. « Droit constitutionnel », fasc. 22, Montréal, Lexis Nexis Canada, 2012 (mise à jour annuelle).

7. Gouvernement du Canada, *La langue de travail dans les entreprises privées de compétence fédérale au Québec*, préc., note 3, p. 9, 17.

8. *Id.*, p. 4. Ainsi, 67 % des banques, 64 % des entreprises de télécommunication et radiodiffusion, 50 % des entreprises postales et de transport par pipeline et 20 % des entreprises de transport routier, notamment, détiendraient un tel certificat.

9. *Charte de la langue française*, L.R.Q., c. C-11 [ci-après « *Charte* »].

10. *Id.*, art. 139, 140.

solidité¹¹ et incitant au *statu quo* législatif¹². S'il est par ailleurs indéniable que la *Charte* a contribué de manière significative à la revalorisation de la langue française comme langue commune des Québécois¹³, notamment dans les milieux de travail, et que la certification des entreprises a engendré des résultats positifs¹⁴, il n'en demeure pas moins que la situation de la langue de Molière demeure fragile¹⁵, en particulier à Montréal et Gatineau¹⁶. L'Office

-
11. Le rapport se conclut comme suit, « [e]n résumé, à la lumière des données statistiques analysées et des commentaires reçus des intervenants des organisations patronales et syndicales consultées, il est permis de conclure que les employés des entreprises privées de compétence fédérale (non assujetties à la LLO) semblent généralement disposer d'un milieu de travail dans lequel ils peuvent travailler en français. [...] Il en demeure néanmoins que les pratiques linguistiques des entreprises privées de compétence fédérale et provinciale sont très semblables, que le français semble être la langue de travail et de communication interne dans les entreprises privées de compétence fédérale au Québec, et que les employés de ces entreprises peuvent, *en général*, travailler en français et disposer d'outils de travail en français », GOUVERNEMENT DU CANADA, *La langue de travail dans les entreprises privées de compétence fédérale au Québec*, préc., note 3, p. 18 [nos italiques].
 12. La proportion de répondants dont la langue de travail est « principalement [le] français », sur laquelle se base la conclusion du rapport selon lequel « le français demeure la langue de travail principale de la majorité des travailleurs du Québec », correspond à la somme des catégories « français seulement » et « plus français qu'anglais », Gouvernement du Canada, *La langue de travail dans les entreprises privées de compétence fédérale au Québec*, préc., note 3, p. 7 (la note n°1 du Tableau 3).
 13. Marc V. LEVINE, « La question « démolinguistique », un quart de siècle après la *Charte de la langue française* », (2002) *Revue d'aménagement linguistique* (hors série) 165, 178. Selon l'Office de la langue française, la proportion des personnes travaillant plus de 50 % du temps en français a augmentée au Québec, incluant à Montréal, entre 1971 et 2010 : Yulia PRESNUKHINA, GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, OFFICE QUÉBÉCOIS DE LA LANGUE FRANÇAISE, *Les pratiques linguistiques au travail au Québec en 2010*, Nov. 2012, p. 77.
 14. Virginie MOFFET et Pierre BOUCHARD, « La multilinguisme au travail dans le contexte québécois de la francisation des entreprises », (2007) *Revista de Socio lingüística*, p. 9, en ligne : <<http://www6.gencat.net/llengcat/noves/hm07tardor-hivern/docs/bouchard.pdf>> (site consulté le 22 juillet 2013).
 15. M. LEVINE, préc., note 13, 178.
 16. Une étude de l'Office concluait, à propos de l'utilisation du français à Gatineau : « En somme, les travailleuses et les travailleurs de la région de

indiquait en effet récemment que le français était utilisé plus de 50 % du temps par 83 % des travailleurs québécois contre seulement 66 % sur l'Île de Montréal¹⁷. Dans les entreprises privées, 27,9 % des répondants indiquaient utiliser le français moins de 50 % du temps et 36,7 % l'utilisaient entre 50 % et 89 %¹⁸, contre respectivement 13,3 % et 27 % dans l'ensemble du Québec¹⁹. Enfin, en ce qui concerne la certification des entreprises, Pierre Bouchard écrivait que « "certification" et "utilisation du français" ne sont pas équivalents [puisque] [...] la certification d'une entreprise ne signifie pas nécessairement que [son] personnel [...] utilise effectivement le

Gatineau semblent divisés entre deux réalités. La première, celle des emplois où l'organisation est assujettie à la *Charte de la langue française* et où le français est la langue principale d'une majorité de travailleurs. La seconde, celle des emplois où le lieu de travail n'est pas assujetti à la *Charte* et où l'utilisation du français au travail est beaucoup moins répandue », Benjamin PERRON, GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, OFFICE QUÉBÉCOIS DE LA LANGUE FRANÇAISE, *Les pratiques linguistiques au travail dans la région de Gatineau en 2010*, Nov. 2012, p. 40-41. Cette conclusion tient compte du fait qu'une proportion très importante (54 %) des travailleurs y occupe un emploi, à Gatineau ou en Ontario, dans la fonction publique fédérale. Comme le soulignait le professeur Pierre FOUCHER, « Qui peut le plus, peut le moins : fédéralisme et droits linguistiques au Canada », dans André BRAËN, Pierre FOUCHER et Yves LE BOUTHILLIER, *Langues, constitutionnalisme et minorités*, Markham, Butterworths, 2006, p. 325, 343, l'application des lois provinciales, dont fait partie la *Charte*, aux « institutions » fédérales est une « vaste question » qui dépasse largement l'objet de cet article.

17. Y. PRESNUKHINA, préc., note 13, p. 76. Selon cette méthodologie, l'usage du français a été caractérisé de « régulier » s'il était utilisé de 50 % à 89 % du temps et de « général » ou « exclusif » si son utilisation se situait, respectivement, entre 90 à 99 % ou 100 % du temps, PRESNUKHINA, *id.*, p. 13. En utilisant plutôt l'indice, plus vague et donc moins probant de la « langue principale de travail », l'Office rapportait que 85,5 % des Québécois en dehors de Montréal utilisent principalement le français au travail, cette proportion baissant à 57,7 % sur l'Île. La langue principale de travail correspond au pourcentage de répondants ayant indiqué au sondeur qu'ils utilisent « normalement ou habituellement » le français au travail. Puisque cet indice s'avère relativement vague, l'Office estime ainsi que l'indice du pourcentage du temps d'utilisation du français semble permettre une analyse plus détaillée de la situation linguistique, *id.*, p. 15 et 18.

18. *Id.*, p. 32.

19. *Id.*

français au travail »²⁰. La certification n'est conséquemment « pas une condition suffisante pour que l'entreprise soit francisée de façon réelle et durable »²¹.

Malgré ces données, le rapport fédéral conclut qu'il n'est pas nécessaire de modifier la *LLO* ou le *Code canadien du travail*²² afin de garantir des droits linguistiques aux quelques 135 000 employés de 1 760 entreprises privées de compétence fédérale au Québec²³. Selon le comité, ces dernières ne seraient actuellement visées par

20. Pierre BOUCHARD, « La langue du travail : une situation qui progresse, mais toujours teintée d'une certaine précarité », (2002) *Revue d'aménagement linguistique* (hors série) 85, 96. Voir également V. MOFFET et P. BOUCHARD, préc., note 14, p. 4.

21. P. BOUCHARD, préc., note 20, p. 93. Voir également les p. 96-97. Après avoir contacté la personne responsable de l'Office afin d'obtenir des renseignements additionnels sur les démarches de certification volontaires des entreprises fédérales, nous avons dû soumettre une demande d'accès à l'information officielle afin de consulter les programmes de francisation des 55 entreprises fédérales évoqués dans le rapport du gouvernement fédéral. La consultation de ces ententes est importante puisque celles-ci constituent l'un des arguments principaux du rapport qui prône l'immobilisme législatif (Gouvernement du Canada, *La langue de travail dans les entreprises privées de compétence fédérale au Québec*, préc., note 3, p. 4). Notre démarche a été vaine, l'Office prétextant que ces ententes renferment des renseignements industriels et commerciaux confidentiels. L'article 22 de la *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels*, L.R.Q., c. A-2.1 énonce : « [u]n organisme public peut refuser de communiquer un secret industriel qui lui appartient. Il peut également refuser de communiquer un autre renseignement industriel ou un renseignement financier, commercial, scientifique ou technique lui appartenant et dont la divulgation risquerait vraisemblablement d'entraver une négociation en vue de la conclusion d'un contrat, de causer une perte à l'organisme ou de procurer un avantage appréciable à une autre personne ». Les ententes auraient pu simplement être caviardées là où des informations relevant du secret industriel auraient pu être dévoilées.

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

23. Sur un total de 171 000 employés des 1 780 entreprises fédérales au Québec : GOUVERNEMENT DU CANADA, *La langue de travail dans les entreprises privées de compétence fédérale au Québec*, préc., note 3, p. 3.

aucune exigence linguistique d'origine législative²⁴. Le Bloc québécois et le Nouveau parti démocratique ont, en vain, déjà tenté de remédier à ce « vide juridique »²⁵ en proposant de modifier ces lois afin d'assujettir les entreprises fédérales qui exercent leurs activités au Québec à des obligations linguistiques²⁶.

Pour ce faire, il ne nous semble toutefois pas nécessaire que le droit fédéral doive nécessairement être modifié. Notre propos vise en effet à démontrer que la *Charte de la langue française*, en tant que loi provinciale valide d'application générale, s'applique aux entreprises fédérales au Québec. En 2007, dans l'arrêt de principe *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*²⁷, la Cour suprême rendait un jugement favorisant clairement l'application régulière des lois provinciales valides aux entreprises de compétence fédérale, hormis les cas où celles-ci ont pour effet préjudiciable d'en *entraver* les activités essentielles²⁸. Disons-le d'emblée : nous avons beaucoup

-
24. *Id.* Voir également Mark POWER, *Étude d'impact juridique – Projet de loi c-455 – Loi modifiant le Code canadien du travail (Langue française)*, réalisée pour le Programme d'appui aux droits linguistiques, 30 août 2011, p. 8.
25. FÉDÉRATION DES TRAVAILLEURS ET TRAVAILLEUSES DU QUÉBEC, *Mémoire de la Fédération des travailleurs et travailleuses du Québec soumis au Programme du travail, Ressources humains et Développement des compétences Canada (RHDCC) à propos du document de discussion sur l'examen des norme du travail et du Code canadien du travail*, 2009 [Ressource électronique], en ligne : <<http://ftq.qc.ca/librairies/sfv/telecharger.php?fichier=5663>> (site consulté le 22 juillet 2013), p. 18.
26. Voir : *Loi modifiant le Code canadien du travail (langue française)*, projet de loi n° C-455 (2009), 2^e sess., 40^e légis. (Can.); *Loi modifiant la Loi sur les langues officielles (Charte de la langue française) et d'autres lois en conséquence*, projet de loi n° C-307 (2009), 2^e sess., 40^e légis. (Can.); *Loi modifiant la Loi sur les langues officielles (Charte de la langue française) et d'autres conséquences*, projet de loi n° C-482 (2007), 2^e sess., 39^e légis. (Can).
26. Henri BRUN, Guy TREMBLAY et Eugénie BROUILLET, *Droit constitutionnel*, Éditions Yvon Blais, Cowansville, 2008, p. 463.
27. *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, [2007] 2 R.C.S. 3 [ci-après « *Banque canadienne de l'Ouest* »].
28. Les professeurs H. BRUN, G. TREMBLAY et E. BROUILLET, préc., note 26, p. 879, partagent ce raisonnement : « Les entreprises fédérales de transport et de communication sont-elles assujetties au droit provincial en matière de langue? [...] [L]a réponse de principe dépend de la question de savoir si le droit provincial entrave une partie vitale de telles entreprises. [...] Qu'ils

de difficulté à concevoir que le respect de la langue française et des normes prévues par la *Charte* constituerait, au-delà d'un inconvénient administratif et financier, une entrave aux activités de ces entreprises²⁹. Au contraire, comme nous le soutiendrons, et tel que le soulignait récemment le Conference Board du Canada, le bilinguisme est économiquement profitable³⁰. Plutôt que de constituer une entrave à leurs activités, le respect de la langue

valent en milieu de travail ou dans d'autres domaines, les droits linguistiques provinciaux devraient s'appliquer aux entreprises fédérales, sous réserve de la prépondérance fédérale, selon la philosophie de *Banque canadienne de l'Ouest* [...] ».

29. Nous devons ici souligner l'une des limites de ce texte. Compte tenu de l'objet de ce texte qui est de démontrer que l'application de la *Charte* n'entrave pas les activités des entreprises fédérales, nous ne tenterons pas de déterminer le « contenu minimum et irréductible » de chacune des compétences législatives qui pourraient être affectées par la *Charte*, notamment la navigation, l'aviation ou les opérations bancaires. La Cour suprême, dans l'arrêt *Banque canadienne de l'Ouest*, préc., note 27, par. 43, décourage d'ailleurs cette approche. Au surplus, nous ne voyons pas, de manière générale, comment l'on pourrait considérer que la *Charte*, qui ne porte directement ni sur la navigation ou les opérations bancaires, par exemple, entraverait ces activités qu'elle ne vise aucunement à réglementer. Soulignons enfin que le *Règlement sur la langue du commerce et des affaires*, R.R.Q., 1981, c. C-11, r. 9, art. 7(4), 13(4) et 25(4), prévoit que les produits, catalogues, brochures, dépliants et annuaires commerciaux peuvent comporter des marques de commerce rédigées uniquement dans une autre langue que le français, respectant ainsi la compétence du Parlement sur les marques de commerce (Voir *L.C. 1867*, préc., note 5, art. 91(2); *Loi sur les marques de commerce*, L.R.C. 1985, c. T-13; et *Kirkbi AG c. Gestions Ritvik Inc.*, [2005] 3 R.C.S. 302. L'article 3(2) du règlement prévoit également que les produits destinés au commerce interprovincial ou international peuvent comporter des inscriptions rédigées uniquement dans une autre langue que le français, respectant la compétence fédérale sur le transport interprovincial et international en vertu de l'article 92(10)a) *L.C. 1867*.

30. « La connaissance généralisée du français au Nouveau-Brunswick et au Québec stimule le commerce entre ces provinces et les pays francophones ». CONFERENCE BOARD DU CANADA, *Le Canada, le bilinguisme et le commerce*, 2013 [Ressource électronique], en ligne : <http://www.cedec.ca/wp-content/uploads/2013/09/Le-Canada-le-bilinguisme-et-le-commerce_Francais.pdf> (site consulté le 22 juillet 2013), p. iii et 38.

française par les entreprises privées de compétence fédérale aurait plutôt des effets bénéfiques pour celles-ci.

Dans les parties 1 et 2, nous résumerons le partage des compétences sur la langue et les relations de travail et soutiendrons que la *Charte*, par son caractère véritable, ce que la jurisprudence n'a pas encore eu l'occasion d'analyser en profondeur, est une loi provinciale valide, peu importe la nature fédérale ou provinciale des entreprises auxquelles elle s'applique. La partie 3 sera l'occasion d'analyser la jurisprudence du Conseil privé et de la Cour suprême sur la doctrine de l'immunité interjuridictionnelle, également connue sous le nom de doctrine de l'exclusivité des compétences. Nous démontrerons plus particulièrement, ce qui à notre connaissance n'a jamais été développé ailleurs, que le postulat selon lequel les relations de travail dans les entreprises fédérales ressortent, en bloc, de la compétence exclusive du Parlement et écartent nécessairement l'application à celles-ci des lois provinciales valides s'appuie sur une lecture superficielle de la jurisprudence pertinente. Une analyse plus nuancée de la jurisprudence constitutionnelle permet au contraire d'affirmer que les relations de travail dans les entreprises fédérales ne constituent pas une enclave échappant complètement à toutes les lois provinciales qui auraient le moindre effet négatif sur celles-ci. Ce qui pourrait paraître comme un long détour dans la jurisprudence du Conseil privé et de la Cour suprême sur la doctrine de l'exclusivité des compétences s'avérera ainsi nécessaire puisque le principal argument – dont nous devons reconnaître la valeur – des universitaires, juristes et politiciens qui réfuteront nos conclusions prendra appui sur cette doctrine constitutionnelle. Enfin, dans la partie 4, nous tenterons de démontrer que les exigences linguistiques de la *Charte* en ce qui concerne la « langue de travail »³¹, la « langue du commerce et des affaires »³² ainsi que la « francisation des entreprises »³³ ne sont pas absolues et sont appliquées et interprétées avec une telle flexibilité qu'elles ne sauraient entraver les activités des entreprises fédérales.

31. *Charte*, préc., note 9, art. 41-50.

32. *Id.*, art. 51-71.

33. *Id.*, art. 135-154.

1. La compétence de légiférer sur la langue et les relations de travail

La *L.C. 1867* n'attribue pas expressément aux provinces, ni au Parlement, le pouvoir de légiférer sur la langue. Comme la Cour suprême l'établissait, la langue constitue une matière « accessoire » et de double aspect sur laquelle chaque palier, à partir de ses compétences propres, peut agir³⁴. En ce qui concerne les relations de travail, la situation est légèrement différente. Les provinces disposent en effet, selon une jurisprudence constante, de la compétence de principe sur le sujet. Pour sa part, le Parlement dispose exceptionnellement du pouvoir, lequel doit s'interpréter restrictivement³⁵, de régir les relations de travail dans certains secteurs d'activités qui lui sont expressément attribués par la *L.C. 1867*³⁶, notamment les relations de travail dans les entreprises fédérales³⁷.

Puisque tant les législatures provinciales que le Parlement sont compétents sur la langue et les relations de travail, il y a donc place, comme le soulignent à juste titre les professeurs Brun, Tremblay et Brouillet³⁸, à l'application concurrente de lois fédérales

34. *Devine c. Québec*, [1988] 2 R.C.S. 790, 807-808, [ci-après « *Devine* »]; *Jones c. Procureur général (Nouveau-Brunswick)*, [1975] 2 R.C.S. 182, 197-198 [ci-après « *Jones* »].

35. *NIL/TU,O Child and Family Services Society c. B.C. Government and Service Employees' Union*, [2010] 2 R.C.S. 696, par. 11 [ci-après « *NIL/TU,O* »]; *Consolidated Fastfrate*, préc., note 6, par. 27.

36. *NIL/TU,O*, préc., note 35, par. 11; *Consolidated Fastfrate*, préc., note 6, par. 27-28; *Bell Canada c. Québec (CSST)*, [1988] 1 R.C.S. 749, 761-762 [ci-après « *Bell 1988* »]; *Construction Montcalm Inc. c. Commission du salaire minimum*, [1979] 1 R.C.S. 754, 768-769 [ci-après « *Construction Montcalm* »]; *Commission du salaire minimum c. Bell Telephone Co. of Canada*, [1966] R.C.S. 767, 772, 774 et 777 [ci-après « *Bell 1966* »]; *In re Validity and Applicability of the Industrial Relations and Disputes Investigation Act*, [1955] S.C.R. 529 [ci-après « *Affaire des débardeurs* »]; *In the Matter of Legislative Jurisdiction Over Hours of Labour*, [1925] S.C.R. 505; *Toronto Electric Commissioners v. Snider*, [1925] A.C. 396 (C.P.) [ci-après « *Snider* »].

37. *Affaire des débardeurs*, préc., note 36.

38. H. BRUN, G. TREMBLAY et E. BROUILLET, préc., note 26, p. 879 : « Qu'ils valent en milieu de travail ou dans d'autres domaines, les droits linguistiques

et provinciales, sauf si celles-ci entrent en conflit³⁹. Cela serait d'autant plus vrai dans le domaine des relations de travail puisqu'une interprétation restrictive de la compétence du Parlement⁴⁰ devrait selon nous favoriser l'application régulière des lois provinciales générales valides, par exemple la *Charte*, aux entreprises de compétence fédérale.

2. La Charte de la langue française : une loi provinciale valide d'« application générale »

Dans l'arrêt *Kruger et al. c. La Reine*⁴¹, le juge Dickson affirmait qu'une loi provinciale serait considérée comme étant d'« application générale » lorsqu'elle s'applique de manière raisonnablement uniforme sur le territoire provincial et ne vise directement ni distinctement une chose, une entreprise, un objet ou un sujet de compétence fédérale⁴². Le juge ajoutait qu'une loi

provinciaux devraient s'appliquer aux entreprises fédérales, sous réserve de la prépondérance fédérale, selon la philosophie de *Banque canadienne de l'Ouest* [...].

39. C'est d'ailleurs ce qu'affirmait la Cour suprême dans l'arrêt *Jones*, préc., note 34, 197-198, à propos de la compétence sur la langue des procédures devant les tribunaux provinciaux du Nouveau-Brunswick : « À mon avis, en l'absence d'une législation fédérale qui traite valablement de la langue des procédures ou autres matières portées devant les tribunaux provinciaux et relevant de l'autorité législative exclusive du Parlement fédéral, il est permis à la législature du Nouveau-Brunswick de légiférer à l'égard des langues dans lesquelles on peut conduire les procédures devant les tribunaux établis par cette législature. [...] [L]a situation en l'espèce appelle [...] l'application d'une doctrine des compétences législatives concurrentes sous réserve de prépondérance des lois fédérales ». Sur le conflit de lois, voir notamment : *Banque canadienne de l'Ouest*, préc., note 27, par. 69-75; *Law Society of British Columbia c. Mangat*, [2001] 3 R.C.S. 113.

40. *Supra*, note 35.

41. *Kruger et al. c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 104.

42. *Id.*, 110. Bien qu'il s'agissait dans cet arrêt de déterminer si une loi provinciale était d'« application générale » au sens de l'article 88 de la *Loi sur les indiens*, L.R.C. 1985, c. I-5 [auparavant S.R.C. 1970, c. I-6] le raisonnement de la Cour s'applique aussi à la détermination des caractéristiques que doit comporter toute loi provinciale qui se veut « d'application générale » en dehors du contexte de cette disposition. À la p. 110 de l'arrêt, la Cour fait en effet une analogie entre la question précise

provinciale ayant « pour effet de porter atteinte au statut ou aux droits d'un groupe particulier » relevant de la compétence fédérale ne saurait être générale⁴³, donnant en exemple l'« analogie avec une loi qui serait en conflit avec le statut et les pouvoirs d'une compagnie fédérale »⁴⁴. Ce faisant, le juge Dickson confondait selon nous, avec beaucoup de respect, l'intention du législateur ou l'objet de la loi dans la détermination de son caractère véritable, d'une part, et ses effets dans le cadre de l'application de la doctrine de l'exclusivité des compétences, d'autre part. Le juge Beetz corrigea d'ailleurs le tir quelques années plus tard en précisant que l'effet d'une loi provinciale valide sur la spécificité du sujet ou de l'entreprise fédérale n'est pas pertinent pour déterminer si cette loi est d'application générale, mais sert plutôt à décider si cette loi s'applique ou non à ce dernier compte tenu de l'importance de cet effet⁴⁵.

qu'elle doit trancher et le caractère de règle d'application générale d'une loi provinciale à laquelle serait assujettie une entreprise fédérale. Voir également *Dick c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 309, 322.

43. *Kruger et al. c. La Reine*, préc., note 41.

44. *Id.*

45. *Dick c. La Reine*, préc., note 42, 321 et 322 : « Les critères qu'a appliqués le juge Lambert en examinant la preuve dans ses motifs déjà cités conviennent parfaitement lorsqu'il s'agit de déterminer si l'application de la *Wildlife Act* à l'appelant aurait pour effet de le toucher en tant qu'Indien, auquel cas il serait nécessaire de donner à la Loi une interprétation atténuée; mais, mis à part l'intention du législateur et la doctrine de la législation déguisée, ces critères n'ont rien à voir avec la question de savoir si la *Wildlife Act* est une loi d'application générale. Au contraire, c'est précisément en raison de son application générale que la *Wildlife Act* devrait, si ce n'était de l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*, recevoir une interprétation atténuée. [...] À cet égard, la *Wildlife Act* n'est pas différente d'un bon nombre de lois provinciales en matière de droit du travail qui sont rédigées en des termes généraux et qui, si elles étaient interprétées littéralement, viseraient les entreprises et les ouvrages fédéraux. Mais, ainsi appliquées, elles auraient pour effet de réglementer ces entreprises et ouvrages sous des aspects essentiellement fédéraux. Par conséquent, on leur donne une interprétation atténuée de manière à y faire échapper les entreprises et les ouvrages fédéraux [...] ». Le professeur Hogg, traitant des arrêts *John Deere Plow Company Limited c. Wharton*, [1915] A.C. 330 (C.P.) [ci-après « *John Deere Plow* »] et *Great West Saddlery Co. c. The King*, [1921] 2 A.C. 91 [ci-après « *Great West Saddlery* »], portant sur la validité et l'applicabilité de lois provinciales à des entreprises fédérales, partage

Dans ce contexte, nul doute que la *Charte* est une loi d'application générale valide. Elle ne vise pas spécifiquement les entreprises fédérales et traite indistinctement toutes les entreprises qui font des affaires au Québec. Aussi, tel que le démontrent les preuves intrinsèques et extrinsèques, nécessaires à la détermination de l'objet d'une loi aux fins du partage des compétences⁴⁶, la *Charte* n'a pas pour caractère véritable de s'immiscer dans la gérance même des entreprises et leurs relations de travail. Elle vise essentiellement à faire du français la langue prédominante au Québec dans toutes les sphères de la vie collective⁴⁷, c'est-à-dire qui se déroulent à l'intérieur des limites territoriales de la province, et à assurer la pérennité de la culture francophone au Québec⁴⁸. Elle fait ainsi du français la langue

également cette interprétation : « If these extra-provincial companies statutes had been *directed solely* at federal companies, then do doubt they could have been classified as laws in relation to federal companies and struck down on that basis. But the laws *applied indifferently to all companies*, incorporated outside the province. These include federal companies, to be sure, but they also included companies incorporated in other provinces and in other countries », Peter W. HOGG, *Constitutional Law of Canada*, vol. 1, 5e éd., Carswell, Toronto, 2007, 23-10 et 23-11 [nos italiques].

46. *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, [2011] 3 R.C.S. 837, par. 64; *Banque canadienne de l'Ouest*, préc., note 27, par. 27.
47. QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats, Commissions parlementaires, Commission permanente de l'éducation, des affaires culturelles et des communications*, 2^e sess., 31^e légis., 23 août 1977, « Étude détaillée du projet de loi no 101 - *Charte de la langue française* », p. CLF-2669, CLF-2692 et CLF-2693 (M. Camille Laurin) [ci-après « *Journal des débats du 23 août 1977* »].
48. Cet objectif culturel se trouve confirmé par le préambule de la *Charte* qui se lit ainsi : « Langue distinctive d'un peuple majoritairement francophone, la langue française permet au peuple québécois d'exprimer son *identité*. L'Assemblée nationale reconnaît la volonté des Québécois d'assurer la *qualité et le rayonnement de la langue française*. Elle est donc résolue à *faire du français la langue de l'État et de la Loi aussi bien que la langue normale et habituelle du travail, de l'enseignement, des communications, du commerce et des affaires*. L'Assemblée nationale entend poursuivre cet objectif dans un esprit de justice et d'ouverture, dans le respect des institutions de la communauté québécoise d'expression anglaise et celui des minorités ethniques, dont elle reconnaît l'apport précieux au développement du Québec. L'Assemblée nationale reconnaît aux

officielle du Québec⁴⁹ et reconnaît à toute personne le droit fondamental d'utiliser cette langue⁵⁰ dans ses relations avec la justice⁵¹, les commerces⁵², l'administration gouvernementale québécoise⁵³, les ordres professionnels⁵⁴ et les organismes parapublics⁵⁵, dont les « entreprises de téléphone, de télégraphe, de câblodistribution, de transport par avion, bateau, autobus ou chemin de fer, les entreprises de production, transport, distribution ou vente de gaz, d'eau ou d'électricité [...] »⁵⁶. Sur ce dernier point, on le voit clairement, la *Charte* ne vise pas spécifiquement les entreprises fédérales et s'applique indifféremment à toute entreprise qui exerce des activités dans la province, peu importe la nature locale ou interprovinciale de ses activités.

Amérindiens et aux Inuit du Québec, descendants des premiers habitants du pays, le droit qu'ils ont de maintenir et de développer leur langue et culture d'origine. *Ces principes s'inscrivent dans le mouvement universel de revalorisation des cultures nationales* qui confère à chaque peuple l'obligation d'apporter une contribution particulière à la communauté internationale » [nos italiques]

49. *Charte*, préc., note 9, art. 1.

50. *Id.*, art. 2-6.

51. *Id.*, art. 7-13.

52. *Id.*, art. 5 et 51-71.

53. *Id.*, art. 2 et 14-29.1.

54. *Id.*, art. 2, 30-40 et B.1 et 2 de l'Annexe.

55. *Id.*, art. 2 et 30-40.

56. *Id.*, art. B.1 de l'Annexe.

La *Charte* fait aussi du français la langue du travail⁵⁷, du commerce et des affaires⁵⁸, de l'enseignement et des établissements d'enseignement collégiaux et universitaires⁵⁹. Elle impose également des mesures de francisation de l'administration publique et des entreprises en créant, notamment, l'obligation pour les entreprises de cent personnes ou plus d'instituer un comité de francisation dont le rôle est de veiller au respect de la langue française au sein de l'organisation⁶⁰. Conformément à la compétence des provinces d'imposer des peines pour le non-respect de lois provinciales valides⁶¹, la *Charte* prévoit des amendes de 600 \$ à 6 000 \$ pour les personnes physiques et de 1 500 \$ à 20 000 \$ pour les personnes morales qui y contreviennent⁶².

57. *Id.*, art. 4 et 41-50. À cet égard, comme l'affirmait Camille Laurin, la *Charte* visait à rétablir un équilibre social entre une nette prédominance de l'anglais au travail au détriment des chances d'accès à la dignité des travailleurs francophones du Québec : « [...] c'est [...] dans ce monde du travail que la majorité francophone avait eu le plus à souffrir dans le passé. [...] C'est là le domaine où le redressement qu'il y avait à effectuer s'imposait avec le plus d'évidence, car non seulement il s'agit alors de cohérence, de logique qui doit être là même au niveau du travail comme elle l'est au niveau de l'administration, mais il y a un argument de plus, il y a une raison additionnelle, *il y a un facteur de justice sociale* qui nous impose de procéder aux correctifs que depuis longtemps d'ailleurs, la population nous demandait d'effectuer. [...] Nous savons en effet que *c'est dans ce domaine que les exigences injustifiées des employeurs ont contribué le plus à créer des inégalités, d'abord sociales, mais qui sont devenues également des inégalités culturelles*. Cela devenait une sorte d'injustice que d'exiger de la part d'une majorité une connaissance d'une langue qu'ils ne possédaient pas ou qu'ils possèdent insuffisamment et qui devenait, par le fait même, *une barrière qui les empêchait d'accéder au domaine où leur individualité, aussi bien que leur compétence acquise au niveau des écoles, leur permettait et leur donnait le droit d'accéder* » [nos italiques] : *Journal des débats du 23 août 1977*, préc., note 47, p. CLF-2669 (M. Camille Laurin).

58. *Charte*, préc., note 9, art. 5 et 51-71.

59. *Id.*, art. 72 à 88.3.

60. *Id.*, art. 136.

61. *L.C. 1867*, préc., note 5, art. 92(15). Voir, par exemple : *Rio Hotel Ltd. c. Nouveau-Brunswick (Commission des licences et permis d'alcool)*, [1987] 2 R.C.S. 59.

62. *Charte*, préc., note 9, art. 205.

Comme le soulignait alors le ministre Camille Laurin, la *Charte* visait à faire du Québec une province francophone⁶³. Il apparaît donc clairement que l'intention du législateur dans le cadre de la *Charte* n'est pas de modifier ou de réglementer précisément les relations de travail ou encore le commerce dans leur essence⁶⁴, mais bien de mettre en place des balises afin que la culture et l'identité des francophones du Québec soient préservées⁶⁵.

Les effets juridiques de la *Charte* vont, selon nous, également en ce sens. Outre ses effets bien connus sur la liberté d'expression commerciale dont l'analyse dépasse l'objet de ce texte⁶⁶, la mise en œuvre de la *Charte* a bien entendu exigé des différents acteurs étatiques et économiques du Québec de faire en sorte que les

63. *Journal des débats du 23 août 1977*, préc., note 47, p. CLF-2656 (M. Bertrand).

64. En ce qui concerne, par exemple, les inscriptions figurant sur certains produits, la professeure Nathalie Vézina et Françoise Maniet affirment que la *Charte* ne régleme que les modalités et non le contenu même de l'information, lorsque l'information relève essentiellement du fédéral. Voir Nathalie VÉZINA et Françoise MANIET, « La sécurité du consommateur au Québec... deux solitudes : mesures préventives et sanctions civiles des atteintes à la sécurité », (2008) 49 *C. de D.* 57-95, 62.

65. Pour cette raison, les professeurs H. BRUN, G. TREMBLAY et E. BROUILLET, préc., note 26, p. 879, estiment que la *Charte* constitue une loi sur les droits fondamentaux plutôt qu'une simple loi portant sur les relations de travail : « Cette jurisprudence [concluant à l'inapplication de la *Charte* aux entreprises fédérales] nous apparaît contestable en ce qu'elle assimile mécaniquement des droits fondamentaux et des conditions de travail négociables. À notre avis, les premiers peuvent se retrouver parmi les secondes, mais ils restent quand même plus que de simples conditions de travail ».

66. Qu'il suffise de mentionner que depuis les arrêts *Devine*, préc., note 34, par. 29 et 32 et *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712 et après plusieurs modifications, la *Charte* n'exige plus, dans tous les secteurs qu'elle peut affecter, l'usage exclusif du français mais impose la prédominance de cette dernière langue. Voir également : *Les Entreprises W.F.H. Ltée. c. Québec (Procureure générale)*, [2001] R.J.Q. 2557, par. 117; H. BRUN, G. TREMBLAY et E. BROUILLET, préc., note 26, p. 887. L'article 89 de la *Charte* prévoit d'ailleurs que « [d]ans les cas où la présente loi n'exige pas l'usage exclusif de la langue officielle, on peut continuer à employer à la fois la langue officielle et une autre langue ».

communications avec leur clientèle – consommateurs, citoyens, travailleurs – se fassent principalement en français. Ainsi, des entreprises ont dû investir certains fonds afin de répondre aux exigences juridiques qui fondaient désormais le visage linguistique du Québec⁶⁷. Par exemple, des commerçants, ainsi que des fabricants

67. À ce propos, il nous semble important de préciser que les investissements dont il est question sont, dans le cas des entreprises de moins de cent employés, subventionnés par l'Office québécois de la langue française. Ainsi, ces entreprises peuvent se voir allouer une somme allant jusqu'à 50 000 \$ afin de franciser leurs communications, notamment en ce qui concerne la modification du matériel informatique, le remplacement de logiciels déjà installés sur les postes de travail, les frais de traduction des logiciels non disponibles en français au Québec, l'ensemble des frais de sous-traitance associés à la francisation du matériel informatique, les frais de traduction des sites intranet et extranet (sites Web) réalisée par une personne reconnue compétente, les frais de traduction des brochures et dépliants promotionnels de l'entreprise, comme les frais de conception, fabrication et installation des outils d'affichage public (affichage du nom de l'entreprise, message commercial sur une enseigne publique, inscriptions apposées sur un véhicule commercial ou sur une vitrine). À ce titre, le total des subventions versées a considérablement augmenté depuis l'année 2009, passant de 407 543 \$ à plus de 800 000\$ pour l'exercice fiscal de 2012. Voir : GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, OFFICE QUÉBÉCOIS DE LA LANGUE FRANÇAISE, *Programme de soutien à la francisation des PME par les technologies de l'information et des communications (TIC)*, [Ressource électronique], en ligne: <http://www.oqlf.gouv.qc.ca/subventionTIC/20120813_programme_TIC.pdf> (site consulté le 24 juillet 2013); GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, OFFICE QUÉBÉCOIS DE LA LANGUE FRANÇAISE, *Programme de soutien à la francisation des PME par les technologies de l'information et des communications (TIC)*, *Tableau récapitulatif au 31 mars 2010 des subventions accordées* [Ressource électronique], en ligne: <http://www.oqlf.gouv.qc.ca/subventionTIC/20092010_tableau.pdf> (site consulté le 24 juillet 2013); GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, OFFICE QUÉBÉCOIS DE LA LANGUE FRANÇAISE, *Programme de soutien à la francisation des PME par les technologies de l'information et des communications (TIC)*, *Tableau récapitulatif au 31 mars 2011 des subventions accordées*, [Ressource électronique], en ligne: <http://www.oqlf.gouv.qc.ca/subventionTIC/20111001_tableau.pdf> (site consulté le 24 juillet 2013); GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, OFFICE QUÉBÉCOIS DE LA LANGUE FRANÇAISE, *Programme de soutien à la francisation des PME par les technologies de l'information et des communications (TIC)*, *Tableau récapitulatif au 31 mars 2012 des subventions accordées* [Ressource électronique], en ligne: <http://www.oqlf.gouv.qc.ca/subventionTIC/20112012_tableau.pdf> (site consulté le 24 juillet 2013).

de produits⁶⁸, ont dû engager des frais concernant l'affichage afin d'assurer que le français y occupe une place « nettement prédominante »⁶⁹. Encore, les employeurs doivent s'assurer que certains logiciels soient disponibles en français lorsque cela est possible⁷⁰, de la même façon qu'ils doivent s'assurer d'établir une communication interne en français⁷¹, sous réserve de leur droit à communiquer dans une autre langue aussi s'ils le souhaitent⁷², puisque ces dispositions n'exigent pas l'usage exclusif du français. Enfin, tout acteur économique doit s'assurer qu'en général, tout document communicationnel soit aussi rédigé en français⁷³. Sur le plan des relations de travail, l'employeur doit mettre en place des mesures visant à établir raisonnablement les exigences linguistiques liées aux tâches de ses employés⁷⁴ par des analyses sérieuses de ses besoins⁷⁵. Pour ce qui est des relations syndicales, la communication écrite doit se faire en français, sous réserve encore une fois, qu'une autre langue puisse être utilisée selon le cas⁷⁶. Les dispositions de la *Charte* affectent donc aussi bien la gestion des entreprises – indépendamment de la nature locale ou interprovinciale de leurs activités –, les relations de travail, et les relations d'affaires et commerciales dans la province⁷⁷.

68. *Charte*, préc., note 9, art. 51.

69. *Id.*, art. 58.

70. *Id.*, art. 52.1.

71. *Id.*, art. 41.

72. *Id.*, art. 89.

73. *Id.*, art. 52.

74. *Id.*, art. 45 et 46.

75. Ce point, fort important dans le cadre de notre analyse, sera développé dans la sous-section 4.

76. *Charte*, préc., note 9, art. 49.

77. Sous un autre angle, nous pouvons considérer que la *Charte* a également eu pour effet de contribuer à la sécurité juridique au Québec, garantissant notamment la qualité du consentement dans l'ensemble des actes juridiques passés entre les francophones et leurs cocontractants. Que ce soit dans les contrats de consommation, d'adhésion, ou encore dans les rapports collectifs de travail, les dispositions de la *Charte*, imposant le français sans nécessairement écarter l'usage de l'anglais, ont fait en sorte que l'ensemble de la population francophone du Québec comprenne les rapports juridiques dans lesquels ils s'engagent, assurant ainsi la validité des actes juridiques passés. Il est bien reconnu que le contrat est consubstantiel à l'activité humaine puisqu'il est l'acte juridique sur lequel

Pour ces raisons, nul doute que la *Charte* est une loi d'application générale valide en vertu des compétences provinciales sur la propriété et les droits civils⁷⁸, l'adoption de dispositions pénales⁷⁹ et les questions de nature purement locale ou privée *dans la province*⁸⁰. Dans l'arrêt *Devine c. Québec*⁸¹, la Cour suprême confirmait d'ailleurs la validité de la *Charte* et de ses dispositions relatives au commerce et à la langue des affaires, puisqu'elle porte sur le commerce « à l'intérieur de la province »⁸² c'est-à-dire, selon nous, le commerce qui a cours à l'intérieur des limites territoriales de la province. Cela ne doit pas être confondu, à notre avis, avec la notion de commerce « local » aux fins de la détermination de la compétence de légiférer sur les entreprises provinciales et fédérales en application du par. 92(10)(a) *L.C. 1867*⁸³. Dans ses motifs, la Cour nous semblait

repose la plus importante partie des activités économiques d'une société. En ce sens, il est tout aussi reconnu que les cocontractants doivent fonder leur échange sur un consentement libre de tout vice, notamment de l'existence d'une mauvaise compréhension de l'acte juridique en question. Par exemple, dans le cas d'un contrat de consommation, le consommateur devra comprendre l'offre qui lui est soumise ainsi que les conditions qui peuvent en découler. Dans la même veine, lorsqu'une convention collective est conclue, il sera important que les membres du syndicat accrédité puissent en comprendre les termes. Imaginons que de tels documents soient rédigés dans une autre langue que celle des personnes auxquelles ils s'adressent, cela suffit à comprendre que lorsqu'une langue majoritaire sur un territoire donné se trouve atteinte dans son existence même, la validité des actes et documents juridiques conclus est fortement mise en péril.

78. *L.C. 1867*, préc., note 5, art. 92(13).

79. *Id.*, art. 92(15).

80. *Id.*, art. 92(16).

81. *Devine c. Québec*, préc., note 34.

82. *Id.*, p. 808-809.

83. Selon le professeur P. FOUCHER, préc., note 16, p. 343, la Cour aurait jugé la *Charte* valide dans son application au commerce « local ». Si cela signifiait que la *Charte* ne peut pas s'appliquer aux entreprises interprovinciales, sauf à être alors invalide, nous devrions exprimer notre désaccord avec cette interprétation qui nous semble, avec respect, confondre les questions de validité et d'applicabilité de la *Charte*. Comme nous l'avons vu, la *Charte* s'applique indistinctement à toute entreprise et constitue une loi d'application générale valide. Ses effets sur les activités essentielles des entreprises fédérales (par opposition aux entreprises « locales » au sens du par. 92(10)(a) *L.C. 1867*), sont alors pertinents dans la détermination des limites de l'applicabilité de la *Charte* en vertu de la

toutefois minimiser grandement l'objectif fondamental de la *Charte*, consistant à faire du français la langue publique commune dans tous les secteurs de la vie collective québécoise, lorsqu'elle affirmait :

Il est vrai, comme l'indique le préambule de la *Charte de la langue française*, que l'un de ses objets est de "faire du français la langue [. . .] du commerce et des affaires" mais cet objet comporte nécessairement la réglementation d'un aspect du commerce et des affaires à l'intérieur de la province, quelle que puisse être la nature de son effet. Le but et l'effet des dispositions contestées du chapitre VII de la *Charte de la langue française*, intitulé "La langue du commerce et des affaires", est de régler un aspect de l'exploitation du commerce et des affaires dans la province et, à ce titre, elles se rapportent à ce commerce et à ces affaires. Même si l'objet global de la *Charte de la langue française* est de rehausser le statut de la langue française au Québec, il n'en demeure pas moins que les dispositions contestées visent à régler un aspect du commerce à l'intérieur de la province. À ce titre, elles relèvent de la compétence législative provinciale aux termes de la *Loi constitutionnelle de 1867*⁸⁴.

Comme nous avons tenté de le démontrer ci-dessus, tel n'est pas selon nous le caractère véritable de la *Charte*, comme le révèle une analyse plus attentive de son objet et de ses effets. Dans l'arrêt *Devine*, la principale question portait d'ailleurs sur la violation de la liberté d'expression en vertu des chartes canadienne et québécoise et la Cour ne s'est pas véritablement livré à une analyse rigoureuse du caractère véritable de celle-ci. La portée de cet arrêt quant à l'objet et aux effets de la *Charte* nous semble donc, vingt-cinq ans après qu'il ait été rendu, devoir être relativisée. Ceci dit, même dans l'hypothèse où la *Charte* viserait principalement à régir le commerce, elle n'en demeurerait pas moins une loi valide d'application générale puisqu'elle ne vise pas spécifiquement les entreprises fédérales ni ne

doctrine de l'exclusivité des compétences. Voir *supra*, note 45 et *infra*, note 185.

84. *Devine c. Québec*, préc., note 34, p. 809 [nos soulignements].

leur réserve un traitement distinct de toute autre entreprise exerçant des activités au Québec.

Une fois établi que la *Charte* est une loi d'application générale valide, et avant de soutenir que celle-ci n'entrave pas les activités essentielles des entreprises fédérales, il importe de discuter de l'argument principal que pourraient soulever les juristes, politiciens et entreprises opposées à son application, selon lequel les relations de travail dans les entreprises fédérales excluent automatiquement l'application de toute loi provinciale valide, indépendamment de son caractère véritable.

3. Les relations de travail dans les entreprises fédérales ne sont pas une enclave

Pour ce faire, nous analyserons la jurisprudence constitutionnelle sur la doctrine de l'exclusivité des compétences, en particulier dans le contexte de la gestion et des relations de travail dans les entreprises fédérales. Nous verrons en effet que les arrêts *Bell* de 1966 et 1988, dont le raisonnement a pourtant été rejeté dans l'arrêt *Banque canadienne de l'Ouest*, ont entraîné la centralisation de la compétence sur la gestion et les relations de travail des entreprises fédérales, phénomène dont les effets se font encore sentir dans la jurisprudence récente de la Cour suprême du Canada, malgré l'affirmation de celle-ci selon laquelle « la Constitution ne crée pas d'enclave autour des acteurs fédéraux »⁸⁵.

3.1 La jurisprudence du Conseil privé : légitimation du droit provincial valide

Comme d'autres l'ont déjà souligné, la doctrine de l'immunité interjuridictionnelle ou de l'exclusivité des compétences a pour

85. *Première nation de Westbank c. British Columbia Hydro and Power Authority*, [1999] 3 R.C.S. 134, par. 18, cité par Eugénie BROUILLET, « Le rôle de la Cour suprême dans l'évolution de la fédération canadienne : quel équilibre des pouvoirs? », (2011) 43 *Revista catalana de dret públic* 187, 201.

origine⁸⁶ l'application, au profit d'entreprises constituées par le gouvernement fédéral, de la règle de l'immunité de la Couronne. En effet, comme « la création de personnes morales en vertu de lettres patentes délivrées par la Couronne constituait un exercice de sa prérogative de créer des compagnies, [...] l'application des lois générales d'une province à ces personnes morales pouvait être conçue comme une atteinte à l'exercice de [cette] prérogative »⁸⁷. La doctrine a ensuite été étendue aux entreprises dites « fédérales » dans la mesure où elles relèvent en elles-mêmes de la compétence du Parlement. Cette immunité était bien sûr loin d'être absolue. Au contraire, selon une jurisprudence constante du Conseil privé, seules les lois provinciales qui avaient pour effet de *paralyser* ou de *stériliser* les activités de ces compagnies ne pouvaient s'y appliquer. Ce critère très exigeant imposait aux entreprises ne souhaitant pas respecter les lois provinciales la démonstration que celles-ci empêchaient littéralement ces dernières d'exercer leurs activités. Des lois provinciales valides ont par exemple été jugées inapplicables à des entreprises fédérales puisqu'elles permettaient ou prévoyaient des conséquences drastiques en cas de non-conformité : vente en justice d'une compagnie fédérale pour non-paiement d'une dette contractuelle⁸⁸, assujettissement de l'émission d'actions d'une compagnie fédérale à l'octroi d'une licence mais, surtout, au respect de conditions provinciales potentiellement très intrusives dans les affaires de la compagnie⁸⁹,

-
86. Pour un historique de cette doctrine, voir notamment : Eugénie BROUILLET, *La négation de la nation. L'identité culturelle québécoise et le fédéralisme canadien*, coll. « Cahiers des Amériques », Septentrion, 2005, p. 275 et suiv.; Fabien GÉLINAS, « La doctrine des immunités interjuridictionnelles dans le partage des compétences : éléments de systématisation », dans *Mélanges Jean Beetz*, Éditions Thémis, Montréal, à la page 471; Dale GIBSON, « Interjurisdictional Immunity in Canadian Federalism », (1969) 47 *R. du B. Can.* 40; Jonathan PENNER, « The Curious History of Interjurisdictional Immunity and Its (Lack of) Application to Federal Legislation », (2011) 90 *R. du B. Can.* 1.
87. *Banque canadienne de l'Ouest*, préc., note 27, par. 39.
88. *Campbell-Bennett Ltd. c. Comstock Midwestern Ltd. and Trans Mountain Oil Pipe Line Co.*, [1953] S.C.R. 207.
89. *Attorney-General for Manitoba c. Attorney-General for Canada*, [1929] A.C. 260 (C.P.) [ci-après « *Attorney-General for Manitoba* »]; *Great West Saddlery*, préc., note 45.

interdiction aux compagnies fédérales non incorporées en vertu de la loi provinciale de faire des affaires⁹⁰, et dans certains cas prévoyant leur dissolution⁹¹, limitation de la personnalité juridique de la compagnie ne détenant pas de licence provinciale en l'empêchant de poursuivre ses débiteurs et en prévoyant des pénalités pour non-incorporation en vertu de la loi provinciale⁹².

Les compagnies fédérales étaient donc largement assujetties aux lois provinciales d'application générale valides, sauf en cas d'entrave sérieuse à leurs pouvoirs. En ce sens, le Conseil privé jugea qu'une compagnie devait respecter une loi provinciale l'obligeant à nettoyer une voie ferrée et le fossé adjacent⁹³ et que les compagnies fédérales devaient payer les taxes directes imposées par le Québec aux compagnies ayant des activités dans la province⁹⁴. Il décida également que les compagnies fédérales étaient assujetties aux lois provinciales prévoyant l'octroi de licences comme moyen de taxation directe, leur imposant la communication de certains renseignements et prévoyant des pénalités, raisonnables⁹⁵, en cas de manquements aux normes provinciales⁹⁶. Il en va de même de la

90. *Attorney-General for Ontario c. Israel Winner*, [1954] A.C. 541 (C.P.); *Colonial Building and Investment Association c. Attorney-General of Quebec*, [1883] 9 A.C. 157 (C.P.).

91. *Colonial Building and Investment Association c. Attorney-General of Quebec*, préc., note 90.

92. *Great West Saddlery*, préc., note 45; *John Deere Plow*, préc., note 45. Dans plusieurs de ces cas, l'obligation d'obtenir une licence ne constituait donc pas, en soi, la source de la stérilisation des pouvoirs de la compagnie. La paralysie des activités des compagnies fédérales provenait plutôt du fait que les conséquences du défaut d'obtenir une licence pour ces dernières les empêchaient carrément d'exercer légalement leurs activités. Voir: *Great West Saddlery*, préc., note 45, par. 120; P. W. HOGG, préc., note 45, p. 23-11.

93. *Canadian Pacific Railway v. Corporation of the Parish of Notre Dame de Bonsecours*, [1899] A.C. 367 (C.P.).

94. *Bank of Toronto c. Lambe*, [1887] A.C. 575 (C.P.).

95. *Great West Saddlery*, préc., note 45, par. 121 et 123.

96. *Attorney-General for Manitoba*, préc., note 89, par. 268; *Great West Saddlery*, préc., note 45, par. 100, 120-121; *John Deere Plow*, préc., note 45, 343.

règlementation des modalités de forme et de contenu des contrats⁹⁷. Ainsi, au même titre que toute personne se trouvant sur son territoire, les entreprises fédérales devaient respecter les lois valablement adoptées par les provinces⁹⁸.

Cette approche favorable à l'application régulière des lois provinciales générales aux entreprises fédérales semblait même valoir dans le domaine des relations de travail. Le Conseil privé confirma en ces termes l'applicabilité à une compagnie fédérale d'une loi provinciale sur la prévention des accidents du travail obligeant les employeurs à cotiser à un fonds d'indemnisation en retenant une portion du salaire de leurs employés :

The right conferred [...] is the result of a statutory condition of the contract of employment made with a workman resident in the province, for his personal benefit and for that of members of his family [...]. It is in substance a scheme for securing a civil right within the Province. [...] No doubt for some purposes the law sought to be enforced affects the liberty to carry on its business of a Dominion railway company to which various provisions of s. 91 of the British North America Act of 1867 apply. But for other purposes, with which the Legislature of British Columbia had jurisdiction to deal under s. 92, it was competent to that Legislature to pass laws regulating the civil duties of a Dominion railway company which carried on business within the Province, and in the course of that business was engaging workmen whose civil rights under their contracts

97. *Attorney-General for Manitoba*, préc., note 89, par. 268; *Great West Saddlery*, préc., note 45, par. 120.

98. Comme l'écrivait on ne peut plus clairement le juge Croket de la Cour suprême du Canada : « Neither can the fact that the [provincial] legislation was calculated to compel all international or external corporations desiring and authorized to do business within the limits of the Province to alter their methods and policy regarding the allocation of profits as between the gasoline and fuel oil branches and their so-called integrated industry. *If they desire to carry on their business in the Province of British Columbia, they must comply with provincial laws in common with all provincial and independent dealers in the same commodities* » : *Home Oil Distributors Ltd. v. Attorney General of British Columbia*, [1940] S.C.R. 444, 448 [nos italiques].

of employment had been placed by the Act of 1867 within the jurisdiction of the province⁹⁹.

La province fut ainsi jugée constitutionnellement compétente pour légiférer afin d'octroyer un droit civil – en l'occurrence un droit à l'indemnisation – aux travailleurs, en l'espèce à ceux d'une entreprise fédérale de chemin de fer, indépendamment du fait que cela affectait la gestion de l'entreprise. Dans le cadre de l'application de la doctrine de l'exclusivité des compétences, le domaine des relations de travail n'était donc pas formellement distingué des autres domaines de compétence auxquels elle s'applique et laissait place à l'application des lois provinciales valides n'ayant pas pour effet de paralyser les activités des entreprises fédérales¹⁰⁰.

3.2 Les arrêts *Bell* de 1966 et 1988 de la Cour suprême : centralisation des relations de travail fédérales et délégitimation du droit provincial valide

Si le Conseil privé appliquait de manière stricte la doctrine de l'exclusivité des compétences par le critère de la paralysie des activités des entreprises fédérales, la Cour suprême a opéré un revirement de situation dans l'arrêt *Bell* de 1966. Il s'agissait de

99. *Workmen's Compensation Board c. Canadian Pacific Railway Company*, [1920] A.C. 184 (C.P.), 191-192 [nos italiques].

100. C'est aussi l'interprétation que faisait le professeur Hogg, dans une version antérieure de son livre qui a toutefois été modifiée par suite de l'arrêt *Bell* de 1988 : « L'affaire [*Bell Canada 1966*] paraît avoir réglé dans le sens d'un pouvoir fédéral exclusif la question de la compétence législative sur l'emploi dans les secteurs relevant du gouvernement fédéral. À mon avis, cet arrêt est mal fondé. L'arrêt *Toronto Electric Commissioners v. Snider* et l'*Affaire des conventions du travail* établissent tout au moins que l'emploi est une "matière" qui tombe sous la rubrique "la propriété et les droits civils dans la province". La réglementation de la négociation collective ou des normes de travail dans les industries fédérales doit certainement continuer d'être considérée comme intéressant l'emploi en même temps que l'industrie particulière qui est visée. Il y a double aspect et les deux paliers de gouvernement doivent donc pouvoir légiférer dans ce domaine » : Peter W. HOGG, *Constitutional Law of Canada*, 2^e éd., Carswell, Toronto, 1985, p. 465-466, traduit et cité par le juge Beetz dans l'arrêt *Bell*, préc., note 36, p. 839.

savoir si la compagnie Bell Canada qui relevait de la compétence fédérale en vertu des articles 92(10)(a) et 91(29) *L.C. 1867* devait respecter la *Loi sur le salaire minimum*¹⁰¹ du Québec, dont la validité n'était évidemment pas remise en question. Rédigeant les motifs pour la Cour, le juge Martland jugea que la loi provinciale était inapplicable à l'entreprise fédérale en dépit du fait que, comme le souligna le professeur Gibson, sa matière véritable ne portait pas sur les communications interprovinciales mais sur le salaire minimum dans la province et que la jurisprudence antérieure tolérait que des lois valides *affectent* les objets de compétences de l'autre palier législatif¹⁰² :

In my opinion all matters which are a vital part of the operation of an interprovincial undertaking as a going concern are matters which are subject to the exclusive legislative control of the federal parliament within s. 91(29). [...] [A] statute which deals with a matter which, apart from regulatory legislation, would have been the subject matter of contract between employer and employee, e.g., rates of pay or hours of work, *affects* a vital part of the management and operation of the undertaking to which it relates¹⁰³.

Il n'était donc pas nécessaire, selon la Cour suprême du Canada, que la loi provinciale paralyse ou stérilise les activités de l'entreprise fédérale pour être jugée inapplicable. Il suffisait au contraire que la loi provinciale en *affecte* les activités essentielles pour qu'elle soit écartée sans aucune analyse des effets préjudiciables de la loi sur la compagnie. Ce changement de paradigme a été approuvé plus de vingt ans plus tard par la Cour suprême sous la plume du juge Beetz dans l'arrêt *Bell* de 1988. La Cour y décida que la *Loi sur la santé et la sécurité du travail*¹⁰⁴ du Québec ne pouvait s'appliquer à Bell Canada puisque cela affectait

101. *Loi sur le salaire minimum*, L.R.Q., c. S-1, abrogée en 1980 et remplacée par la *Loi sur les normes du travail*, L.R.Q., c. N.1-1.

102. D. GIBSON, préc., note 86, 54 et 55.

103. *Bell 1966*, préc., note 36, 772, 774 [nos italiques].

104. L.Q. 1979, c. 63, aujourd'hui *Loi sur la santé et la sécurité du travail*, L.R.Q., c. S-2.1.

les relations et conditions de travail et la gestion de l'entreprise fédérale :

Pour ma part, j'admets volontiers que l'exercice de ce droit par la travailleuse ne va pas en effet jusqu'à entraver ou paralyser l'entreprise. Mais comme il prive l'entreprise d'une partie de sa force de travail dans le secteur des communications interurbaines requérant l'aide d'un téléphoniste, je ne serais pas disposé à concéder qu'un tel droit de retrait, par nature, n'*affecte* pas un élément vital ou essentiel de l'entreprise de Bell Canada. [...] *Pour que joue la règle de l'inapplicabilité, il suffit que la sujétion de l'entreprise à la loi provinciale ait pour effet d'affecter un élément vital ou essentiel de l'entreprise sans nécessairement aller jusqu'à effectivement entraver ou paralyser cette dernière*¹⁰⁵.

Par suite des arrêts *Bell* de 1966 et 1988, il était dorénavant très facile pour les entreprises fédérales ne souhaitant pas respecter les lois provinciales valides d'écarter ces dernières¹⁰⁶ en démontrant qu'elles en affectaient ou touchaient les éléments essentiels, notamment les relations et conditions de travail¹⁰⁷.

Ce fut d'ailleurs le cas en ce qui concerne l'applicabilité de la *Charte de la langue française* aux entreprises de juridiction fédérale dans une jurisprudence qui, sans toujours y référer explicitement, s'inscrit dans la logique des arrêts *Bell*. Dans la première décision qui, à notre connaissance, a été rendue sur la question, les

105. *Bell 1988*, préc., note 36, p. 857, 859-860 [nos italiques] [nos soulignements].

106. E. BROUILLET, préc., note 86, 276 à 278; Peter W. HOGG et Rahat GODIL, « Narrowing Interjurisdictional Immunity », (2008) 42 *S.C.L.R.* (2d) 623, 637; D. GIBSON, préc., note 86, 53-55; Paul C. WEILER, « The Supreme Court and the Law of Canadian Federalism », (1973) 23 *U.T.L.J.* 307, 340-341.

107. C'est d'ailleurs pour cette raison que J. PENNER, préc., note 86, 7-8, considère que l'arrêt *Bell 1966* constitue le premier cas moderne d'immunité interjuridictionnelle. Selon l'auteur, cette immunisation n'existait pas vraiment auparavant puisque les entreprises fédérales étaient largement assujetties aux lois provinciales d'application générale.

demandeurs contestaient l'imposition de l'anglais comme langue exclusive des communications aériennes par la compagnie Air Canada¹⁰⁸. La Cour supérieure jugeait la *Loi sur la langue officielle*¹⁰⁹ du Québec, ancêtre de la *Charte*, inapplicable à l'entreprise puisqu'elle affectait le domaine de l'aéronautique, de compétence fédérale, et posait un danger pour la sécurité aérienne¹¹⁰. Dans une affaire similaire portant sur la validité d'une ordonnance fédérale limitant l'usage de la langue française dans certains types de communications aériennes, la Cour jugeait que la *Loi sur la langue officielle* ne pouvait pas imposer aux compagnies aériennes « des règles touchant l'aéronautique [...] »¹¹¹.

S'appuyant directement sur l'arrêt *Bell* de 1966, le Bureau du Commissaire du travail – tel se nommait alors la Commission des relations du travail – était d'avis, dans les affaires *Côté* et *Marquis*, que la *Charte* ne s'appliquait pas aux relations de travail de la Banque de Montréal et à une entreprise de transport interprovincial, rejetant conséquemment les plaintes de deux employés congédiés pour les seuls motifs qu'ils ne parlaient pas l'anglais ou en avait une connaissance insuffisante¹¹². Plus récemment, la Commission s'appuya sur cette jurisprudence en référant directement au passage de l'affaire *Côté* citant l'arrêt *Bell* de 1966, pour rejeter une plainte contestant, en vertu de l'article 46 de la *Charte*, l'exigence d'une bonne connaissance de l'anglais comme critère d'embauche pour des postes de représentants au recouvrement et au centre d'appel, alors que la majorité de la clientèle de l'entreprise était de langue française¹¹³. Ces décisions de la Commission furent reprises à son compte par le Conseil canadien des relations industrielles qui a jugé la *Charte*

108. *Joyal c. Air Canada et autres*, [1976] C.S. 1211.

109. L.Q. 1974, c. 6.

110. *Joyal c. Air Canada et autres*, préc., note 108, 1230-1232.

111. *Assoc. des gens de l'air du Québec Inc. c. Hon. Otto Lang*, [1977] 2 C.F. 22, 40.

112. *Pierrette Côté c. Banque de Montréal*, dossier M-17776-05, affaire CLF-83-02-M-002, 27 juin 1983 (Commission des relations du travail), 3; *Claude Marquis c. Les transports Provost*, dossier nos 11-29743-01, affaire CLFM-001-07-86, 18 novembre 1986 (Commission des relations du travail).

113. *Girard c. Telus Québec*, 2006 QCCRT 236, 5.

inapplicable à l'entreprise Purolator qui avait affiché un poste nécessitant une connaissance fonctionnelle de l'anglais¹¹⁴.

La nature expéditive de l'analyse faite par la Commission des relations du travail dans les affaires précitées ne surprend pas compte tenu que le test très peu exigeant établi dans l'arrêt *Bell* en 1966, consistant à écarter toute loi provinciale *touchant* ou *affectant* un tant soit peu les activités ou éléments essentiels des entreprises et compétences fédérales, revient en définitive à un automatisme sans qu'il ne soit nécessaire d'approfondir le raisonnement juridique. Les motifs du Conseil canadien des relations industrielles, dans sa décision *Léveillé* rendue en 2011, a toutefois de quoi surprendre. Le Conseil s'est en effet appuyé sur les décisions précitées de la Commission et reprenait à son compte un passage de l'affaire *Côté* référant directement à l'arrêt *Bell* de 1966. Le Conseil ne semblait donc pas au courant, en 2011, que la Cour suprême, dans l'arrêt *Banque canadienne de l'Ouest* de 2007, a rejeté l'approche préconisée dans les arrêts *Bell* de 1966 et 1988 privilégiant, comme nous le verrons ci-dessous, le critère de l'« entrave » à celui du simple effet comme déclencheur de la doctrine de l'exclusivité des compétences¹¹⁵.

114. *Léveillé c. Purolator Courier*, (2011) CCRI 616, par. 46-51.

115. Notons que la question de l'applicabilité de la *Charte de la langue française* aux entreprises fédérales ne s'est encore jamais posée devant la Cour suprême du Canada ni devant la Cour d'appel du Québec. Cette dernière jugeait toutefois inapplicable à l'entreprise Purolator l'article 32 de la *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles*, L.R.Q., c. A-3.001, rédigé en des termes forts similaires, il faut le reconnaître, à celui de l'article 45 de la *Charte* puisque cela, en application de l'arrêt *Bell 1988*, affectait ou touchait ses activités essentielles : *Purolator Courier c. Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier*, [2002] R.J.Q. 310, par. 25, 37 et 39. L'article 32 de la *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles* énonce : « L'employeur ne peut congédier, suspendre ou déplacer un travailleur, exercer à son endroit des mesures discriminatoires ou de représailles ou lui imposer toute autre sanction parce qu'il a été victime d'une lésion professionnelle ou à cause de l'exercice d'un droit que lui confère la présente loi ». L'article 46 de la *Charte* prévoit pour sa part que : « Il est interdit à un employeur de congédier, de mettre à pied, de rétrograder ou de déplacer un membre de son personnel pour la seule raison que ce dernier ne parle que le français ou qu'il ne connaît pas suffisamment une langue donnée autre que la

3.3 La relégitimation des lois provinciales d'application générale dans l'arrêt *Banque canadienne de l'Ouest*

Considérant que la doctrine de l'exclusivité des compétences avait historiquement été appliquée de manière asymétrique, favorisant « l'exclusivité de la compétence fédérale au détriment de la législation provinciale »¹¹⁶, comme ce fut notamment le cas en matière de relations de travail dans les entreprises fédérales, la Cour suprême en atténua considérablement la portée dans l'arrêt *Banque canadienne de l'Ouest*¹¹⁷. Selon la Cour, les doctrines du caractère véritable, du double aspect et de la prépondérance fédérale respectent davantage les « conceptions modernes du fédéralisme qui reconnaissent les inévitables chevauchements de compétences »¹¹⁸, tandis que la doctrine de l'exclusivité des compétences peut avoir des conséquences drastiques pour les provinces puisqu'elle ne tolère, lorsqu'appliquée, aucun empiètement ni même des effets accessoires¹¹⁹. La Cour invita donc les plaideurs et les tribunaux à ne considérer la doctrine de l'immunité que dans les cas mettant en cause des domaines dans lesquels son utilisation avait déjà été historiquement légitimée¹²⁰ et « jugée *absolument nécessaire* pour permettre au Parlement [...] de

langue officielle ou parce qu'il a exigé le respect d'un droit découlant des dispositions du présent chapitre ». Puisque, comme nous le verrons ci-dessous, la Cour suprême a clairement désavoué le critère de l'« incidence » dans l'arrêt *Banque canadienne de l'Ouest* au profit de celui de l'« entrave » aux activités ou contenu essentiels des entreprises et compétences fédérales, il est permis de croire que l'arrêt *Purolator* de la Cour d'appel ne constitue pas nécessairement un précédent réglant, en bloc et sans nuance en fonction des différentes dispositions qu'elle prévoit, la question de l'applicabilité de la *Charte* aux entreprises fédérales.

116. *Banque canadienne de l'Ouest*, préc., note 27, par. 35.

117. *Id.*

118. *Id.*, par. 42. Voir également le par. 45. Voir aussi : *Chatterjee c. Ontario (Procureur général)*, [2009] 1 R.C.S. 624, par. 2; *Colombie-Britannique (Procureur général) c. Lafarge Canada Inc.*, [2007] 2 R.C.S. 86, par. 4.

119. *Banque canadienne de l'Ouest*, préc., note 27, par. 44. Voir également les par. 35 et 45.

120. *Id.*, par. 33, 38, 67 et 77. Voir également *Québec (Procureur général) c. Canada (Ressources humaines et Développement social)*, [2011] 3 R.C.S. 635, par. 11; *Canada (Procureur général) c. PHS Community Services Society*, [2011] 3 R.C.S. 134, par. 60-65 [ci-après « *Insite* »].

réaliser l'objectif pour lequel la compétence législative exclusive a été attribuée »¹²¹, comme ce fut le cas en ce qui concerne les entreprises fédérales¹²².

Comme nous le verrons ci-dessous, la Cour interpréta aussi de manière stricte les deux critères applicables en vertu de cette doctrine, l'un servant à délimiter son champ d'application, l'autre à vérifier l'effet de la loi provinciale sur l'entreprise, l'ouvrage ou la compétence fédérale.

3.3.1 Les éléments vitaux et essentiels des entreprises et compétences fédérales

Tous les éléments des compétences fédérales ou toutes les activités des entreprises de compétence fédérale ne sont pas immunisés contre l'application des lois provinciales valides. En effet, seul le « contenu minimum élémentaire et irréductible »¹²³ des compétences fédérales, c'est-à-dire « nécessaire pour garantir la réalisation efficace de l'objectif pour lequel la compétence a été attribuée »¹²⁴, ainsi que les aspects vitaux ou essentiels des entreprises fédérales, c'est-à-dire qui sont « absolument nécessaire[s] »¹²⁵, seront protégés.

En ce qui concerne la thèse développée dans ce texte, il est évident, et aucune autorité n'a remis cela en question, que la gestion d'une entreprise, laquelle comprend celle des relations et

121. *Banque canadienne de l'Ouest*, préc., note 27, par. 77 [nos italiques].

122. La Cour n'a toutefois pas complètement fermé la porte à un élargissement éventuel de la doctrine : « Nous tenons à rappeler que la doctrine de l'exclusivité des compétences reste d'une application restreinte, et qu'elle devrait, *en général*, être limitée aux situations déjà traitées dans la jurisprudence » [nos italiques] : *Banque canadienne de l'Ouest*, préc., note 27. Voir également le par. 78 de cet arrêt ainsi que les arrêts *Insite*, préc., note 120, par. 61 et 65 et *Québec (Procureur général) c. Canadian Owners and Pilots Association*, [2010] 2 R.C.S. 536, par. 58 [ci-après « COPA »].

123. *Bell 1988*, préc., note 36, p. 839, cité avec approbation dans *Banque canadienne de l'Ouest*, préc., note 27, par. 50.

124. *Banque canadienne de l'Ouest*, préc., note 27.

125. *Id.*, par. 51.

des conditions de travail¹²⁶, fait partie des éléments vitaux et essentiels des entreprises fédérales. Ce n'est pas sur ce point que se base notre argument. Celui-ci s'appuie plutôt sur la contribution la plus importante de l'arrêt *Banque canadienne de l'Ouest* dans lequel la Cour, comme nous le verrons, a remarquablement élargi le domaine d'application des lois provinciales aux entreprises fédérales¹²⁷.

3.3.2 L'application élargie des lois provinciales générales aux entreprises fédérales par le critère de l'entrave

Dans l'arrêt *Banque canadienne de l'Ouest*, la Cour jugeait que « l'état du droit antérieur à l'arrêt *Bell Canada (1988)* était plus fidèle à notre régime fédéral »¹²⁸, établissant alors qu'« il ne suffit pas que la législation provinciale « touche » simplement la spécificité fédérale d'un sujet ou d'un objet fédéral »¹²⁹. Au contraire, relégitimant les lois provinciales valides, la Cour décidait que celles-ci peuvent avoir des effets « préjudiciable[s] »¹³⁰ « grave[s] »¹³¹ ou significatifs sur les objets ou les sujets de compétence fédérale, comme les entreprises interprovinciales, sans qu'elles ne puissent toutefois en « entraver » les activités ou éléments essentiels¹³². Le

126. Voir la section 2 : La Charte de la langue française : une loi provinciale valide d'« application générale ».

127. P.W. HOGG et R. GODIL, préc., note 106, 635-636.

128. *Banque canadienne de l'Ouest*, préc., note 27, par. 48.

129. *Id.*

130. *Id.*, par. 48.

131. *COPA*, préc., note 122, par. 45.

132. *Banque canadienne de l'Ouest*, préc., note 27, par. 48-49 [nos italiques]. Voir également *COPA*, préc., note 122, par. 43. Compte tenu de ce revirement, il est étonnant que la Cour d'appel de la Colombie-Britannique ait très récemment jugé inapplicable à une bande indienne une loi provinciale attribuant à une autorité provinciale la compétence de superviser la résolution de litiges entre locataires et propriétaires dans les parcs de maisons mobiles qui affectait l'indianité ou interférait avec le cœur de la compétence fédérale sur les autochtones dans l'arrêt *Sechelt Indian Band c. British Columbia (Manufactured Home Park Tenancy Act, Dispute Resolution Officer)*, [2013] B.C.J. No. 1168 (C.A.C.-B.), par. 50-51 : « [...] provincial legislation is not applicable to affect possession of such [Indian] land. [...] I consider the essence of the case (and the dispute) concerns the subject matter of the management and possession of the

critère de l'entrave constituerait un moyen terme entre le critère de la paralysie ou de la stérilisation appliqué jadis par le Conseil privé et le critère du simple effet que la Cour appliquait sous l'ère des arrêts *Bell*¹³³.

Si la Cour a défini en termes généraux le critère de l'entrave, c'est dans son application concrète qu'il prend forme de manière plus détaillée. Ainsi, une loi provinciale permettant la vente éventuelle d'un terrain appartenant à la Couronne fédérale et la retenue d'un pourcentage d'un contrat en cas de non-paiement, par les autorités aéroportuaires, des employés ayant œuvré à l'amélioration d'un aéroport, a été jugée comme une entrave à la compétence fédérale sur l'aéronautique et aux activités essentielles de l'entreprise par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique¹³⁴. Dans un autre arrêt, la Cour d'appel du Québec trouvait inapplicable à des terres de la Couronne fédérale, acquises en vue de la construction d'un aéroport, la *Loi sur la protection des territoires et des activités agricoles*¹³⁵ puisqu'elle empêchait l'utilisation de ces lots à des fins autres que l'agriculture¹³⁶. La Cour d'appel de Terre-Neuve et du Labrador jugeait qu'une loi provinciale établissant un régime d'indemnisation sans faute en matière d'accidents du travail entravait la compétence fédérale sur la navigation puisque le droit maritime fédéral permettait au contraire des poursuites pour négligence¹³⁷. Enfin, la Cour d'appel du Québec estimait qu'un règlement municipal ayant pour effet d'interdire aux non-résidents d'amarrer leurs bateaux sur un lac situé sur le

Sechelt Lands. [...] This is a core element of federal jurisdiction under s. 91(24) of the Constitutional Act, 1867. It is a matter that lies at the core of Indianness. *Interference* on this subject by a provincial enactment is not permissible » [nos italiques].

133. *COPA*, préc., note 122, par. 44; *Banque canadienne de l'Ouest*, préc., note 27, par. 48.

134. *Vancouver International Airport Authority c. British Columbia (Attorney General)*, [2011] B.C.J. No. 290 (C.A.C.-B.), par. 48-62.

135. L.R.Q., c. P-41.1.

136. *Mirabel (Ville de) c. Commission de protection du territoire agricole du Québec*, [2012] R.J.Q. 318 (C.A.), par. 43-44. Voir également *Laferrrière c. Québec (Procureur général)*, [2008] J.Q. No. 1597 (C.A.).

137. *Newfoundland and Labrador (Workplace Health, Safety and Compensation Commission) c. Ryan Estate*, [2011] N.J. No. 207 (Nfld. C.A.) par. 87-102.

territoire municipal entravait l'exercice de la compétence fédérale sur la navigation¹³⁸. Comme ces exemples permettent de le constater, les entreprises, objets, sujets ou compétences fédérales ne seront soustraits aux lois provinciales valides que lorsque celles-ci auront un effet très considérable sur eux.

Contrairement aux cas décrits ci-dessus, la *Business Practices and Consumer Protection Act* de la Colombie-Britannique fut jugée applicable à Air Canada qui avait fait l'objet d'une injonction et d'une ordonnance de rembourser à un client des frais correspondants à une surcharge incluse dans la taxe, pratique frauduleuse alors contraire à la loi provinciale¹³⁹, puisque cela n'avait pas pour effet d'entraver le cœur de la compétence fédérale sur l'aéronautique¹⁴⁰. Dans une autre affaire, la Cour du Québec jugeait applicable à une entreprise fédérale y ayant contrevenu, la *Loi sur la protection de l'environnement*¹⁴¹ qui interdit le déversement de matières dangereuses puisque cela n'entravait pas le cœur de la compétence fédérale sur la navigation¹⁴². En 2000, avant l'arrêt *Banque canadienne de l'Ouest*, la Cour d'appel du Québec n'appliquait pas moins le critère de l'entrave dans l'arrêt *Transport Robert* en jugeant que malgré son effet sur les relations de travail dans une entreprise fédérale, celle-ci devait néanmoins, conformément à la *Loi favorisant le développement de la formation de la main-d'œuvre*¹⁴³, contribuer au régime provincial de formation de la main-d'œuvre à raison d'un pour cent de la masse salariale annuelle de l'entreprise¹⁴⁴.

138. *Chalets St-Adolphe inc. c. St-Adolphe d'Howard (Municipalité de)*, [2011] QCCA 1491 (C.A.), par. 58-64.

139. *Unlu c. Air Canada*, [2013] B.C.J. No. 453 (C.A.), par. 33-35.

140. *Id.*, par. 34.

141. L.R.Q., c. Q-2.

142. *Directeur des poursuites criminelles et pénales c. Alcan inc.*, [2009] QCCQ 1638 (C.Q.), par. 84-94.

143. Maintenant la *Loi favorisant le développement et la reconnaissance des compétences de la main-d'œuvre*, L.R.Q., c. D-8.3.

144. *Transport Robert (1973) ltée c. Société québécoise de développement de la main-d'œuvre*, [2000] J.Q. No. 3090 (C.A.), par. 42, 46, 49-50 : « Au chapitre de la gestion, il est certain que la Loi impose des tâches aux entreprises pour la mise en place et l'administration de ces programmes de formation, et cela, sans compter, selon leur avocat, les « tracasseries

Malgré le changement opéré par l'arrêt *Banque canadienne de l'Ouest*, un arrêt récent de la Cour suprême pourrait permettre, s'il était interprété hors contexte et de manière peu rigoureuse, de soutenir que le critère de l'entrave ne s'applique pas aux relations de travail et à la gestion d'une entreprise fédérale. Ces domaines obéiraient à une logique différente selon laquelle toute loi provinciale valide affectant les relations de travail fédérales devrait être écartée. Il est donc nécessaire de s'y arrêter pour remettre rigoureusement en question ce qui semble être un retour du « fantôme » des arrêts *Bell*.

3.4 L'arrêt *NIL/TU,O* : retour du fantôme de *Bell*?

Compte tenu du revirement opéré dans l'arrêt *Banque canadienne de l'Ouest* et de la lecture que nous faisons de la jurisprudence constitutionnelle sur les relations de travail, le raisonnement de la Cour suprême dans l'arrêt *NIL/TU,O Child and Family Services Society c. B.C. Government and Service Employees' Union*¹⁴⁵ ne peut que surprendre. S'agissant de déterminer si le *Labour Relations Code*¹⁴⁶ de la Colombie-Britannique était applicable à un organisme d'aide à l'enfance fournissant des services à des enfants et familles autochtones, la Cour affirmait ceci :

En d'autres mots, pour déterminer si le pouvoir de régler les relations de travail d'une entité relèvera du gouvernement fédéral, ce qui aurait pour effet d'écartier la présomption de compétence provinciale, l'arrêt *Four B* exige que le tribunal applique tout d'abord le critère fonctionnel,

administratives » usuelles qui accompagnent les relations entre l'État et le citoyen. [...] Il est vrai par ailleurs que la Loi comporte une certaine forme d'ingérence dans les relations de travail au titre de l'apprentissage [...]. Cette incidence que je qualifierai de minime sur la gestion des entreprises fédérales et sur leurs relations de travail avec leurs employés est-elle suffisante pour rendre la Loi inapplicable à ces entreprises? Je ne le crois pas. Les entreprises fédérales demeurent assujetties aux lois provinciales d'application générale ».

145. *NIL/TU,O*, préc., note 35.

146. *Labour Relations Code*, R.S.B.C. 1996, c. 244.

c'est-à-dire qu'il examine la nature de l'entité, son exploitation et ses activités habituelles pour voir s'il s'agit d'une entreprise fédérale. C'est seulement lorsque cet examen n'est pas concluant qu'il doit ensuite examiner si la réglementation, par le gouvernement provincial, des *relations de travail* de l'entité porterait atteinte au chef de compétence fédérale en cause. Si c'est le cas, ses relations de travail seront assujetties à la réglementation fédérale. [...] Le fait de regrouper les deux étapes en un seul examen, comme l'ont fait le juge de première instance et la Cour d'appel, et comme le font la juge en chef McLachlin et le juge Fish dans leurs motifs concordants, a pour effet de transformer le critère traditionnel applicable en matière de relations de travail en un critère différent : celui que l'on utilise pour décider si une loi est « inapplicable » en vertu de la doctrine traditionnelle de l'exclusivité des compétences. L'analyse en deux étapes préserve l'intégrité du critère unique en matière de relations de travail [...] ¹⁴⁷.

La Cour semble laisser entendre, ce qui du même coup ferait ressurgir de ses cendres le critère du simple effet établi dans les arrêts *Bell* de 1966 et 1988, que dès qu'une entreprise, en vertu du test « fonctionnel » ¹⁴⁸, est de compétence fédérale en raison de la nature extra-provinciale de ses activités, toutes ses relations de travail sont à l'abri des lois provinciales d'application générale. Nous constaterons toutefois ci-dessous qu'une lecture très attentive de la jurisprudence sur laquelle s'appuie la Cour dans *NIL/TU,O* ne supporte pas la distinction qu'elle y établit entre les relations de travail et les autres champs de compétence fédérale.

147. *NIL/TU,O*, préc., note 35, par. 18, 20 [italiques de la Cour] [nos soulignements].

148. Pour de plus amples détails sur l'application de ce test « fonctionnel » en vertu duquel les tribunaux doivent analyser si les activités principales et normales des entreprises sont de nature locales ou interprovinciales, aux fins du partage des compétences, voir : D. ROBITAILLE, « Le local et l'interprovincial », préc., note 6.

3.4.1 La doctrine de l'exclusivité s'applique indistinctement aux différentes compétences fédérales

Il est en effet étonnant que la Cour ait conclu, dans le passage précité, à l'existence d'un critère constitutionnel unique dans le domaine des relations de travail qui se distinguerait du critère de l'entrave en application de la doctrine de l'exclusivité des compétences. Nous ne voyons pas en quoi le domaine des relations de travail serait à ce point différent des autres domaines de compétence dans lesquels le Conseil privé et la Cour ont par le passé toujours appliqué un test en deux étapes pour déterminer si un objet, sujet, entreprise, ouvrage ou compétence fédérale était à l'abri des lois provinciales d'application générale. Selon ce test, la première étape consiste à déterminer si le litige porte sur le cœur de la compétence fédérale ou les activités essentielles de l'entreprise fédérale et la seconde nécessite l'analyse des effets de la loi provinciale sur ce cœur ou ces éléments essentiels. Pour en arriver à cette conclusion quant au critère unique applicable aux relations de travail dans l'arrêt *NIL/TU,O*, la Cour s'appuie plus particulièrement sur le résumé que le juge Dickson faisait, dans l'arrêt *Northern Telecom c. Travailleurs en communication*¹⁴⁹, des motifs du juge Beetz dans l'arrêt de principe *Construction Montcalm*¹⁵⁰. Dans ce dernier, le juge Beetz écrivait en effet ceci :

[...] l'application de la loi provinciale ne doit pas entraver l'exploitation d'une entreprise fédérale [...], ni entraîner son démembrement [...]. Cette réserve n'est pas pertinente en l'espèce, puisque l'application de la loi provinciale n'entraverait pas l'exploitation d'une entreprise fédérale ni n'entraînerait le démembrement d'un ouvrage fédéral. *Une autre réserve a été apportée au principe lorsque l'on a statué dans l'arrêt Salaire minimum chez Bell Canada que la réglementation des relations de travail d'une entreprise, d'un service ou d'une affaire fédérale relève exclusivement du fédéral. Mais Montcalm n'est pas une entreprise, un service ou une affaire fédérale*¹⁵¹.

149. *Northern Telecom*, préc., note 6, 132.

150. Préc., note 36.

151. *Id.*, 774 [nos italiques].

À notre avis, ce passage ne devrait pas s'interpréter comme écartant l'application de toute loi provinciale qui a un effet sur les relations de travail dans une entreprise fédérale. D'abord, dans l'arrêt *Bell* de 1988, comme nous l'avons vu ci-dessus, la Cour passait du critère de la paralysie ou de la stérilisation des entreprises fédérales à celui du simple effet selon lequel il suffisait qu'une loi provinciale touche ou affecte les activités essentielles de l'entreprise, en l'occurrence la gestion et les relations de travail, pour qu'elle soit écartée. C'est en effet parce que la loi provinciale affectait les relations de travail qu'elle a été jugée inapplicable. Or, dans l'arrêt *NIL/TU,O*, la Cour passe sous silence le fait qu'en 1988, dans un litige portant justement sur les relations de travail, elle ait confirmé le critère du simple effet et que près de vingt ans plus tard, elle ait désavoué le raisonnement des arrêts *Bell* et préféré appliquer le critère de l'entrave dans le cadre de la doctrine de l'exclusivité des compétences¹⁵². Au surplus, dans ces arrêts et plusieurs autres, la Cour ne fit aucune distinction juridique entre les relations de travail et les autres domaines de compétence aux fins de l'application de la doctrine de l'exclusivité¹⁵³.

152. Sans qu'il ne traite de l'arrêt *NIL/TU,O*, c'est aussi l'interprétation que J. PENNER, préc., note 86, 8-9, fait de l'évolution de la doctrine de l'exclusivité des compétences. L'auteur fait en effet remarquer que l'arrêt *Bell 1966* a été suivi dans de nombreux arrêts, en particulier dans des affaires portant sur les relations de travail, entraînant l'immunisation quasi complète des compagnies fédérales, jusqu'à ce que la doctrine de l'immunité soit réinterprétée dans l'arrêt *Banque canadienne de l'Ouest* : « Nevertheless, the principle laid down in *Bell Canada (1966)* was accepted as orthodox constitutional theory (although not necessarily applied) in several Supreme Court decisions between 1966 and 1988 (when the next significant Supreme Court of Canada pronouncement on interjurisdictional immunity – and by far the most important case on the concept until *Canadian Western Bank* in 2007 – was handed down). These decisions include *Construction Montcalm Inc. v. Quebec (Minimum Wage Commission)*, *Four B Manufacturing Ltd v. UGW*, and *Northern Telecom Ltd v. Communication Workers of Canada* » [références omises].

153. *Banque canadienne de l'Ouest*, préc., note 27, par. 62-65; *Bell 1988*, préc., note 36, p. 833 : « [...] la règle d'exclusivité sanctionnée par *Bell Canada 1966* ne joue pas seulement en matière de relations de travail ou pour les entreprises fédérales. C'est là une facette d'un principe plus global, lequel interdit la sujétion des ouvrages, des choses ou des personnes qui relèvent de la compétence particulière et exclusive du Parlement aux lois

Nous constaterons maintenant qu'une analyse rigoureuse des arrêts du Conseil privé et de la Cour sur lesquels cette dernière s'appuie dans *NIL/TU,O*, ne favorisent pas non plus l'idée que les lois provinciales valides ne peuvent en aucun cas s'appliquer aux entreprises fédérales dès qu'elles ont une incidence sur leurs relations de travail.

3.4.2 La jurisprudence antérieure à *NIL/TU,O* n'exclut pas automatiquement l'application des lois provinciales valides aux relations de travail fédérales

Dans plusieurs des arrêts auxquels la Cour suprême réfère dans l'arrêt *NIL/TU,O* et dans d'autres arrêts pertinents, la Cour suprême ou le Conseil privé n'avaient pas à trancher la question

provinciales, lorsqu'une telle sujétion aurait pour conséquence d'atteindre ces ouvrages, choses ou personnes dans ce qui constitue leur spécificité fédérale »; *Clark c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1988] 2 R.C.S. 680, [ci-après « *Clark* »]. Par exemple, dans l'arrêt *Clark*, une Cour unanime écrivait ceci au sujet des principes établis dans l'arrêt *Construction Montcalm* : « Ces principes ont été récemment repris dans l'arrêt *Bell Canada c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)* [...]. Dans cette affaire, il avait été décidé que la loi provinciale sur la santé et la sécurité du travail ne s'appliquait pas à une entreprise relevant du par. 92(10) pour le motif que les mesures provinciales entraînent (à la p. 798) "directement et massivement d'une part dans le domaine des conditions de travail et des relations de travail et, d'autre part . . . dans le domaine de la gestion et des opérations des entreprises". La Cour est parvenue au même résultat dans deux autres arrêts rendus le même jour, *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Courtois*, [1988] 1 R.C.S. 868 et *Alltrans Express Ltd. c. British Columbia (Workers' Compensation Board)*, [1988] 1 R.C.S. 897. La loi provinciale sur la prescription d'actions n'empiète certainement pas sur la gestion et l'exploitation d'une entreprise de chemin de fer *de la même manière* que la loi visée dans ces affaires » [nos italiques]. Voir également ce passage d'un arrêt de la Cour d'appel au Québec au sujet de la trilogie de 1988 : *Québec (Procureur général) c. Midland Transport Ltée*, [2007] J.Q. no. 2618, par. 46 : « Ces trois décisions consacrent l'élargissement, amorcé avec l'arrêt *Bell Canada 1966*, du champ d'application de la doctrine de l'immunité interjuridictionnelle passant du test de la loi provinciale qui "entrave, stérilise ou paralyse" l'entreprise fédérale à celui, moins exigeant, de la loi qui "affecte un élément vital ou essentiel de l'entreprise sans effectivement aller jusqu'à nécessairement entraver ou paralyser cette dernière ».

précise de l'application d'une loi provinciale valide et d'application générale à une entreprise fédérale. Ainsi, dans les arrêts *Tessier Ltée. c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*¹⁵⁴, *Consolidated Fastfrate Inc. c. Western Canada Council of Teamsters*¹⁵⁵, *Four B. Man. c. Travailleurs unis du vêtement*¹⁵⁶, *Construction Montcalm*¹⁵⁷ et *Agence maritime Inc. c. Conseil canadien des relations ouvrières et al.*¹⁵⁸, la question ne se posait pas puisque les cinq entreprises parties aux litiges n'étaient pas fédérales en raison de la nature locale de leurs activités quotidiennes¹⁵⁹. Ces arrêts ne peuvent donc pas constituer des précédents quant à savoir si les lois provinciales d'application générale n'ayant pas pour caractère véritable de régir spécifiquement et de manière importante les relations de travail dans les entreprises fédérales s'appliquent à celles-ci malgré leurs effets sur les relations de travail.

Dans les arrêts *Ontario Hydro c. Ontario (Commission des relations du travail)*¹⁶⁰, *Northern Telecom*¹⁶¹, *C.C.R.T. c. La ville de Yellowknife*¹⁶² et *Union des facteurs du Canada c. Syndicat des postiers du Canada*¹⁶³, la Cour suprême devait déterminer si l'accréditation de syndicats relevait des lois provinciales ou fédérales sur les relations de travail. Il est bien évident qu'une loi provinciale dont l'objectif principal est de régir massivement les relations de travail, notamment l'accréditation syndicale, entraverait significativement la gestion d'une entreprise fédérale.

154. Préc., note 6.

155. *Id.*

156. *Four B. Man. c. Travailleurs unis du vêtement*, [1980] 1 R.C.S. 1031 [ci-après « *Four B* »].

157. Préc., note 6.

158. *Agence maritime Inc. c. Conseil canadien des relations ouvrières et al.*, [1969] S.C.R. 851 [ci-après « *Agence maritime* »].

159. *Tessier*, préc., note 6, par. 50-61; *Consolidated Fasfrate*, préc., note 6, par. 68-80; *Construction Montcalm*, préc., note 36, 774-776.

160. *Ontario Hydro c. Ontario (Commission des relations du travail)*, [1993] 3 R.C.S. 327.

161. Préc., note 6.

162. *C.C.R.T. c. La ville de Yellowknife*, [1977] 2 R.C.S. 729.

163. *Union des facteurs du Canada c. Syndicat des postiers du Canada*, [1975] 1 R.C.S. 178.

Cela pourrait expliquer pourquoi, dans ces arrêts, la Cour ne s'est pas demandé si la loi provinciale avait un effet inacceptable sur les relations de travail fédérales.

L'*Affaire sur le salaire minimum*¹⁶⁴ et l'*Affaire des débardeurs*¹⁶⁵ sont deux autres décisions parfois invoquées au soutien de l'enclave fédérale sur les relations de travail dans les entreprises fédérales. Dans la première, la Cour suprême jugea qu'une loi provinciale sur le salaire minimum ne s'appliquait pas à un employé d'un bureau de poste puisque cela « interférait directement » avec les relations de travail fédérales. Ce faisant, selon notre interprétation, ce n'est pas parce que la loi provinciale avait un simple effet sur la société ou la compétence fédérale qu'elle fût écartée, mais bien en raison de l'importance de cet effet, selon la Cour :

[...] the fixing of the wages of the Postal employees, is a matter in pith and substance "Postal Service Legislation", upon which the provinces may not legislate without *invading* a field "exclusively" assigned to the Dominion. [...] It cannot be said that the imposition of minimum wages and maximum hours relative to the employees in the Post Office does not attempt to *interfere directly* with the exercise of Dominion power in respect to the Postal Service¹⁶⁶.

Si l'imposition des heures de travail et du salaire dans une entreprise fédérale avait certes un effet sur la compétence fédérale, il n'est pas certain que cela entraverait l'entreprise ou la compétence fédérale à la lumière du revirement établi dans l'arrêt *Banque canadienne de l'Ouest*. Si l'*Affaire sur le salaire minimum* devait s'interpréter différemment, c'est-à-dire comme excluant l'application de toute loi provinciale valide indépendamment de son effet sur la compétence ou l'entreprise fédérale, son importance et

164. *In the Matter of a Reference as to the Applicability of the Minimum Wage Act of Saskatchewan to an Employee of a Revenue Post Office*, [1948] S.C.R. 248 [ci-après « *Affaire sur le salaire minimum* »].

165. Préc., note 36.

166. *Affaire sur le salaire minimum*, préc., note 164, 257, 272 [nos italiques].

sa portée juridiques devraient selon nous être limitées à la lumière des développements constitutionnels récents.

Dans l'*Affaire des débardeurs*, la loi ancêtre du *Code canadien du travail*¹⁶⁷ avait préalablement été jugée invalide par le Conseil privé puisqu'elle avait pour prétention de s'appliquer aux relations de travail fédérales et provinciales, empiétant ainsi drastiquement sur la compétence provinciale sur la propriété et les droits civils¹⁶⁸. La Cour suprême devait déterminer si la nouvelle loi, limitée cette fois aux relations de travail dans les entreprises fédérales, était valide et, le cas échéant, si elle s'appliquait aux employés d'une entreprise de débardage en fonction de la nature – locale ou interprovinciale – de ses activités essentielles. La question de l'application d'une loi provinciale valide et d'application générale affectant les relations de travail dans une entreprise fédérale et celle, conséquente, de savoir si cette dernière paralyse ou stérilise une entreprise fédérale n'étaient donc pas du tout posées¹⁶⁹. En conséquence, l'*Affaire des débardeurs* ne peut pas rigoureusement appuyer l'idée, comme on l'a déjà fait¹⁷⁰, que les normes provinciales ne peuvent en aucun cas et peu importe l'angle ou l'aspect par lequel elles le font, s'appliquer au domaine des relations de travail dans les entreprises fédérales. C'est d'ailleurs ce qui ressort, *a contrario*, des motifs distincts du juge Kellock : « [i]f the matter dealt with by the legislation in question on this Reference can therefore be said to fall within the scope of management of the undertakings excepted by s. 92(10), there would be no room for provincial legislation *on the same subject matter* with relation to such an undertaking [...] »¹⁷¹. Selon ce raisonnement, si une loi provinciale ne pouvait valablement avoir pour caractère véritable de régir directement la négociation collective, l'accréditation des associations syndicales, les pratiques de travail injustes et la solution des différends entre employeurs et employés dans les

167. L.R.C. (1985), c. L-2.

168. Snider, préc., note 36.

169. Voir les questions précises dont la Cour était saisie ainsi que les motifs distincts du juge Kellock : *Affaire des débardeurs*, préc., note 36, 530, 557.

170. Voir notamment *Bell 1988*, préc., note 36, 762.

171. *Affaire des débardeurs*, préc., note 36, 557 [nos italiques].

entreprises fédérales, les provinces pouvaient néanmoins affecter les relations de travail dans ces entreprises par l'application de lois générales valides¹⁷².

Soulignons enfin que dans l'arrêt *NIL/TU,O*, la Cour devait déterminer si une accréditation syndicale dans une entreprise fédérale relevait du droit fédéral ou provincial; il va de soi, comme nous le soulignons, que l'application d'une loi provinciale ayant pour objet de régir toutes les relations de travail entraverait nécessairement le cœur des activités d'une entreprise fédérale et ne saurait donc s'y appliquer. C'est d'ailleurs ce que laissait clairement entendre la Cour d'appel fédérale, dont le raisonnement était selon nous plus fidèle à la jurisprudence constitutionnelle, dans une affaire – dont les faits sont quasi-identiques à ceux de l'arrêt *NIL/TU,O* – visant à déterminer l'autorité, fédérale ou provinciale, compétente pour accréditer l'unité de représentation syndicale des employés d'une association d'aide aux enfants autochtones constituée en vertu d'une loi provinciale :

The Supreme Court has recently changed the law of interjurisdictional immunity. In *Canadian Western Bank v. Alberta*, 2007 SCC 22 at para. 50, the court made clear that provincial laws would not be immunized from operation unless they impair the "basic, minimum, and unassailable content" of a federal head of power; it is not sufficient for the provincial law to merely affect such subject matter, which was the previous test. [...] In the present case, I do not believe it is necessary for this court to decide whether Aboriginal family relationships fall within the "core of Indianness", because I find that even if they do, *those*

172. Dans le contexte factuel de l'arrêt *Bell* de 1988, le juge Beetz écrivait d'ailleurs ceci, dans un passage ignoré dans les écrits que nous avons consultés sur le partage des compétences sur les relations de travail : « L'identité parfaite de ces deux objectifs démontre qu'il n'y a pas deux aspects et deux fins selon que la législation est fédérale ou provinciale. À mon avis, les deux législateurs légifèrent pour les mêmes fins et sous le même aspect. Or ils ne disposent pas en l'espèce d'une compétence législative conjointe, mais de compétences législatives mutuellement exclusives » : *Bell 1988*, préc., note 36, p. 853 [soulignement du juge Beetz].

*relationships are in no way impaired by the Child and Family Services Act, nor the actual operations of Native Child. [...] [E]ven if aboriginal family relationships were found to fall within the "core of Indianness", there would be no impairment, and interjurisdictional immunity does not apply*¹⁷³.

Considéré dans le contexte de la question précise que la Cour devait trancher et d'une interprétation plus rigoureuse de la jurisprudence constitutionnelle, l'arrêt *NL/TU,O* ne permet pas d'écarter instantanément l'application de toutes les lois provinciales qui ont un effet sur la gestion des entreprises fédérales et leurs relations de travail. Cette question n'était pas posée dans cet arrêt et ce serait en faire une interprétation exagérément libérale que d'affirmer que celui-ci soutient juridiquement l'exclusion automatique des lois provinciales valides indépendamment de toute analyse de leurs effets.

Compte tenu de ce qui précède, et des développements de la seconde partie, la réglementation de la langue dans une entreprise fédérale nous semble donc être une matière de double aspect, le Parlement étant compétent en matière de transport interprovincial¹⁷⁴, de navigation¹⁷⁵, de poste¹⁷⁶ et d'opérations bancaires¹⁷⁷ et l'Assemblée nationale du Québec en ce qui concerne la propriété et les droits civils¹⁷⁸, l'imposition de pénalités pour non-respect des lois québécoises¹⁷⁹ et les questions d'une nature purement locale¹⁸⁰. La complémentarité et la souplesse que permet cette approche, contrairement à celle fondée sur l'exclusivité,

173. *Native Child and Family Services of Toronto c. Communication, Energy and Paperworkers Union of Canada*, [2009] 1 C.N.L.R. 218, par. 26, 37 [nos italiques]; Arrêt confirmé par la Cour suprême : *Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier c. Native Child and Family Services of Toronto*, [2010] 2 R.C.S. 737.

174. *L.C. 1867*, préc., note 5, art. 92(10)(a).

175. *Id.*, art. 91(10).

176. *Id.*, art. 91(5).

177. *Id.*, art. 91(15).

178. *Id.*, art. 92(13).

179. *Id.*, art. 92(15).

180. *Id.*, art. 92(16).

s'inscrit par ailleurs parfaitement dans une conception moderne du fédéralisme en permettant d'éviter le vide juridique que l'application de cette dernière doctrine engendrerait pour les travailleurs d'entreprises fédérales non-assujetties à la *Loi sur les langues officielles* du Canada¹⁸¹. C'est d'ailleurs l'approche que préconisait clairement la Cour suprême eu égard à la détermination des exigences linguistiques législatives applicables à la procédure criminelle :

À mon avis, en l'absence d'une législation fédérale qui traite valablement de la langue des procédures ou autres matières portées devant les tribunaux provinciaux et relevant de l'autorité législative exclusive du Parlement fédéral, il est permis à la législature du Nouveau-Brunswick de légiférer à l'égard des langues dans lesquelles on peut conduire les procédures devant les tribunaux établis par cette législature. [...] [La] situation en l'espèce appelle [...] l'application d'une doctrine des compétences législatives concurrentes sous réserve de prépondérance des lois fédérales¹⁸².

Seules les lois provinciales qui entravent les relations de travail fédérales devraient donc être jugées inapplicables. Dans une telle hypothèse, ces lois provinciales demeureraient bien entendu valides. Il faut en effet bien distinguer les lois provinciales qui ont pour objet de régir les relations de travail et qui, ce faisant, seraient inconstitutionnelles, de celles qui, bien qu'ayant un effet sur celle-ci – que ce soit des effets accessoires ou des effets plus importants justifiés par le test de l'empiètement établi dans l'arrêt *General Motors*¹⁸³ ou de l'entrave appliqué en vertu de la doctrine de

181. *Supra*, note 24. Comme le soulignent avec justesse les professeurs H. BRUN, G. TREMBLAY et E. BROUILLET, préc., note 26, p. 463 : « [l']applicabilité constitutionnelle est importante étant donné la tendance des parlements à légiférer en termes généraux et à partir d'approches qui ne correspondent pas aux domaines de compétences énoncés dans la *Loi constitutionnelle de 1867* : lois sur les langues et les droits fondamentaux de la personne, législation générale sur l'économie, l'environnement, la protection du consommateur, etc. ».

182. *Jones*, préc., note 34, 197-198.

183. *General Motors c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641.

l'exclusivité – ne visent pas à régir les relations de travail fédérales¹⁸⁴, comme c'est le cas de la *Charte de la langue française*. Le professeur Gélinas, dans le contexte de l'arrêt *Bell* de 1988, expliquait d'ailleurs clairement la distinction entre l'invalidité des lois qui découle de la doctrine du caractère véritable et l'inapplicabilité résultant de la doctrine de l'exclusivité des compétences à l'égard de lois provinciales valides :

Cette conclusion est difficilement conciliable avec la doctrine du caractère véritable [...], du moins dans son acception moderne, selon laquelle les applications éventuelles d'une loi ne sont prises en compte qu'à la seule fin d'en évaluer l'essence, qui rend la loi soit valide dans toutes ses applications, soit complètement nulle, selon la catégorie à laquelle elle est reliée. Cette doctrine n'a jamais prévu la scission de certaines applications d'une loi après une première qualification; elle requiert au contraire de prendre en compte, avec l'objet, les différentes applications et incidences éventuelles d'une loi, afin d'en arriver à une évaluation globale et unique qui permette un jugement exhaustif et final sur sa validité. En vertu de cette seule doctrine, la loi est *intra vires* et donc valide, selon nous, dans toutes ses applications. [...] [L']exclusivité n'empêche normalement pas une province de toucher indirectement le domaine [fédéral] [...] pour autant que le caractère véritable de sa législation ne se rattache pas [...] [à cette compétence fédérale]. [...] Mais il faut admettre qu'il s'agit bel et bien d'une immunité à l'encontre d'une loi d'abord jugée valide suite à une qualification selon la doctrine du caractère véritable¹⁸⁵.

184. De manière générale, voir D. GIBSON, préc., note 86, p. 54-55, critiquant le critère du simple effet utilisé dans l'arrêt *Bell 1966*.

185. F. GÉLINAS, préc., note 86, p. 492 et 493. Voir également *supra*, note 45. À cet égard, nous ne partageons pas la position de J. PENNER, préc., note 86, p. 20-21, selon qui la doctrine de l'immunité interjuridictionnelle n'est rien d'autre que l'application du bon vieux principe de l'exclusivité des compétences, déguisé par la doctrine et la jurisprudence, et de la doctrine du caractère véritable qui permettent de déterminer si une loi a franchi la frontière établie par la *L.C. 1867* et est conséquemment invalide. Une telle position confond, selon nous, deux caractéristiques pourtant très différentes d'une loi, soit sa validité et son applicabilité. Il est important,

Comme nous le verrons maintenant, la *Charte* aura certainement un effet sur la gestion et les conditions de travail des entreprises fédérales, qui en constituent des éléments essentiels. Reste toutefois à déterminer si son application en entraverait l'exercice puisqu'« [e]n l'absence d'une entrave, la doctrine de l'exclusivité des compétences ne s'applique pas »¹⁸⁶.

4. La Charte de la langue française n'entrave pas la gestion et les relations de travail des entreprises fédérales

Comme nous l'indiquions précédemment¹⁸⁷ – il importe d'insister sur ce point –, la version actuelle de la *Charte* n'exige d'aucune façon l'usage exclusif du français, mais seulement sa prédominance sur les autres langues. En termes de relations publiques, de publicité et, d'une manière plus générale, de communications externes, il serait pour le moins douteux que cette exigence minimale entrave les activités essentielles d'une entreprise. Il serait d'ailleurs impensable qu'une entreprise communique avec le public sans avoir pour principal objectif de se faire comprendre par ce dernier; cela ne lui serait clairement pas profitable.

pour que le droit provincial conserve sa pleine légitimité, que ces deux facettes continuent d'être appliquées distinctement. Le raisonnement de Penner pourrait en effet s'avérer défavorable à l'application régulière des lois provinciales. Plutôt que d'invalider une loi provinciale d'application générale ou une partie de celle-ci qui aurait des effets significatifs sur une entreprise fédérale ou, comme le suggère Penner aux pp. 21-26, d'en faire une interprétation atténuée, il serait selon nous préférable de tenir compte de ces effets à l'étape de la détermination de son applicabilité et du critère de l'entrave établi dans l'arrêt *Banque canadienne de l'Ouest*, dans la mesure bien entendu où ces effets ne sont pas disproportionnés au point de rendre invalide le caractère véritable de la loi. Dans l'arrêt *Québec (Procureur général) c. Lacombe*, [2010] 2 R.C.S. 453, par. 152, le juge LeBel faisait d'ailleurs remarquer, dans ses motifs concordants, que le « glissement est fréquent » entre les questions de validité et d'inapplicabilité qui ne sont pas toujours très clairement distinguées et sont parfois appliquées de manière peu rigoureuse. Voir également les par. 113-115 de cet arrêt.

186. *Banque canadienne de l'Ouest*, préc., note 27, par. 48 et 49.

187. *Supra*, note 66.

La question doit donc se poser sur le plan de la communication interne, à savoir la langue de travail utilisée au sein même de l'entreprise. À ce sujet, tel que nous le constaterons, la *Charte*, ses règlements, de même que son interprétation par les tribunaux, sont empreints d'une flexibilité telle que celle-ci ne saurait, dans la plupart des cas, entraver les activités essentielles des entreprises fédérales, en particulier leurs gestion et relations de travail; au contraire, toute entreprise dont la gérance est avisée ne pourrait finalement qu'en bénéficier.

4.1 La flexibilité prévue par la *Charte* et ses règlements

Ainsi, malgré l'obligation qui leur est imposée de mettre sur pied un programme de francisation¹⁸⁸, les entreprises de cent employés ou plus dont la moyenne des revenus provient en majorité de l'extérieur de la province¹⁸⁹ peuvent faire valoir certains facteurs géographiques, économiques et technologiques¹⁹⁰ justifiant l'impossibilité de satisfaire à cette exigence. Cela leur permet conséquemment, après une évaluation de la situation linguistique de l'entreprise¹⁹¹, de conclure une entente particulière avec l'Office afin d'utiliser une autre langue de fonctionnement¹⁹². Si cet examen

188. *Charte*, préc., note 9, art. 136.

189. *Règlement de l'Office québécois de la langue française sur la définition de «siège» et sur la reconnaissance des sièges pouvant faire l'objet d'ententes particulières avec l'Office avec l'Office*, R.R.Q., 1981, c. C-11, r. 3., art. 4 [ci-après « *Règlement sur la définition de «siège»* »].

190. Ces facteurs sont les suivants : la fréquence des relations avec l'étranger, la complexité des techniques que l'entreprise utilise, ses besoins en personnel spécialisé et les incidences que l'application de son programme de francisation à l'intérieur de son siège peut avoir sur sa position concurrentielle. Comme le soulignait P. BOUCHARD, préc., note 20, 86-88, la mondialisation, les nouvelles technologies de l'information et le lieu du siège social sont des facteurs qui influent grandement sur la situation linguistique des entreprises.

191. *Règlement sur la définition de «siège»*, préc., note 189, art. 7.

192. *Charte*, préc., note 9, art. 144 : « L'application des programmes de francisation à l'intérieur des sièges et des centres de recherche peut faire l'objet d'ententes particulières avec l'Office afin de permettre l'utilisation d'une autre langue que le français comme langue de fonctionnement. Ces ententes sont valables pour une période d'au plus cinq ans, renouvelable. Le gouvernement détermine, par règlement, dans quels cas, dans quelles

préalable par l'Office peut affecter la gestion de l'entreprise, il peut tout aussi bien avoir des effets considérablement bénéfiques pour celle-ci en lui permettant de déterminer ses besoins en matière linguistique – notamment les exigences relatives aux tâches qu'elle demande à ses employés ou eu égard aux communications avec sa clientèle et ses fournisseurs –, lui permettant ainsi de rester compétitive dans son marché¹⁹³. Soulignons, au surplus, que cette analyse linguistique doit être réalisée par le comité de francisation, composé pour moitié de travailleurs nommés par l'association accréditée ou élus par leurs pairs et, pour l'autre moitié, de représentants de la direction dont fait partie le président du Comité¹⁹⁴. Enfin, l'entente particulière permettant de se soustraire à la lettre de la *Charte* peut porter sur l'ensemble des relations de travail, que ce soit en matière de communication, d'affichage interne de postes disponibles, de mutations ou de déplacements d'employés ou encore en ce qui concerne les politiques relatives à l'embauche¹⁹⁵.

conditions et suivant quelles modalités un siège et un centre de recherche peuvent bénéficier d'une telle entente. Ce règlement peut déterminer les matières sur lesquelles certaines dispositions de ces ententes doivent porter ».

193. À ce sujet, dans un récent rapport, le Conference Board du Canada concluait que la connaissance de la langue française est devenue incontournable pour les entreprises canadiennes, étant donné la forte proportion d'échanges entre le Canada et d'autres États francophones. De ce fait, la francisation des entreprises ne peut avoir d'effets néfastes sur leur gestion, bien au contraire. Pour plus de détails, voir CONFERENCE BOARD DU CANADA, préc., note 30.
194. Pour de plus amples informations à ce sujet, voir GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, OFFICE QUÉBÉCOIS DE LA LANGUE FRANÇAISE, *Comités de francisation en bref - Formation du comité de francisation*, février 2013 [Ressource électronique], en ligne : <http://www.oqlf.gouv.qc.ca/francisation/entreprises/entreprises_plus/cf_formation.html> (site consulté le 24 juillet 2013).
195. *Règlement précisant la portée des termes et des expressions utilisés à l'article 144 de la Charte de la langue française et facilitant sa mise en œuvre*, R.R.Q., 1981, c. C-11, r. 12, art. 3 : « Au premier alinéa de l'article 144 de la Loi, l'expression «ententes particulières» signifie les accords négociés entre l'Office et une entreprise visant à autoriser l'utilisation d'une autre langue que le français comme langue de fonctionnement du siège de cette entreprise tout en comportant des dispositions relatives aux points suivants:

Dans ces conditions, il est difficile d’imaginer que la présence d’un comité de francisation puisse nuire considérablement à la gestion de l’entreprise.

Le *Règlement sur la langue du commerce et des affaires*¹⁹⁶ permet à son tour plusieurs dérogations aux articles 51 et 52 de la *Charte* relatifs aux inscriptions apparaissant sur un produit et aux catalogues, annuaires ou autres supports promotionnels. Par exemple, en vertu du paragraphe 3(2) de ce règlement, « l’inscription [qui] figure sur un contenant servant au transport interprovincial ou international de marchandises » peut être rédigée uniquement dans une autre langue que le français.

Il apparaît donc clairement que le législateur a su reconnaître le contexte dans lequel évoluent certaines entreprises, par une approche leur permettant de s’adapter aux réalités linguistiques du Québec sans toutefois être atteintes dans leur spécificité¹⁹⁷. Plus encore, comme nous l’avons vu, aucune des dispositions portant sur la francisation des entreprises ne peut être interprétée de manière à entraver les droits de gérance inhérents à la direction des

-
- a) l’utilisation du français au Québec dans les communications avec la clientèle, les fournisseurs, le public, ainsi qu’avec les actionnaires et les détenteurs d’autres titres;
 - b) l’utilisation du français dans les communications avec les dirigeants et le personnel des établissements de l’entreprise au Québec;
 - c) l’utilisation du français dans les communications reliées aux liens contractuels existant entre l’entreprise et les employés du siège;
 - d) l’utilisation du français dans l’affichage interne dans les lieux où travaillent les personnes faisant partie du siège;
 - e) l’augmentation à tous les niveaux du nombre de personnes ayant une bonne connaissance de la langue française;
 - f) l’utilisation progressive d’une terminologie française;
 - g) l’adoption d’une politique d’embauche, de promotion et de mutation appropriée à l’utilisation du français;
 - h) les causes de modification, de suspension ou d’annulation de l’entente. »

196. Préc., note 29.

197. Notons d’ailleurs qu’une preuve de diligence raisonnable dans le cadre d’une infraction aux dispositions relatives à la francisation des entreprises suffit à s’exonérer : *Québec (Procureur général) c. Produits métalliques CMP ltée*, [2004] n° AZ-50286962 (D.T.E.).

entreprises¹⁹⁸ ni autrement empêcher l'utilisation d'une autre langue au sein des entreprises assujetties¹⁹⁹.

Une telle souplesse se retrouve également dans l'interprétation de la *Charte* par les tribunaux spécialisés. À titre d'exemple, nous n'évoquerons dans la section qui suit que l'interprétation qui a été faite des articles 46 et 45 de la *Charte*. Ces dispositions affectent la relation employeur-employé et seraient, selon nous, les plus susceptibles d'être considérées par certains comme une forme d'entrave à la gestion des entreprises fédérales.

4.2 L'application flexible de la *Charte* en matière d'embauche

À l'étape de l'embauche, l'article 46 de la *Charte* permet à toute entreprise de justifier une exigence de la connaissance d'une autre langue, en autant qu'elle soit « véritablement nécessaire » à l'accomplissement de la tâche²⁰⁰. Comme nous le verrons ci-dessous, plusieurs facteurs peuvent être considérés afin de déterminer si l'exigence se justifie et il s'agit d'une analyse dont le résultat dépend

198. La Cour d'appel affirmait d'ailleurs que « [l]a *Charte* ne comporte pas de clause exigeant par exemple la tenue des livres de minutes des corporations dans la langue officielle, même si plusieurs articles imposent aux corporations l'usage de la langue officielle dans leurs contrats, publicité et autres documents » : *Lagacé c. Union des employés de commerce, local 504 (T.U.A.C., F.T.Q.)*, [1988] R.J.Q. 1791, 1797.

199. En ce sens, la direction n'a aucune obligation de fournir du matériel informatique à ses employés, ni à le fournir dans leur « langue d'usage ». Dans ce contexte, rien n'interdit à l'employeur de fournir du matériel disponible dans plusieurs langues, puisque ce qui est recherché dans le cadre de la francisation des entreprises est l'utilisation « optimale » du français, eu égard aux réalités linguistiques de l'entreprise : *Chiasson c. Procureur général du Québec*, [2000] n° AZ-50077083, par. 59-61 (C.S.); *Rolls-Royce Canada Ltée c. A.I.M.T.A., local 2468*, [2004] n° AZ-50252139 (T.A.).

200. *L'Université de Montréal c. Le syndicat des employé(e)s de l'Université de Montréal, local 1244, CSFP-FTQ*, [2012] n° AZ-50851785 (T.A.), par. 63 et 74. L'article 46 « [...] interdit à un employeur d'exiger pour l'accès à un emploi ou à un poste la connaissance ou un niveau de connaissance spécifique d'une langue autre que la langue officielle, à moins que l'accomplissement de la tâche ne nécessite une telle connaissance ».

des circonstances propres à chaque cas. Notre analyse des décisions pertinentes, dont aucune n'a fait l'objet d'un contrôle judiciaire ou d'un appel, démontrera clairement la souplesse avec laquelle ce critère de nécessité est mis en œuvre en pratique.

4.2.1 La rationalité comme critère de nécessité

Dans certaines décisions, des juges ou arbitres ont évalué le caractère justifié de l'exigence de connaître une autre langue à l'aune d'un critère de rationalité, de pertinence ou de raisonnable, se satisfaisant de la démonstration par l'employeur qu'elle est le fruit d'une analyse sérieuse des besoins du poste à combler. Ce faisant, la jurisprudence élargit considérablement les possibilités pour un employeur d'exiger la connaissance d'une autre langue. Par exemple, dans l'affaire *Syndicat canadien de la fonction publique, local 1108 c. CHUQ – Pavillon Hôtel-Dieu de Québec*²⁰¹, la requérante contestait, en vain, l'exigence d'une bonne connaissance de l'anglais pour un poste de technicien d'administration. L'arbitre rejetait le grief au motif que cette condition d'embauche était raisonnable, non arbitraire, non discriminatoire et déterminée de bonne foi, limitant ce faisant l'opportunité d'une intervention judiciaire²⁰². Dans une autre affaire, l'arbitre Jean-Guy Ménard affirmait que le but visé par l'article 46 est de faire en sorte que la « raison d'être » de la fonction se réalise en permettant l'usage d'une autre langue²⁰³. Dans ses fonctions d'arbitre, le professeur Denis Nadeau concluait également en ce sens en jugeant que l'exigence de la connaissance de la langue anglaise pour une avocate du contentieux de la Direction de la protection de la jeunesse était « rationnellement lié[e] à l'exécution du travail »²⁰⁴ et conséquemment justifiée. Comme nous pouvons le

201. [2009] n° AZ-50596506 (T.A.).

202. *Id.*, par. 46 et 62.

203. *Fédération des infirmières et infirmiers du Québec – Etablissement C.L.S.C. de Hull c. C.L.S.C. de Hull*, cité dans *Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 1459 c. Centre jeunesse de l'Abitibi-Témiscamingue*, [2011] n° AZ-50806345, par. 145 (T.A.) [ci-après « *Centre jeunesse de l'Abitibi-Témiscamingue* »].

204. *Centre jeunesse de l'Abitibi-Témiscamingue*, préc., note 203, par. 91 [nos italiques].

constater, l'application de la *Charte*, dans un contexte d'embauche, ne risque pas d'entraver les activités essentielles d'une organisation donnée puisqu'il semble relativement aisé d'établir qu'une autre langue soit nécessaire afin que ces activités puissent être effectuées.

4.2.2 L'importance de la communication pour le poste occupé

Dans l'affaire *Syndicat de l'enseignement de l'Ouest de Montréal, (C.E.Q.) c. Commission scolaire de Ste-Croix*²⁰⁵, le grief contestant l'obligation imposée à une agente de bureau de l'école Pierre-Laporte de Montréal de connaître l'anglais a été rejeté. La preuve mit en lumière que l'emploi nécessitait véritablement la connaissance de l'anglais puisqu'il s'agissait d'un poste de « communication de première ligne », 30% des élèves de l'école étant anglophones et leurs parents utilisant l'anglais à 80%. L'arbitre Diane Sabourin expliquait alors :

[...] pour attirer un plus grand nombre d'élèves, l'école Pierre-Laporte a d'abord voulu attirer les parents de ces élèves en établissant avec eux une bonne communication. Pour ce faire, il lui faut nécessairement échanger en anglais, soit la langue qui est utilisée par la très grande majorité d'entre eux. Le caractère nécessaire de la connaissance de la langue anglaise découle également, en l'espèce, de la tâche spécifique de l'agent de bureau en cause. Suivant la prépondérance de la preuve offerte dans la présente affaire, cette dernière constitue le « pivot de communication de 1ère ligne » [...] ²⁰⁶.

Ce critère peut également être fondé sur la nécessité de connaître une autre langue afin d'offrir un service de meilleure qualité. C'est ce qui ressort des motifs de la Cour supérieure dans l'affaire *Hôpital chinois de Montréal c. Syndicat canadien de la*

205. *Syndicat de l'enseignement de l'Ouest de Montréal (C.E.Q.) c. Commission scolaire de Ste-Croix*, [1989] D.T.E. 89T-804 (T.A.).

206. *Id.*, p. 16.

*fonction publique (section locale 2948)*²⁰⁷. Le poste de chef d'équipe des préposés aux bénéficiaires demandait en effet d'obtenir la confiance des patients afin d'établir une relation personnalisée et à long terme avec eux²⁰⁸. Ces derniers devaient fournir des renseignements personnels afin de recevoir les meilleurs soins possibles, la communication étant, dès lors, le principal facteur à considérer.

4.2.3 La segmentation de la clientèle

L'on pourrait croire a priori que les communications avec une clientèle très minoritairement composée d'anglophones ne suffiraient pas à justifier la connaissance de l'anglais. En examinant ce critère de plus près, l'on constate au contraire que l'élément le plus important consiste à évaluer la proportion de clients réellement servis dans cette langue. Ainsi, dans l'affaire *Lorraine Goulet c. Le Centre des services sociaux de l'Outaouais*²⁰⁹, l'Office rejetait la plainte de la requérante au motif que, bien que le marché desservi par l'institution n'était composé que de 10% d'anglophones, 45% des dossiers traités l'étaient au bénéfice d'enfants anglophones en difficulté et de leurs parents²¹⁰. De la même façon, dans l'affaire *Hôpital chinois de Montréal*²¹¹, la Cour supérieure accueillait la demande en contestation judiciaire d'une décision de l'Office ayant conclu au caractère injustifié de l'exigence selon laquelle les chefs d'équipe devaient avoir une connaissance du cantonais et du toïsonnais, des dialectes asiatiques. Dans ce cas, hormis le fait que la tâche de chef d'équipe demandait une communication constante et de première ligne avec les patients²¹²,

207. [2000] R.J.D.T. 64 (C.S.) [ci-après « *Hôpital chinois de Montréal* »]. Voir aussi *Cossette c. La société des casinos du Québec Inc. Casino de Montréal*, [2008] n° AZ-50517434 (C.R.T.) où le critère du premier contact fut utilisé abondamment.

208. *Hôpital chinois de Montréal*, préc., note 207, p. 70, 80.

209. *Goulet c. Le Centre des services sociaux de l'Outaouais*, (O.L.F), cité dans *L'Université de Montréal c. Le syndicat des employé(e)s de l'Université de Montréal, Local 1244, CSFP-FTQ*, préc., note 200, par. 69.

210. *Id.*

211. Préc., note 207.

212. *Id.*, p. 70, 80, 91.

fut pris en compte le fait que la quasi-totalité des bénéficiaires étaient de langue cantonaise ou toisonnaise²¹³. Enfin, dans la décision *Sandra Cossette c. La société des casinos du Québec Inc. Casino de Montréal*²¹⁴, il fut établi qu'une clientèle composée de 20% de personnes non francophones pouvait justifier l'exigence de connaître l'anglais pour un emploi de gardien de sécurité qui avait à entrer en contact avec la clientèle dès l'arrivée de celle-ci dans l'enceinte du casino²¹⁵.

4.2.4 L'accomplissement efficace de l'emploi

L'exigence de la connaissance d'une autre langue en vertu du critère de nécessité prévu à l'article 46 de la *Charte* vise également à faire en sorte que l'employeur puisse accomplir sa mission dans son essence même, ce qui semble tout le contraire d'une entrave aux activités de l'entreprise. Par exemple, alors qu'un poste de technicien en information au bureau des étudiants affiché à l'Université de Montréal demandait une bonne connaissance de l'anglais²¹⁶, il fût mis en preuve que cette exigence se justifiait par le fait que, prise d'une manière globale, la communication inhérente au poste demandait à l'employé d'échanger aussi bien à l'oral qu'à l'écrit avec des étudiants anglophones²¹⁷. L'arbitre Jean-Guy Clément conclut que le critère de nécessité prévu à l'article 46 de la *Charte* sert à faire en sorte que les tâches soient accomplies avec la meilleure efficacité possible, rejoignant en grande partie l'opinion du juge Halperin de la Cour supérieure dans l'affaire *Hôpital chinois de Montréal*²¹⁸. La Cour y décidait en effet que si l'employeur ne peut être en mesure de continuer à offrir ses services sans l'exigence requise, cette dernière sera alors justifiée²¹⁹. Dans la décision

213. *Id.*, p. 68, 91.

214. Préc., note 207.

215. *Id.*, par. 44.

216. *Syndicat des employés de l'Université de Montréal, local 1244, (S.C.F.P.) c. Université de Montréal*, [2009] n° AZ-50669307 (T.A.), cité dans *L'Université de Montréal c. Le syndicat des employé(e)s de l'Université de Montréal, Local 1244, CSFP-FTQ*, préc., note 200.

217. *Id.*, par. 68.

218. *Hôpital chinois de Montréal*, préc., note 207.

219. *Id.*, p. 74 et suiv.

Sandra Cossette, la politique de l'employeur visant à séduire une clientèle américaine et étrangère et ses agissements dans le cadre du développement de ses parts dans un marché hautement concurrentiel situé à l'extérieur du Québec sont d'autres critères qui ont été retenus afin de justifier l'exigence de la connaissance de l'anglais pour un poste de gardien de sécurité²²⁰. Enfin, le simple risque que l'employeur soit affecté dans le fonctionnement de son organisation ou qu'il soit, du fait de l'unilinguisme d'un employé, empêché d'exécuter ses obligations à l'égard de sa clientèle est un autre facteur permettant de fonder l'exigence prévue à l'article 46 de la *Charte*²²¹.

Comme l'analyse qui précède le démontre, il est tout à fait possible pour un employeur de justifier l'exigence de la connaissance d'une autre langue dans l'affichage d'un poste à combler dans son entreprise. La jurisprudence démontre en effet à quel point la mise en œuvre de la *Charte* demeure suffisamment souple, évitant ce faisant d'entraver la gestion de l'entreprise.

4.3 L'application (moins) flexible de la *Charte* en matière de congédiement, mise à pied, rétrogradation et mutation

En ce qui concerne l'article 45 de la *Charte*, l'argument demeure plus ténu, sans toutefois être dénué de tout fondement juridique. Cette disposition empêche en effet un employeur de « [...] congédier, de mettre à pied, de rétrograder ou de déplacer un membre de son personnel *pour la seule raison que ce dernier ne parle que le français ou qu'il ne connaît pas suffisamment une langue donnée* autre que la langue officielle ou parce qu'il a exigé le respect d'un droit découlant des dispositions du [chapitre VI] »²²². Malgré la rigidité apparente du libellé de cette disposition, il importe de souligner que l'employeur conserve néanmoins la possibilité de gérer son personnel comme il l'entend, bien qu'il ne lui soit pas loisible de modifier le statut d'un employé *pour une simple raison*

220. *Sandra Cossette c. La société des casinos du Québec Inc. Casino de Montréal*, préc., note 207, par. 45.

221. *Centre jeunesse de l'Abitibi-Témiscamingue*, préc., note 203, par. 144.

222. *Charte*, préc., note 9, art. 45 al. 1 [nos italiques].

linguistique. Il s'agit bien sûr d'une limite bien réelle à sa capacité de gestion, laquelle demeure toutefois selon nous à l'intérieur de la frontière de l'entrave. Souvenons-nous, en effet, que la Cour suprême estime que les lois provinciales d'application générale peuvent légitimement imposer de « graves » ou d'« importantes » conséquences préjudiciables aux entreprises fédérales²²³.

Pour justifier le congédiement, la mise à pied, la rétrogradation ou le déplacement d'un employé, l'employeur devra démontrer l'existence d'une autre cause de modification de ce statut, c'est-à-dire une « cause véritable »²²⁴. Cette autre cause doit être sérieuse, ne doit pas être un prétexte²²⁵ et il ne saurait s'agir du seul fait que l'employé n'ait pas une connaissance suffisante d'une autre langue²²⁶. L'employeur pourrait ainsi, par exemple, tenter de montrer que la connaissance suffisante d'une autre langue est nécessaire à l'accomplissement des tâches à accomplir par l'employé dans le nouveau cadre organisationnel de son entreprise. Ainsi, dans la décision *Gilles Hébert c. Sodema inc. / Téléperformance*²²⁷, la Commission des relations du travail concluait que l'employeur avait démontré que la cause véritable du congédiement d'un agent de télémarketing non bilingue était la perte d'un important volume d'affaire qui nécessitait auparavant l'utilisation d'agents francophones²²⁸. Puisque cette mise à pied reposait sur l'évaluation des besoins de l'entreprise et du rendement des employés et non sur leur caractéristique linguistique, la

223. *Supra*, voir section 3.3.2 : L'application élargie des lois provinciales générales aux entreprises fédérales par le critère de l'entrave.

224. *René Cloutier c. Système électronique Rayco ltée*, [2003] n° AZ-50192230, par. 38 (C.R.T.) [ci-après « *Système électronique Rayco* »].

225. *Lafrance c. Commercial Photo Service inc.*, [1980] 1 R.C.S. 536, 544-547; *Hilton Québec ltée c. Tribunal du travail*, [1980] 1 R.C.S. 548, 550-552.

226. *Silva c. Centre hospitalier de l'Université de Montréal - Pavillon Notre-Dame*, 2007 QCCA 458, par. 4; *Hassanatou Conde c. Héra Beauté Inc.*, [2012] n° AZ-50872830, par. 48 (C.R.T.).

227. *Gilles Hébert c. Sodema inc. / Téléperformance*, [2010] n° AZ-50612808 (C.R.T.) [ci-après « *Sodema* »]. Voir aussi *Michel de Montigny c. RONA, Centre de rénovation André Lespérance inc.*, [2012] n° AZ-50880897 (C.R.T.).

228. *Sodema*, préc., note 227, par. 78.

Commission jugea que les obligations juridiques de l'article 45 de la *Charte* étaient dès lors respectées²²⁹.

Comme nous l'avons vu dans la sous-section qui précède, l'employeur pourra par ailleurs, au moment de l'embauche, exiger la connaissance d'une autre langue si tant est qu'il considère avec le sérieux suggéré par la jurisprudence la connaissance des besoins et exigences réelles liées aux postes à combler. La décision *René Cloutier c. Système électronique Rayco ltée*²³⁰ démontre en effet l'importance pour un employeur de bien définir ses besoins lorsqu'il recherche du personnel. Alors qu'un commis de bureau avait été engagé sans pour autant connaître l'anglais, ses tâches devaient pourtant l'amener à communiquer avec une forte clientèle anglophone. Bien au fait de cette situation dès l'embauche, l'employeur avait même fait miroiter au candidat embauché la possibilité de suivre des cours d'anglais aux frais de l'entreprise. C'est pourtant pour cause d'unilinguisme que le jeune Cloutier fut congédié. Pour le commissaire Roger Barrette, il aurait fallu que l'employeur exige dès l'embauche la connaissance de l'anglais, à défaut de quoi il y a manquement à la *Charte*²³¹.

Enfin, tout récemment, la Commission a plus encore élargi la possibilité pour un employeur de modifier le statut de ses employés²³². En effet, dans le cas où la structure organisationnelle de l'entreprise et sa clientèle venaient à évoluer, il semble qu'une nouvelle exigence puisse naître à l'égard du personnel, portant notamment sur le bilinguisme. C'est à tout le moins l'histoire d'Anny Lebreux qui se voyait congédiée au motif qu'elle n'avait pas une connaissance suffisante de l'anglais lorsque l'entreprise qui l'employait fusionnait avec une organisation dont la clientèle était en majeure partie anglophone. Tout en accueillant la plainte pour défaut d'autre cause véritable de congédiement que l'absence de maîtrise de l'anglais, le commissaire fondait sa décision sur le fait que l'employeur n'avait pas démontré que la nouvelle réalité

229. *Id.*, par. 73-77.

230. *Préc.*, note 224.

231. *Id.*, par. 44.

232. *Anny Lebreux c. April Canada Inc.*, [2013] n° AZ-50948558 (C.R.T.).

organisationnelle *nécessitait* cette exigence linguistique²³³. Il semble donc que la réalité du marché dans lequel évolue l'entreprise pourra justifier de tempérer la rigidité apparente de l'obligation prévue à l'article 45²³⁴.

En conclusion sur ce point, force est de reconnaître que l'article 45 de la *Charte* limite sensiblement les activités essentielles des entreprises en ce sens que la gestion du personnel se trouve à être juridiquement balisée. Mais l'analyse jurisprudentielle sur la question démontre bien que, loin d'entraver les activités essentielles des entreprises, cette disposition, dans sa souplesse relative, tient compte des réalités des entreprises dans leur globalité. Plutôt que d'empêcher l'employeur de congédier, déplacer, rétrograder ou mettre à pied un de ses employés, cette disposition ne limite ces pouvoirs que sous une seule dimension – linguistique –, à savoir une caractéristique hautement rattachée à la personne québécoise francophone. En revanche, si le comportement ou le rendement de l'employé est mis en cause, l'employeur sera soustrait des exigences de l'article 45. Enfin, advenant un changement des besoins de l'employeur en matière de gestion des ressources humaines, il semble bien qu'il lui sera possible de se soustraire à cette disposition en démontrant que le changement de statut de l'employé s'avère nécessaire compte tenu de la réalité commerciale et linguistique du marché dans lequel œuvre l'entreprise.

Conclusion

À la lumière des développements qui précèdent, nous sommes plus que jamais convaincus que la *Charte de la langue française* s'applique, de manière générale, aux entreprises fédérales

233. *Id.*, par. 25.

234. L'importation jurisprudentielle d'un critère de nécessité dans l'article 45, quoique s'écartant du libellé de la disposition, a selon nous l'avantage, pour les fins de la doctrine de l'exclusivité des compétences, de favoriser l'applicabilité de la *Charte* puisqu'elle n'entraverait pas, ce faisant, la gestion de l'entreprise.

qui exercent des activités commerciales au Québec²³⁵. Il s'agit sans conteste d'une loi d'application générale valide puisqu'elle s'applique indistinctement à toute entreprise, indépendamment de

235. Il nous faut reconnaître qu'une telle réalité n'est pas sans soulever le problème qui se pose quant à savoir quelle est la juridiction compétente à entendre des plaintes déposées en vertu de la *Charte*, plus particulièrement sous l'égide des articles 45 et 46. Sur ce point, bien que l'applicabilité de la *Charte* ait été rejetée par le Conseil canadien des relations industrielles dans l'affaire *Léveillé*, préc., note 114, ce dernier ne tenait pas compte alors du revirement majeur apporté par l'arrêt *Banque canadienne de l'Ouest*, préc., note 27. Pour cette raison, cette décision nous semble erronée et la question portant sur la juridiction compétente à entendre des plaintes fondées sur la *Charte* dans le contexte d'entreprises fédérales reste ouverte. D'ailleurs, en 2002, dans l'affaire *Association internationale des débardeurs, section locale 2029 c. Entreprise (Marine) E. Drapeau Inc.*, (2002) CCRI 179, le Conseil reconnaissait selon nous indirectement le fait que la *Charte* peut être appliquée aux entreprises fédérales. Une plainte du syndicat national des débardeurs, faisant état d'obstructions de la part de l'employeur dans le cadre de la négociation de la convention collective, lui était alors soumise. Plus particulièrement, il était allégué que l'utilisation systématique de la langue anglaise par l'employeur dans le cadre de ses communications avec les travailleurs contrevenait à leur droit de travailler en français. Bien que cette affaire concerne les débardeurs du port de Dalhousie au Nouveau-Brunswick, il n'en reste pas moins que de frappantes similitudes existent avec le propos de notre article. En effet, l'article 43 de la *Charte* prévoit que « [l]es conventions collectives et leurs annexes doivent être rédigées dans la langue officielle [...] ». Or dans l'affaire *Entreprise (Marine) E. Drapeau Inc.*, il se trouve justement que la convention collective reconnaissait sa version originale en français comme étant la seule à caractère officiel. Sur ce point linguistique précis, le Conseil déclara son absence de compétence quant à l'imposition de l'utilisation d'une langue précise dans les relations de travail et déclara, « [e]n l'absence d'une disposition précise dans le [Code canadien du travail], le Conseil n'a pas le pouvoir d'imposer la langue dans laquelle se dérouleront des relations patronales-syndicales. *Le pouvoir d'imposer la langue de travail relève du législateur provincial, et c'est devant les autorités provinciales que les travailleurs doivent s'adresser pour obtenir un redressement*, le cas échéant » [nos italiques]. La solution semble donc être de confier l'administration des questions linguistiques aux juridictions provinciales compétentes, à moins d'un conflit entre la loi provinciale et la loi fédérale, cette dernière ayant alors préséance. Ainsi, dans le cadre de questions mettant en cause la *Charte de la langue française*, la Commission des relations de travail serait alors le forum compétent en vertu notamment des articles 45 et 46.

la nature locale ou interprovinciale de ses activités, et de manière uniforme sur tout le territoire provincial. Bien que la Cour jugeait la *Charte* valide dans l'arrêt *Devine*²³⁶, elle ne fit aucune analyse rigoureuse de son caractère véritable pour finalement conclure que son objet et ses effets portent sur le commerce à l'intérieur de la province. C'est peut-être la raison pour laquelle la Cour minimisait alors ce qu'une analyse plus approfondie des preuves intrinsèques et extrinsèques permet de constater, savoir que le but premier de la *Charte* était de faire du français la langue publique commune dans toutes les sphères d'activités collectives du Québec.

Par cet objectif fondamental, la *Charte* s'avère selon nous une loi provinciale valide se rattachant évidemment à la compétence de légiférer sur la propriété et les droits civils, l'adoption de dispositions pénales ainsi que les questions d'une nature purement locale ou privée dans la province. Certains pourraient objecter, à cette étape même d'analyse, que dans ses effets la *Charte* ne saurait affecter les entreprises fédérales sans quoi elle serait invalide sur le plan constitutionnel. Ce serait là, avec respect, confondre deux étapes fondamentalement distinctes d'une analyse relative au partage des compétences, c'est-à-dire la validité et l'applicabilité d'une loi provinciale. Tel que nous avons tenté de le démontrer, la *Charte* n'a pas pour idée maîtresse ni pour effet de régir la gestion et les relations de travail des entreprises, y compris fédérales. Bien entendu, elle a eu pour effet juridique d'imposer certaines contraintes économiques et administratives à toute entreprise y étant assujettie, mais ces effets qui ont surtout été bénéfiques dans le marché particulier du Québec n'ont pas selon nous pour effet d'invalider la *Charte*. Dans ce contexte, les effets de la *Charte* sur les entreprises fédérales ne sont donc pas pertinents dans la détermination de sa validité, mais doivent, évidemment, être considérés dans le cadre de la doctrine de l'exclusivité des compétences.

À cet égard, nous avons soutenu qu'une lecture attentive de la jurisprudence du Conseil privé et de la Cour suprême permet de

236. Préc., note 34.

conclure que la gestion et les relations de travail des entreprises fédérales, qu'invoqueront sans tarder les opposants à l'argument que nous avons développé, ne sont pas une enclave fédérale. Nous espérons ainsi avoir démontré que la langue et les relations de travail dans les entreprises fédérales constituent des questions de double aspect et que, sauf conflit entre une loi provinciale et une loi fédérale – par exemple la *Charte de la langue française* et le *Code canadien du travail* –, toutes deux devraient légitimement pouvoir s'appliquer. Conclure le contraire irait d'ailleurs directement à l'encontre du fédéralisme moderne et minerait grandement la légitimité du droit provincial validement adopté en permettant aux entreprises fédérales de s'y soustraire. Une telle échappatoire n'a pas sa place dans une démocratie fédérale et violerait selon nous le principe de subsidiarité selon lequel « le niveau de gouvernement le mieux placé pour adopter et mettre en œuvre des législations soit celui qui est le plus apte à le faire, non seulement sur le plan de l'efficacité, mais également parce qu'il est le plus proche des citoyens touchés et, par conséquent, le plus sensible à leurs besoins, aux particularités locales et à la diversité de la population »²³⁷. Écarter l'application des lois provinciales valides seulement parce qu'elles ont un effet quelconque sur les activités essentielles des entreprises fédérales ressusciterait le critère du « simple effet » appliqué dans les arrêts *Bell* de 1966 et 1988 que la Cour suprême a pourtant rejeté avec vigueur dans le récent arrêt *Banque canadienne de l'Ouest* au profit d'un critère plus respectueux de la légitimité des lois provinciales. Ces dernières peuvent donc avoir des effets préjudiciables importants sur les entreprises fédérales, notamment, sans qu'elles ne soient jugées invalides ni ne soient inapplicables, sauf si elles en *entravent* les activités essentielles. Comme nous espérons l'avoir démontré, la *Charte* elle-même et ses règlements, sensibles à la réalité des entreprises modernes, prévoient de nombreuses exceptions et ont

237. 114957 *Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) c. Hudson (Ville)*, [2001] 2 R.C.S. 241, par. 3. Voir également *Banque canadienne de l'Ouest*, préc., note 27, par. 45. Ce principe a été appliqué comme principe d'interprétation structurant du fédéralisme canadien par quatre juges, sous la plume des juges LeBel et Deschamps, dans le *Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée*, [2010] 3 R.C.S. 457, par. 183, 191 et 273.

été appliqués en jurisprudence avec tant de souplesse que l'on ne saurait sérieusement affirmer qu'elle entrave la gestion et les relations de travail des entreprises fédérales. Elle a certes un impact important sur celles-ci, mais ne constitue certainement pas une entrave au sens de la jurisprudence constitutionnelle. Nul doute que certaines entreprises pourraient invoquer des arguments de « noirceur économique » si la *Charte* devait leur être applicable. Nous leur rappellerions alors le fait que l'Office subventionne directement la francisation des entreprises et qu'une très récente étude du Conference Board du Canada a conclu que le bilinguisme et la connaissance du français ont été économiquement favorables aux entreprises néo-brunswickoises et québécoises.

RDUS

Revue de DROIT
UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : LES ORIGINES ET LES FONDEMENTS DU RECOURS AU
CONSENSUS EN DROIT EUROPÉEN DES DROITS DE L'HOMME

Auteur(s) : Frédéric J. DOUCET

Revue : *RDUS*, 2013, volume 43, numéro 3

Pages : **709-749**

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/10217>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/10217>

Page vide laissée intentionnellement.

ARTICLE

LES ORIGINES ET LES FONDEMENTS DU RECOURS AU CONSENSUS EN DROIT EUROPÉEN DES DROITS DE L'HOMME

par Frédérick J. DOUCET*

La notion de consensus joue un rôle primordial dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, notamment dans le cadre de l'interprétation de la Convention européenne des droits de l'Homme et de l'exercice du contrôle européen. Or, à une époque où le recours au droit international et au droit comparé se veut de plus en plus fréquent afin d'apporter des solutions aux cas difficiles, l'interprétation consensuelle telle qu'existant en droit européen des droits de l'Homme pourrait servir de guide aux instances nationales canadiennes et québécoises. À cette fin, il convient de se demander en quoi consiste cette technique d'herméneutique et d'où celle-ci tire ses origines.

The notion of consensus figures significantly in the case law of the European Court of Human Rights, more particularly with regard to the interpretation of the European Convention on Human Rights. However, at a time when recourse to international and comparative law is becoming more and more frequent in seeking solutions to difficult cases, consensual interpretation as it exists in European human rights law, could provide some guidance to Canadian and Quebec courts. Thus, it is indeed worthwhile exploring the nature and origins of consensual interpretation.

* . L'auteur est avocat au Tribunal des droits de la personne du Québec. Les opinions exprimées dans le présent texte le sont à titre personnel et n'engagent que son auteur, qui remercie les professeurs David Gilles, Édith Jaillardon et Daniel Durr, ainsi que les évaluateurs anonymes de la revue pour leurs commentaires.

SOMMAIRE

Introduction		711
1	Définition d'une technique d'herméneutique juridique	715
1.1	Les facteurs de mesure du consensus	716
1.2	Une notion élargie qui ne fait pas l'unanimité? ...	725
2	Identifier le consensus : un exercice discrétionnaire?	726
2.1	Les différents modes d'identification de l'instrument consensuel	726
2.2	Un manque de justification voulu par la Cour? ...	730
3	Le consensus, construction prétorienne nécessaire au système européen de sauvegarde des droits de l'Homme	734
3.1	La nécessité du recours au consensus dans le contexte conventionnel	734
3.1.1	La garantie effective des droits conventionnels	736
3.1.2	La recherche d'un équilibre entre l'harmonisation du droit européen des droits de l'Homme et le respect de l'autonomie nationale	738
3.1.3	La nécessité d'une démarche prudente : une question d'autorité et de légitimité	740
3.2	La construction prétorienne d'une notion primordiale au système européen de sauvegarde des droits humains	742
3.2.1	Une notion découlant du Préambule du traité régional de protection des droits de la personne	742
3.2.2	Le caractère subsidiaire du texte conventionnel comme garantie de la souveraineté étatique et du pluralisme au sein du Conseil de l'Europe	745
Conclusion		747

Introduction

À notre époque, où la mondialisation n'est plus fiction, mais bien un fait vécu, et où l'information est on ne peut plus accessible, la référence au droit international et au droit d'États tiers dans l'interprétation du droit canadien et québécois ne cesse de croître. À la fois vecteur de légitimité et autorité persuasive¹, le droit international est de plus en plus utilisé par les instances nationales canadiennes et québécoises, principalement lorsque celles-ci sont confrontées à des « hard cases », comme en témoigne la jurisprudence de la Cour suprême du Canada² et, encore plus, celle du Tribunal des droits de la personne du Québec³, ce dernier

1. Michèle RIVET et Manon MONTPETIT, « La réception du droit international dans le droit interne canadien : ouverture dynamique des systèmes juridiques », dans Olivier DELAS et Michaela LEUPRECHT (dir.), *Liber amicorum Peter Leuprecht*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 367, à la page 375.
2. P. ex. : *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *National Corn Growers Assn c. Canada (Tribunal des importations)*, [1990] 2 R.C.S. 1324; *Thomson c. Thomson*, [1994] 3 R.C.S. 551; *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313; *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; *États-Unis c. Burns*, 2001 CSC 7; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 1; *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général)*, 2004 CSC 4; *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CSC 9; *R. c. Hape*, 2007 CSC 26; *Health Services and Support – Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, 2007 CSC 27 ; *Bou Malhab c. Diffusion Métromédia CMR inc.*, 2011 CSC 9; *A.B. c. Bragg Communications Inc.*, 2012 CSC 46.
3. P. ex. : *C.D.P. c. Commission scolaire Saint-Jean-sur-Richelieu*, [1991] R.J.Q. 3003 (T.D.P.Q.); *Commission des droits de la personne c. Brzozowski*, [1994] R.J.Q. 1447 (T.D.P.Q.) [*Brzozowski*]; *C.D.P. c. Centre d'accueil Villa Plaisance*, [1996] R.J.Q. 511; *C.D.P. c. Société de transport de la communauté urbaine de Montréal*, [1996] R.J.Q. 2063 (T.D.P.Q.); *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Maison des jeunes*, [1998] R.J.Q. 2549 (T.D.P.Q.); *C.D.P.D.J. c. Denise Quévillon*, J.E. 99-909, 1999 CanLII 5 (T.D.P.Q.); *C.D.P.D.J. c. Beaublanc inc. et autres*, [1999] R.J.Q. 1875; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Québec (Société de l'assurance automobile du)*, [2003] R.J.Q. 1737 (T.D.P.Q.); *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Caisse populaire*

étant, par ailleurs, précurseur en la matière. Bien que moins récurrent dans la tradition civiliste qu'anglo-saxonne, le recours au droit comparé, quant à lui, ne date pas d'hier. En effet, les instances nationales se sont, depuis longtemps, référées au droit français⁴ et au droit des pays de Common Law⁵, et ce, principalement en raison de la situation historique particulière du Canada. Or, le recours à des sources externes dans l'interprétation de notre droit national – et plus particulièrement dans le domaine des droits de la personne⁶ – est voué à gagner

-
- Desjardins d'Amqui*, [2004] R.J.Q. 355; *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Gazaille*, 2007 QCTDP 4; *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Commission scolaire des Hauts-Bois-de-l'Outaouais*, 2010 QCTDP 4; *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Venne*, 2010 QCTDP 9; *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Montréal (Service de police de la ville de) (SPVM)*, 2012 QCTDP 5 [Rezko].
4. P. ex. : *Montreal Tramways Co. c. Girard*, (1920) 61 R.C.S. 12, 15-26; *Banque Nationale c. Soucisse*, [1981] 2 R.C.S. 339, 351; *Caisse populaire d'Amqui*, préc., note 3, par. 61; *Lejeune c. Cumis insurance society inc.*, [1989] 2 R.C.S. 1048, 1057-1060; *Caisse populaire des Deux Rives c. Société mutuelle d'assurance contre l'incendie de la vallée du Richelieu*, [1990] 2 R.C.S. 995, 1016-1017 et 1022-1023; *Gauthier c. Beaumont*, [1998] 2 R.C.S. 3, par. 50-53 et 59-64; *Goulet c. Cie d'Assurance-Vie Transamerica du Canada*, 2002 CSC 21, par. 33 et 54; *Bruker c. Marcovitz*, 2007 CSC 54, par. 85 et 135-138; *Bou Malhab*, préc., note 2, par. 15.
 5. P. ex. : *Lamb c. Benoît, Forget and Nadeau*, [1959] R.C.S. 321, 358-361; *B.C. Electric Railway Co. c. Public Utilities Commission of B.C.*, [1960] R.C.S. 837, 844; *Pacific Coast Coin Exchange of Canada Ltd. c. Commission des valeurs mobilières de l'Ontario*, [1978] 2 R.C.S. 112, 127; *Haurish c. Peters et autres*, [1982] 1 R.C.S. 1083, 1087; *Caisse populaire des Deux Rives*, préc., note 4, 1017-1018; *Conseil Canadien des Églises c. Canada (Ministre de l'emploi et de l'immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 236, 243-248; *Baker*, préc., note 2, par. 41 et 70; *États-Unis c. Burns*, préc., note 2, par. 67; *Syndicat Northcrest c. Amselem*, 2004 CSC 47, par. 45; *Charkaoui*, préc., note 2, par. 80-81, 83-84, 90 et 124-125; *R. c. Hape*, préc., note 2, par. 36 et 51; *Bruker c. Marcovitz*, préc., note 4, par. 86-88 et 139-148; *Vancouver (Ville) c. Ward*, 2010 CSC 27, par. 22, 27-30, 36-37 et 54; *Ontario (Procureur général) c. Fraser*, 2011 CSC 20, par. 132.
 6. Effectivement, le recours au droit international et comparé est d'autant plus légitime en matière de droits de la personne, les textes de protections des droits humains, tels la *Charte canadienne des droits et*

en importance, la référence au droit international et/ou comparé permettant d'asseoir la légitimité et le caractère convaincant des décisions judiciaires⁷.

Les instances canadiennes et québécoises ne sont pas les seules à avoir recours au droit comparé et au droit international lorsqu'il s'agit de répondre à des questions difficiles. Certaines instances ont même développé des techniques interprétatives spécifiques visant la prise en compte du droit international et du droit comparé; c'est particulièrement le cas de la Cour européenne des droits de l'Homme (ci-après citée « la Cour »). La jurisprudence de la Cour de Strasbourg est d'une grande richesse, non seulement à cause de l'éventail des questions qui lui sont soumises, mais aussi en raison de l'affrontement d'une variété de traditions juridiques au cœur même de son système. En effet, la Cour est amenée à appliquer la *Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales*⁸ (ci-après citée « CEDH ») à une diversité pratiquement illimitée de cas mettant en cause un grand nombre d'États – d'ailleurs croissant⁹ – de

libertés, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11 (R.-U.)] et la *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12, se caractérisant par une interpénétration entre les dimensions internationales et les aspects nationaux dans les rapports interétatiques; Mohammed BEDJAOUI, « Introduction générale », dans Mohammed BEDJAOUI (dir.), *Droit international: Bilan et perspectives*, t. 1, Paris, A. Pedone, 1991, p. 1, à la page 14.

7. *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, préc., note 2, 348; *Maison des jeunes*, préc., note 3, par. 40; *États-Unis c. Burns*, préc., note 2, par. 80; *Suresh*, préc., note 2, par. 60 *in fine*; *Bruker c. Marcovitz*, préc., note 4; M. RIVET et M. MONTPETIT, préc., note 1, p. 381-382; Pierre-André COTE avec la collab. de Stéphane Beaulac et Mathieu DEVINAT, *L'interprétation des lois*, 4^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2009, par. 1997-1998; Ruth SULLIVAN, *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5^e éd., Markham, LexisNexis, 2008, p. 419 et 545.
8. *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, 4 novembre 1950, S.T.E. n° 5 (entrée en vigueur le 3 septembre 1953)[Convention européenne des droits de l'homme].
9. Le Conseil de l'Europe compte, à ce jour, 47 États membres; Conseil de l'Europe, « 47 pays », en ligne : COE.int <<http://hub.coe.int/web/coe-portal/navigation/47-countries>> (consulté le 1er février 2013).

structures particulières. Par ailleurs, les juges siégeant à la Cour – il y en a un par État membre du Conseil de l'Europe¹⁰ – « sont originaires de différentes écoles juridiques qui caractérisent le droit des États européens »¹¹, ce qui ne va pas sans amener certaines divergences dans l'interprétation du texte conventionnel, comme en témoignent les opinions individuelles jointes aux arrêts de la Cour, ceux-ci n'étant pas toujours unanimes. De nos jours, les affaires présentées devant la Cour sont loin des motivations premières des fondateurs du système conventionnel¹². La Cour se voit soumettre des questions « dont la plupart constituent de véritables problèmes de société que rencontrent nos démocraties »¹³ actuelles. Afin de répondre à celles-ci et de trancher en faveur de l'individu ou de l'État, elle se sert avec souplesse de nombreuses techniques d'interprétation au gré des nécessités qui lui permettent d'ailleurs d'être attentive aux options s'offrant à elle¹⁴. En conséquence, en plus des règles générales d'interprétation contenues dans la *Convention de Vienne sur le droit des Traités*¹⁵, la Cour européenne en est venue à élaborer ses propres méthodes interprétatives, suivant l'esprit de la CEDH et des règles du Conseil de l'Europe; parmi celles-ci figure l'interprétation consensuelle.

10. Art. 20 CEDH.

11. Franz MATSCHER, « Les contraintes de l'interprétation juridictionnelle. Les méthodes d'interprétation de la Convention européenne », dans Frédéric SUDRE (dir.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'Homme : actes du colloque des 13 et 14 mars 1998*, Bruxelles, Nemesis, 1998, p. 15, à la page 17.

12. Rolv RYSSDAL, « The Coming of Age of the European Convention on Human Rights », (1996) 1 *Eur. H.R.L. Rev.* 22, 22.

13. François OST, « Originalité des méthodes d'interprétation de la Cour européennes des droits de l'Homme », dans Mireille DELMAS-MARTY (dir.), *Raisonner la raison d'État vers une Europe des droits de l'Homme*, Paris, PUF, 1989, p. 405, à la page 407.

14. *Id.*, à la page 409.

15. *Convention de Vienne sur le droit des traités*, 23 mai 1969, 1155 R.T.N.U. n° 331 [*Convention de Vienne*]. Effectivement, en tant qu'instance internationale chargée d'interpréter la CEDH, un traité international, la Cour est liée par les dispositions de la *Convention de Vienne* et, plus particulièrement, par son article 31.

Cette technique d'herméneutique juridique, qui est l'une des plus prisées par la Cour¹⁶, figure dans l'intégralité de son œuvre, du moment de l'application des dispositions conventionnelles aux faits du litige à celui du contrôle des ingérences étatiques. L'analyse de cette technique d'interprétation, qui appelle principalement au droit comparé et au droit international dans l'interprétation du texte conventionnel, relève donc un certain intérêt. L'interprétation consensuelle, telle que développée par la Cour européenne, peut servir de guide aux instances nationales canadiennes et québécoises dans leur recours inconstant au droit comparé et au droit international, malgré le fait que les juges canadiens et les juges européens œuvrent aux seins de systèmes différents : les premiers dans le cadre d'un État fédéral et les seconds au cœur d'un système supranational. Néanmoins, l'interprétation consensuelle demeure pertinente et, dans cet esprit, il convient de se demander en quoi consiste cette technique d'herméneutique et d'où celle-ci tire ses origines en droit européen des droits de l'Homme. Pour ce faire, il nous faudra donc, tout d'abord, définir l'interprétation consensuelle. Par la suite, nous illustrerons les différents modes d'identification du consensus. Enfin, nous expliquerons comment et pourquoi la Cour de Strasbourg a dégagé la notion de consensus du texte conventionnel.

1 Définition d'une technique d'herméneutique juridique

L'interprétation consensuelle consiste en la prise en compte de l'existence ou de l'absence d'un « consensus »¹⁷, à savoir un

16. En témoigne l'abondance d'arrêts y faisant référence : une recherche sommaire sur la base de données HUDOC démontre que l'on retrouve une référence à la notion de « consensus » dans plus de cent arrêts de la Cour, il en va de même des expressions « dénominateur commun » et « communauté de vues », pour ne nommer que celles-ci. Il est plus que difficile de déterminer le nombre d'arrêts où la Cour fait l'usage de l'interprétation consensuelle, principalement en raison des nombreuses dénominations employées par la Cour lorsqu'elle s'y réfère explicitement, sans compter lorsqu'elle en fait un usage implicite.

17. Le terme « consensus » est le terme le plus souvent employé dans la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'Homme et

« dénominateur commun »¹⁸, une « communauté de vues »¹⁹, une « tendance »²⁰ européenne et/ou internationale. Tel qu'entendu au sens étroit, le terme « consensus » renvoie à l'accord, au consentement du plus grand nombre et, selon le sens ordinaire du terme, l'expression s'associe à l'existence d'une forte majorité²¹. Gérard Cornu, lui, a défini le consensus comme un « accord informel proche de l'unanimité, [une] convergence générale des opinions »²². Dans le cadre de l'interprétation consensuelle²³, le choix sémantique de l'expression est plutôt discutable, notamment en raison des divers facteurs pris en compte par la Cour dans la mesure du consensus.

1.1 Les facteurs de mesure du consensus

La Cour européenne ne fournit que rarement les éléments justifiant l'existence ou l'absence d'un consensus à l'appui de sa position²⁴. Celle-ci est plutôt secrète, voire évasive, quant aux

c'est ce terme qui a donné son appellation à la technique de l'interprétation consensuelle.

18. Cette appellation est d'ailleurs, avec celle de « consensus européen » l'une des plus courantes, p. ex. : *Rasmussen c. Danemark* (1984), 87 C.E.D.H. (Sér. A), n° 8777/79; *Vo c. France* [GC], n° 53924/00 (8 juillet 2004), par. 84; *Stummer c. Autriche* [GC], n° 37452/02 (7 juillet 2011), par. 104.
19. P. ex. *Guzzardi c. Italie* (1980), 39 C.E.D.H. (Sér. A), n° 7367/76, par. 95; *Rees c. Royaume-Uni* (1986), 106 C.E.D.H. (Sér. A), n° 9532/81, par. 37. Elle se réfère parfois aussi à une « assez grande concordance de vues », p. ex. : *Sunday Times c. Royaume-Uni (n° 1)* (1979), 30 C.E.D.H. (Sér. A), n° 6538/74, par. 59.
20. P. ex. : *M.C. c. Bulgarie*, n° 39272/98 (4 décembre 2003), par. 156; *Öcalan c. Turquie* [GC], n° 46221/99 (12 mai 2005), par. 163.
21. *Le nouveau petit Robert*, 2011, s.v. « consensus ».
22. Gérard CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, 9^e éd., Paris, P.U.F., 2011, s.v. « consensus ».
23. L'expression « interprétation consensuelle » a été employée pour la première fois par Ronald St. J. Macdonald; Ronald St. J. MACDONALD, « The Margin of Appreciation in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights », dans *Le droit international à l'heure de sa codification : études en l'honneur de Roberto Ago*, Milan, A. Giuffrè, 1987, p. 187, à la page 199.
24. Florence JACQUEMOT, *Le standard européen de société démocratique*, Montpellier, Université Montpellier I, 2006, p. 238; Philippe SANDS, « Human Rights, environment and the Lopez-Ostra case : context and

facteurs de mesure du consensus. Ce manque de justification renforce l'ambiguïté entourant la notion de consensus et se posent alors plusieurs questions : quels sont les instruments permettant à la Cour de le constater? Le consensus se définit-il de manière quantitative ou qualitative?²⁵ Est-il simplement constaté par le juge ou alors construit par celui-ci? Nonobstant, une analyse jurisprudentielle – plus particulièrement de l'affaire *Demir et Baykara c. Turquie*²⁶, qui constitue sans aucun doute l'arrêt de principe en la matière – permet d'observer qu'elle ne considère pas les dispositions conventionnelles comme l'unique cadre de référence dans l'interprétation des droits garantis.

L'interprétation consensuelle, principe selon lequel « la Convention s'interprète à la lumière des conceptions prévalant de nos jours dans les États démocratiques »²⁷, amène tout d'abord la Cour européenne à « rechercher des principes communs aux législations des États membres »²⁸. Le recours au droit comparé constitue une partie intégrante de l'interprétation consensuelle²⁹

conséquences », (1996) 6 *Eur. H.R.L. Rev.* 597; Frédéric SUDRE, « Le recours aux notions autonomes », dans Frédéric SUDRE (dir.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'Homme : actes du colloque des 13 et 14 mars 1998*, Bruxelles, Nemesis, 1998, p. 93, à la page 123; Frédéric SUDRE, « À propos du dynamisme interprétatif de la Cour européenne des droits de l'Homme », (2001) dans *JCP G, Doct. I*-335, p. 1365, à la page 1366. P. ex. : *Niemietz c. Allemagne* (1992), 251-B C.E.D.H. (Sér. A), n° 13710/88; *Lopez Ostra c. Espagne* (1994), 303-C C.E.D.H. (Sér. A), n° 16798/90.

25. Virginie CLAUDE, *L'interprétation consensuelle de la Convention européenne des droits de l'Homme*, Mémoire de DEA droit communautaire et européen, Montpellier, Université Montpellier I, 1998, p. 150; F. OST, préc., note 13, à la page 450.
26. *Demir et Baykara c. Turquie* [GC], n° 34503/97 (12 novembre 2008).
27. *Guzzardi c. Italie*, préc., note 19, par. 95.
28. Patrick ROLLAND, « Le contrôle de l'opportunité par la Cour européenne des Droits de l'Homme », dans Dominique ROUSSEAU et Frédéric SUDRE (dir.), *Conseil constitutionnel et Cour européenne des droits de l'Homme : droits et libertés en Europe. Actes du colloque de Montpellier, 20-21 janvier 1989*, Paris, STH, 1990, p. 47, à la page 68.
29. Walter J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, « La référence au droit interne des États contractants dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme », (1980) 32 (2) *R.I.D.C.* 317, 317-318; Dragoljub

et l'organe strasbourgeois est mené à tenir compte des lois en vigueur dans les États membres du Conseil de l'Europe³⁰, des normes communément acceptées par ceux-ci³¹, des principes se dégageant de la pratique judiciaire³², ainsi que des principes généraux de droit commun aux Hautes Parties contractantes³³. Il convient de se demander quelle est l'importance de l'impact de l'adhésion de nouveaux États membres sur la formation d'un consensus, ces États d'Europe orientale ayant un niveau de développement politique et des traditions culturelles et juridiques différentes de celles des États de l'Europe occidentale³⁴. Les divergences existant entre ceux-ci rendent-elles l'émergence d'un consensus plus difficile? Formuler une réponse à cette question se révèle plutôt difficile, mais nous pouvons affirmer – non sans nuances³⁵ – que la Cour strasbourgeoise semble avoir adapté sa

-
- POPOVIC, « Le droit comparé dans l'accomplissement des tâches de la Cour européenne des droits de l'Homme », dans *Droits de l'Homme. Regards de Strasbourg, Liber Amicorum Luzius Wildhaber*, Kehl, N.P. Engel Verlag, 2007, p. 383.
30. F. JACQUEMOT, préc., note 24, p. 238. P. ex. : *Goodwin c. Royaume-Uni* (1996), II C.E.D.H. (Sér. A), n° 17488/90, par. 43.
31. La Cour fait appel aux « normes et aux tendances contemporaines », plus précisément les normes de politique pénale; F. JACQUEMOT, préc., note 30, p. 237-238. P. ex. : *Tyrer c. Royaume-Uni* (1978), 26 C.E.D.H. (Sér. A), n° 5856/72, par. 31; *M.C. c. Bulgarie*, préc., note 20, par. 153.
32. F. JACQUEMOT, préc., note 31, p. 237. P. ex. : *Affaire relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique c. Belgique* (1968), 6 C.E.D.H. (Sér. A), n° 1474/62, par. 10 [*Affaire linguistique belge*]; *Klass et autres c. Allemagne* (1978), 28 C.E.D.H. (Sér. A), n° 5029/71, par. 50.
33. V. CLAUDE, préc., note 25, p. 37-38; Gérard COHEN-JONATHAN, *La Convention européenne des droits de l'Homme*, Paris, Economica, 1989, page 201; F. JACQUEMOT, préc., note 32, p. 238. P. ex. : *Müller et autres c. Suisse* (1988), 133 C.E.D.H. (Sér. A), n° 10737/84, par. 42; *Paksas c. Lituanie* [GC], n° 34932/04 (6 janvier 2011), par. 60-62.
34. V. CLAUDE, préc., note 33, p. 11-12, 17 et 35; Rusen ERGEC, *Protection européenne et internationale des droits de l'Homme*, 2e éd., Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 117; François RIGAUX, « Interprétation consensuelle et interprétation évolutive », dans Frédéric SUDRE (dir.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'Homme : actes du colloque des 13 et 14 mars 1998*, Bruxelles, Nemesis, 1998, p. 41, à la page 45.
35. Il convient ici de rappeler que la Cour statue au cas par cas et fait un usage discrétionnaire de l'interprétation consensuelle.

méthode en conséquence. En effet, ce n'est que dans un premier temps que la référence au consensus constituait pour l'essentiel la position des États parties à la CEDH³⁶ et la Cour en est venue à considérer d'autres sources que le droit interne lorsqu'elle se réfère à l'existence d'un consensus.

Dans son interprétation consensuelle, la Cour européenne peut se référer aux principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées³⁷. Il lui arrive ainsi de tenir compte d'une « tendance internationale »³⁸, même en dépit d'une absence d'éléments démontrant l'existence d'un consensus purement européen³⁹. Lorsque la Cour de Strasbourg :

[...] examine le but et l'objet des dispositions de la Convention, elle prend [...] en considération les éléments de droit international dont relève la question juridique en cause [...]. Ensembles constitués des règles et principes acceptés par une grande majorité des États, les dénominateurs communs des normes de droit

-
36. Hélène SURREL, « Pluralisme et recours au consensus dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme » dans Michel LEVINET (dir.), *Pluralisme et juges européens des droits de l'Homme*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 61, à la page 63.
37. Ceci conformément à l'article 38§1c) du *Statut de la Cour internationale de Justice* (26 juin 1945, [1945] R.T. Can. n° 7); Conseil de l'Europe, Commission juridique de l'Assemblée Consultative du Conseil de l'Europe, *Document de la séance de la session d'août 1950*, tome III, n° 93, 982, par. 5. P. ex. : *Golder c. Royaume-Uni* (1975), 18 C.E.D.H. (Sér. A), n° 4451/70, par. 35; *Demir et Baykara c. Turquie*, préc., note 26, par. 69-73.
38. Paul TAVERNIER, « La Cour européenne applique-t-elle le droit international ou un droit de type interne? », dans Paul TAVERNIER (dir.), *Quelle Europe pour les droits de l'Homme?*, Bruxelles, Bruylant, 1996, p. 17. P. ex. : *Barthold c. Allemagne* (1985), 90 C.E.D.H. (Sér. A), n° 8734/79, par. 52; *Sigurdur A. Sigurjonsson c. Islande* (1993), 264 C.E.D.H. (Sér. A), n° 16130/90, par. 35; *Sørensen et Rasmussen c. Danemark* [GC], n° 52562/99 (11 janvier 2006), par. 72-75; *Scoppola c. Italie (n° 2)* [GC], n° 10249/03 (17 septembre 2009), par. 105-106; *M.S.S. c. Belgique et Grèce* [GC], n° 30696/09 (21 janvier 2011), par. 251.
39. F. JACQUEMOT, préc., note 24, p. 239; H. SURREL, préc., note 36, à la page 63. P. ex. : *Christine Goodwin c. Royaume-Uni* [GC], n° 28957/95 (11 juillet 2002), par. 84.

international [...] reflètent une réalité, que la Cour ne saurait ignorer [...]⁴⁰.

La Cour va ainsi considérer des instruments internationaux juridiquement contraignants⁴¹, même lorsque ceux-ci affichent un faible taux de ratification⁴² ou encore qu'ils n'aient été ni ratifiés ni même signés par l'État en cause⁴³. Dans le même ordre d'idées, la Cour peut également tenir compte des

40. *Demir et Baykara c. Turquie*, préc., note 26, au par. 76.

41. P. ex. : *Syndicat national de police belge c. Belgique* (1975), 19 C.E.D.H. (Sér. A), n° 4464/70; *Syndicat suédois des conducteurs de locomotives c. Suède* (1976), 20 C.E.D.H. (Sér. A), n° 5614/72; *Marckx c. Belgique* (1979), 31 C.E.D.H. (Sér. A), n° 6833/7, au par. 41; *Johnston et autres c. Irlande* (1986), 112 C.E.D.H. (Sér. A), n° 9697/82, par. 74; *Inze c. Autriche* (1987), 126 C.E.D.H. (Sér. A), n° 8695/79, par. 41; *Müller et autres c. Suisse*, préc., note 33; *Soering c. Royaume-Uni* (1989), 161 C.E.D.H. (Sér. A), n° 14038/88; T. c. *Royaume-Uni* [GC], n° 24724/94 (16 décembre 1999); V. c. *Royaume-Uni* [GC], n° 24888/94 (16 décembre 1999); *Al-Adsani c. Royaume-Uni* [GC], n° 35763/97 (21 novembre 2001); *Pini et autres c. Roumanie*, n° 78028/01 (22 juin 2004), par. 139 et 144; *Siliadin c. France*, n° 73316/01 (26 juillet 2005), par. 85-87; *Emonet et autres c. Suisse*, n° 39051/03 (13 décembre 2007), par. 65-66; *Neulinger et Shuruk c. Suisse* [GC], n° 41615/07 (6 juillet 2010), au par. 48 et 135; *Rahimi c. Grèce*, n° 8687/08 (5 avril 2011), aux par. 33 et 108; *Bayatyan c. Arménie* [GC], n° 23459/03 (7 juillet 2011); *Stummer c. Autriche*, préc., note 18; *Khelili c. Suisse*, n° 16188/07 (18 octobre 2011); *Popov c. France*, n° 39472/07 (19 janvier 2012), par. 141; *Sitaropoulos et autres c. Grèce* [GC], n° 42202/07 (15 mars 2012); *Konstantin Markin c. Russie* [GC], n° 30078/06 (22 mars 2012).

42. P. ex. : *Demir et Baykara c. Turquie*, préc., note 26, par. 79. P. ex. : *Marckx*, préc., note 41; *Al-Adsani c. Royaume-Uni*, *id.*; *Fogarty c. Royaume-Uni* [GC], n° 37112/97 (21 novembre 2001); *McElhinney c. Irlande* [GC], n° 31253/96 (21 novembre 2001); *Glass c. Royaume-Uni*, n° 61827/00 (9 mars 2004); *Öneryildiz c. Turquie* [GC] n° 48939/99 (30 novembre 2004).

43. P. ex. : *Marckx*, préc., note 41; *Soering c. Royaume-Uni*, préc., note 41, par. 88; *Burghartz c. Suisse* (1994), 280-B C.E.D.H. (Sér. A), n° 16213/90, par. 24; *McElhinney c. Irlande*, préc., note 42; *Taskin et autres c. Turquie*, n° 46117/99 (10 novembre 2004), par. 98-100; *Öneryildiz c. Turquie*, préc., note 42; *Demir et Baykara c. Turquie*, préc., note 26, par. 78-79 et 86; *Bayatyan c. Arménie*, préc., note 41, par. 66-68; *Sitaropoulos et autres c. Grèce*, préc., note 41, par. 27-31.

évolutions du droit communautaire européen⁴⁴, bien que les États membres du Conseil de l'Europe ne fassent pas tous partie de l'Union européenne. En effet, « l'application de la Convention peut [...] aller jusqu'à requérir qu'il soit tenu compte de l'impact réel, dans les États contractants, des développements les plus récents des institutions communautaires »⁴⁵. Il va aussi arriver à la Cour européenne de tenir compte d'instruments de *soft law*⁴⁶, telles la *Déclaration Universelle des droits de l'Homme*⁴⁷, la *Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs*⁴⁸ ou encore les *Règles de Beijing*⁴⁹. Plusieurs affaires dans

-
44. Ce que la Cour justifie en vertu de l'article 31§3c) de la *Convention de Vienne*. P. ex. : *Al-Adsani c. Royaume-Uni*, préc., note 41, par. 55; *Bosphorus Hava Yollari Turizm Ve Ticaret Anonim Sirketi c. Irlande* [GC], n° 45036/98 (30 juin 2005), par. 150; *Saadi c. Italie* [GC], n° 37201/06 (28 février 2008), par. 61-62; *Scoppola c. Italie (n° 2)*, préc., note 38, par. 105; *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, préc., note 38, par. 57-86; *Bayatyan c. Arménie*, préc., note 43, par. 56; *Popov c. France*, préc., note 41, par. 59-60 et 91; *Konstantin Markin c. Russie*, préc., note 41, par. 63-70.
45. Johan CALLEWAERT, « La Convention européenne des droits de l'Homme entre effectivité et prévisibilité », dans *Les droits de l'Homme au seuil du troisième millénaire. Mélanges en hommage à Pierre Lambert*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 93, à la page 97.
46. Pour une étude approfondie de la référence aux instruments de *soft law* par la Cour européenne des droits de l'Homme, voir Françoise TULKENS et Sébastien VAN DROOGHENBROECK, « Le *soft law* des droits de l'Homme est-il vraiment si *soft*? Les développements de la pratique interprétative récente de la Cour européenne des droits de l'Homme », dans Sébastien VAN DROOGHENBROECK et François TULKENS (dir.), *Liber Amicorum Michel Mahieu*, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 505; Françoise TULKENS, Sébastien VAN DROOGHENBROECK et Frédéric KRENC, « Le *soft law* et la Cour européenne des droits de l'Homme : questions de légitimité et de méthode », (2012) 91 *Rev. trim. dr. h.* 433.
47. *Déclaration universelle des droits de l'Homme*, Rés. 217 A (III), Doc. off. A.G. N.U., 3^e sess., suppl. n° 13, p. 17, Doc. N.U. A/810 (1948). P. ex. : *Sigurdur A. Sigurjonsson c. Islande*, préc., note 38, par. 33 et 35; *Bayatyan c. Arménie*, préc., note 41, par. 58.
48. UE, *Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs*, 9 décembre 1989. P. ex. : *Sigurdur A. Sigurjonsson c. Islande*, préc., note 47, par. 35.
49. *Règles minima des Nations Unies concernant l'administration de la justice pour mineurs*, Rés. A.G. 40/33, Doc. off. A.G. N.U., (1985) [*Règles de Beijing*]. P. ex. : *T. c. Royaume-Uni*, préc., note 41, par. 43, 64 et 71; *V. c. Royaume-Uni*, préc., note 41, par. 45, 66 et 73.

lesquelles la Cour s'est explicitement référée à la *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*⁵⁰ en témoignent d'ailleurs, alors que celle-ci n'était pas encore contraignante⁵¹. Dans ce sens, la Cour va parfois jusqu'à considérer « des textes intrinsèquement non contraignants des organes [représentatifs] du Conseil de l'Europe »⁵², telles les recommandations et résolutions du Comité des Ministres et de l'Assemblée parlementaire⁵³. À certaines occasions, la Cour européenne peut même demander l'avis ou tenir compte des normes d'autres organes européens à vocation consultative, celle-ci étant parfois conduite « à renforcer son raisonnement par des références à des normes émanant d'autres organes du Conseil de l'Europe, dépourvus [...] de toute fonction de représentation des États parties à la Convention, qu'il s'agisse d'organes de surveillance ou d'organes experts »⁵⁴. Ainsi, la Cour sera notamment menée à se référer aux travaux de la Commission européenne pour la démocratie⁵⁵, la Commission européenne

-
50. UE, *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, [2007] J.O. C 303/01.
51. P. ex. : *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, préc., note 39; *Sørensen et Rasmussen c. Danemark*, préc., note 38; *Vilho Eskelinen et autres c. Finlande* [GC], n° 63235/00 (19 avril 2007).
52. *Demir et Baykara c. Turquie*, préc., note 26, par. 74.
53. P. ex. : *Cossey c. Royaume-Uni* (1990), 184 C.E.D.H. (Sér. A), n° 10843/84, par. 40; *B. c. France* (1992), 232C C.E.D.H. (Sér. A), n° 13343/87, par. 46; *X., Y. et Z. c. Royaume-Uni* (1997), II C.E.D.H. (Sér. A), n° 21830/93, par. 38; *Öneriyildiz c. Turquie*, préc., note 42, par. 59, 71, 90 et 93; *Yumak et Sadak c. Turquie* [GC], n° 10226/03 (8 juillet 2008), par. 130; *Rahimi c. Grèce*, préc., note 41, par. 27-29; *Bayatyan c. Arménie*, préc., note 41, par. 50-55 et 107; *Stummer c. Autriche*, préc., note 18, par. 49-58; *Erçep c. Turquie*, n° 43965/04 (22 novembre 2011), par. 43; *Popov c. France*, préc., note 41, par. 53-55; *Konstantin Markin c. Russie*, préc., note 41, par. 56-62; *Sitaropoulos et autres c. Grèce*, préc., note 41, par. 21 et 73.
54. *Demir et Baykara c. Turquie*, préc., note 26, par. 75.
55. P. ex. : *Parti conservateur russe des entrepreneurs et autres c. Russie*, n° 55066/00 (11 janvier 2007), par. 70-73; *Çiloğlu et autres c. Turquie*, n° 73333/01 (6 mars 2007), par. 17; *Parti nationaliste basque – Organisation régionale d'Iparralde c. France*, n° 71251/01 (7 juin 2007), par. 45-52; *Grosaru c. Roumanie*, n° 78039/01 (2 mars 2010), par. 56; *Sitaropoulos et autres c. Grèce*, préc., note 41, par. 23-25.

contre le racisme et l'intolérance⁵⁶ et le Comité européen pour la prévention de la torture et des traitements ou peines inhumains ou dégradants⁵⁷ dans la détermination de l'existence d'un consensus. En somme, il semblerait qu'il suffise que « les instruments internationaux pertinents dénotent une évolution continue des normes et des principes appliqués dans le droit international et dans le droit interne de la majorité des États membres du Conseil de l'Europe et attestent, sur un aspect précis, une communauté de vues dans les sociétés modernes »⁵⁸. Ainsi, en tenant compte du droit international dans sa construction du consensus, la Cour de Strasbourg fait preuve d'une plus grande ouverture en matière de protection des individus.

En plus de se fonder sur le droit national et sur la tendance internationale, la Cour européenne va parfois faire référence à d'autres sources aussi diverses les unes que les autres⁵⁹. Ainsi, l'expression de consensus peut tout autant faire référence à l'évolution constatée dans l'ordre juridique interne d'un même État⁶⁰ qu'aux projets de réforme des États parties⁶¹, aux projets de

-
56. P. ex. : *Bekos et Koutropoulos c. Grèce*, n° 15250/02 (13 décembre 2005), par. 33-36; *Ivana c. Bulgarie*, n° 52435/99 (12 avril 2007), par. 65-66; *Cobzaru v. Roumanie*, n° 48254/99 (26 juillet 2007), par. 49-50; *D.H. et autres c. République Tchèque* [GC], n° 57325/00 (13 novembre 2007), par. 59-65, 184, 192, 200 et 205; *Orsus et autres c. Croatie* [GC], n° 15766/03 (16 mars 2010), par. 65-67.
57. P. ex. : *Aerts c. Belgique* (1998), V C.E.D.H. (Sér. A), n° 25357/94, par. 42; *Kalachnikov c. Russie*, n° 47095/99 (15 juillet 2002), par. 97; *Nazarenko c. Ukraine*, n° 39483/98 (29 avril 2003), par. 94-102; *Slimani c. France*, n° 57671/00 (27 juillet 2004), par. 22 et suiv.; *Kadiķis c. Lettonie (n° 2)*, n° 62393/00 (4 mai 2006), par. 52; *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, préc., note 38, par. 163-164 et 229; *Rahimi c. Grèce*, préc., note 41, par. 30-31; *Popov c. France*, préc., note 41, par. 58 et 96.
58. *Demir et Baykara c. Turquie*, préc., note 26, par. 86; *Marckx c. Belgique*, préc., note 41, par. 41.
59. H. SURREL, préc., note 36, à la page 63.
60. H. SURREL, préc., note 36. P. ex. : *Stafford c. Royaume-Uni* [GC], n° 46295/99 (28 mai 2002), par. 69; *Weller v. Hongary*, n° 44399/05 (31 mars 2009), par. 28; *A., B. et C. c. Irlande* [GC], n° 25579/05 (16 décembre 2010), par. 27-55; *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, préc., note 38,

conventions internationales⁶², aux dispositifs d'États tiers⁶³, aux travaux de juristes⁶⁴ et aux travaux scientifiques⁶⁵.

1.2 Une notion élargie qui ne fait pas l'unanimité?

L'usage de la notion élargie de consensus ne fait toutefois pas l'unanimité parmi les juges de la Cour européenne. Par exemple, dans l'affaire *Scoppola c. Italie (n° 2)*⁶⁶, la majorité de la Cour s'est appuyée sur plusieurs sources internationales⁶⁷ pour dégager un consensus et justifier l'extension de l'article 7§1 CEDH. Les juges dissidents ont fortement critiqué l'approche de la majorité, allant jusqu'à dire qu'elle dépassait les bornes : « aucune interprétation judiciaire, aussi créative soit-elle, n'est totalement exempte de contraintes. Ce qui importe avant tout est de ne pas outrepasser les bornes fixées par les dispositions de la

-
- par. 123-124; *Lautsi et autres c. Italie* [GC], n° 30814/06 (18 mars 2011), par. 17-25.
61. P. ex. : *Tyrer c. Royaume-Uni*, préc., note 31, par. 31; *Marekx c. Belgique*, préc., note 41, par. 21; *F. c. Suisse* (1987), 128 C.E.D.H. (Sér. A), n° 11329/85, par. 24; *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, préc., note 39, par. 88; *Schalk et Kopf c. Autriche*, n° 30141/04 (24 juin 2010), par. 29 et 106; *Sitaropoulos et autres c. Grèce*, préc., note 41, par. 18-20, 76 et 78.
62. P. ex. : *Demir et Baykara c. Turquie*, préc., note 26, par. 84.
63. P. ex. : *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, préc., note 39, par. 84; *Popov c. France*, préc., note 41, par. 66; *Eweida and others v. United Kingdom*, n° 48420/10 (15 janvier 2013), par. 48-49.
64. P. ex. : *Bayatyan c. Arménie*, préc., note 41, par. 85-88; *Sitaropoulos et autres c. Grèce*, préc., note 41, par. 60.
65. P. ex. : *Fretté c. France*, n° 36515/97 (26 février 2002), par. 42; *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, préc., note 39, par. 81-82.
66. *Scoppola c. Italie (n° 2)*, préc., note 38.
67. La Cour s'est en effet référée au *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* (19 décembre 1966, 999 R.T.N.U. 171), à la *Convention américaine relative aux droits de l'Homme* (22 novembre 1969, S.T.O.É.A. n° 36), à la *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne* et à la jurisprudence communautaire, au *Statut de Rome de la Cour pénale internationale* (17 juillet 1998, 2187 R.T.N.U. 3), ainsi qu'à la jurisprudence du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie; *Scoppola c. Italie (n° 2)*, préc., note 38, par. 35-41 et 105.

Convention »⁶⁸. Cela va de pair avec la position majoritaire des juges dans l'affaire *Kafkaris c. Chypre*⁶⁹ portant sur le réexamen et le réaménagement des peines perpétuelles et le dispositif de libération anticipée, dans laquelle elle estime « qu'à l'heure actuelle, aucune norme claire et communément admise ne se dégage au sein des États membres du Conseil de l'Europe »⁷⁰. Les juges Tulkens, Cabral Barreto, Fura-Sandström, Spielmann et Jebens, dans leur opinion dissidente commune, déplorent que la Cour de Strasbourg n'ait pas fait mention, afin de dégager l'existence d'un consensus, des textes pertinents du Comité des Ministres et de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe. Tout cela démontre bien que les facteurs de mesure de la notion de consensus varient d'une affaire à l'autre, notamment selon la composition de la Cour, et que l'interprétation consensuelle fait l'objet d'une instrumentalisation : « la nature de cette technique [s'apparente] parfois à un instrument politique masquant l'arbitraire de la Cour »⁷¹.

En raison de la diversité des sources dont la Cour européenne tient compte afin d'établir l'existence d'un consensus, l'on ne peut que constater que le droit européen des droits de l'Homme est « façonné à partir de sources comparatives et internationales »⁷². Cette référence au droit national dans la création d'un droit commun basé sur le consensus permet d'ailleurs de déduire « qu'il n'existe pas de séparation absolue entre le droit international public et le droit public interne »⁷³. L'interprétation consensuelle se fonde surtout sur l'évolution du droit et non pas sur l'évolution des sociétés⁷⁴, bien que le contraire serait plutôt souhaitable, le droit évoluant beaucoup plus

68. *Scoppola c. Italie (n° 2)*, préc., note 67, opinion en partie dissidente des juges Nicolaou, Bratza, Lorenzen, Jočiene, Villiger et Sajó.

69. *Kafkaris c. Chypre* [GC], n° 21906/04 (12 février 2008).

70. *Id.*, par. 104.

71. H. SURREL, préc., note 36, à la page 65.

72. Jean-Paul COSTA, « Concepts juridiques dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme : de l'influence de différentes traditions nationales », (2004) 57 *R.T.D.H.* 101, 110.

73. W. J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, préc., note 29, 321.

74. F. JACQUEMOT, préc., note 24, p. 237.

lentement que les mœurs sociaux. De ce fait, l'on peut reprocher au consensus d'émerger de façon aléatoire et, surtout, longue⁷⁵. De surcroît, la notion de consensus apparaît se définir plutôt de manière qualitative que quantitative, la Cour semblant construire l'existence d'un consensus⁷⁶, notamment en s'appuyant sur d'autres sources que le droit interne au lieu de simplement le constater par une analyse statistique⁷⁷.

2 Identifier le consensus : un exercice discrétionnaire?

L'approche de la Cour européenne en matière d'interprétation consensuelle n'est pas uniforme, particulièrement lorsqu'il s'agit d'identifier la présence ou l'absence d'un consensus. En effet, il y aurait trois modes d'identification du consensus, « la cour pouvant procéder par simple affirmation, être animée d'une réelle volonté de démontrer son existence ou son absence ou choisir d'occulter la question »⁷⁸. Par ailleurs, la Cour ferait un usage discrétionnaire de la notion, selon les conclusions auxquelles elle veut aboutir, d'où un manque de justification quant à son choix de recourir ou non à l'interprétation consensuelle.

2.1 Les différents modes d'identification de l'instrument consensuel

Le premier mode d'identification du consensus, qui est le plus fréquemment utilisé par la Cour européenne, consiste à procéder par simple affirmation de l'existence ou de l'absence d'un consensus, sans toutefois en étayer les sources autres que le droit

75. *Id.*, p. 169.

76. H. SURREL, préc., note 36, à la page 86.

77. Cette « répugnance » des chiffres, ce refus de quantifier ses choix sont-ils liés au fait que les chiffres ont « un pouvoir réducteur et contraignant plus grand que les mots »?; Stéphane RIALS, « Les standards, notions critiques du droit », dans Chaïm PERELMAN et Raymond VANDER ELST (dir.), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1984, p. 39, à la page 53.

78. H. SURREL, préc., note 36, à la page 66.

interne de l'État défendeur⁷⁹. Selon cette méthode, la Cour vise soit à constater la diversité des approches étatiques ou, au contraire, à en relever l'homogénéité. Dans la première hypothèse, qui survient le plus souvent en matière de protection de la morale⁸⁰ ou de protection des convictions religieuses⁸¹ sans toutefois être limitée à ces domaines⁸², la Cour veut se montrer plutôt compréhensive de la diversité en démontrant l'absence de consensus, procédant donc, en quelque sorte, à une interprétation consensuelle « négative »⁸³. Par exemple, dans l'affaire *Handyside c. Royaume-Uni*⁸⁴ portant sur la confiscation et la destruction d'un manuel scolaire, la Cour de Strasbourg a affirmé qu'« on ne peut dégager du droit interne des divers États contractants une notion européenne uniforme de la morale »⁸⁵. Dans la seconde hypothèse, le constat d'homogénéité sert plutôt à affirmer l'accord de l'ensemble des États sur une question⁸⁶ ou de souligner l'isolement de la situation de l'État défendeur, voire son retard⁸⁷. La Cour procède donc à une interprétation consensuelle pouvant

79. *Id.*

80. P. ex. : *Handyside c. Royaume-Uni* (1976), 24 C.E.D.H. (Sér. A), n° 5493/72, par. 48 et 57; *Sunday Times c. Royaume-Uni (n° 1)*, préc., note 18, par. 59; *Müller et autres c. Suisse*, préc., note 33, par. 35 et 42; *Open Door et Dublin Well Woman c. Irlande* (1992), 246-A C.E.D.H. (Sér. A), n° 14234/88, par. 68.

81. P. ex. : *Otto-Preminger-Institut c. Autriche* (1994), 295-A C.E.D.H. (Sér. A), n° 13470/87, par. 50; *I.A. c. Turquie*, n° 42571/98 (13 septembre 2005), par. 25.

82. P. ex. : *Gillow c. Royaume-Uni* (1986), 109 C.E.D.H. (Sér. A), n° 9063/80, par. 71; *Burghartz c. Suisse*, préc., note 43, par. 27; *Stjerna c. Finlande* (1994), 299-B C.E.D.H. (Sér. A), n° 18131/91, par. 39; *Zavoloka c. Lettonie*, n° 58447/00 (7 juillet 2009), par. 31 et 40.

83. V. CLAUDE, préc., note 25, p. 36-37.

84. *Handyside c. Royaume-Uni*, préc., note 80.

85. *Id.*, par. 48.

86. P. ex. : *Selmouni c. France* [GC], n° 25803/94 (28 juillet 1999), par. 101; *Gorraiz Lizarraga et a. c. Espagne*, n° 62543/00 (27 avril 2004), par. 38; *Siliadin c. France*, préc., note 43, par. 121 et 148.

87. P. ex. : *Tyrer c. Royaume-Uni*, préc., note 31, par. 31 et 38; *Sunday Times c. Royaume-Uni (n° 1)*, préc., note 18, par. 59-60; *Dudgeon c. Royaume-Uni* (1981), 45 C.E.D.H. (Sér. A), n° 7525/76, par. 60; *Vogt c. Allemagne* (1995), IV C.E.D.H. (Sér. A), n° 17851/91, par. 59.

être qualifiée de « positive »⁸⁸. Ainsi, dans l'affaire *Vogt c. Allemagne*⁸⁹ où était contestée une restriction à la liberté d'expression des enseignants allemands, la Cour a indiqué qu'« à l'époque des faits, aucun autre État membre du Conseil de l'Europe ne semble avoir imposé une obligation de loyauté de pareille rigueur »⁹⁰, mettant ainsi l'accent sur le cas isolé de l'Allemagne.

Selon le deuxième mode d'identification du consensus, qui est de plus en plus présent dans la jurisprudence récente de la Cour européenne⁹¹, celle-ci semble être poussée à démontrer l'existence ou l'absence d'un consensus. Elle ne fait donc plus uniquement référence au droit interne de l'État défendeur, mais également à d'autres sources⁹², sans pour autant préciser la teneur exacte de sa démonstration de l'existence ou de l'absence d'un consensus⁹³. Cette deuxième méthode poursuit, par ailleurs,

88. V. CLAUDE, préc., note 25, p. 37.

89. *Vogt c. Allemagne*, préc., note 86.

90. *Id.*, par. 59.

91. P. ex. : *F. c. Suisse*, préc., note 61; *B. c. France*, préc., note 53; *Stubbings et autres c. Royaume-Uni* (1995), IV C.E.D.H. (Sér. A), n° 22083/93; *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, préc., note 39; *I. c. Royaume-Uni* [GC], n° 25680/94 (11 juillet 2002); *Burden c. Royaume-Uni* [GC], n° 13378/05 (29 avril 2008); *Demir et Baykara c. Turquie*, préc., note 26; *Tănase c. Moldova* [GC], n° 7/08 (27 avril 2010); *Schalk et Kopf c. Autriche*, préc., note 61; *A., B. et C. c. Irlande*, préc., note 60; *Bayatyan c. Arménie*, préc., note 41; *Stummer c. Autriche*, préc., note 18; *S.H. et autres c. Autriche* [GC], n° 57813/00 (3 novembre 2011); *Sitaropoulos*, préc., note 41.

92. P. ex. : *Stjerna c. Finlande*, préc., note 82, par. 17-30; *M.C. c. Bulgarie*, préc., note 20, par. 72-108; *Stec et autres c. Royaume-Uni* [GC], n° 65731/01 (12 avril 2006), par. 26-41; *Evans c. Royaume-Uni* [GC], n° 6339/05 (10 avril 2007), par. 29-52; *Stoll c. Suisse* [GC], n° 69698/01 (10 décembre 2007), par. 35-44; *Kafkaris c. Chypre*, préc., note 69, par. 31-76; *Alekseyev c. Russie*, n° 4916/07 (21 octobre 2010), par. 49-52; *A., B. et C. c. Irlande*, préc., note 60, par. 27-112; *Lautsi et autres c. Italie*, préc., note 60, par. 17-28; *S.H. et autres c. Autriche*, préc., note 91, par. 27-44; *Sitaropoulos et autres c. Grèce*, préc., note 41, par. 15-45; H. SURREL, préc., note 36, à la page 69.

93. H. SURREL, préc., note 92. Comme le contemple d'ailleurs Ganshof Van Der Meersch, « la Cour ne précise généralement pas, dans sa pratique,

les mêmes objectifs que la première, à savoir constater l'homogénéité des pratiques ou, au contraire, mettre en exergue la diversité européenne.

En vertu du troisième et dernier mode d'identification du consensus, qui est d'ailleurs plus rare, la Cour va carrément occulter l'existence ou l'absence d'un consensus. Celle-ci le fera parfois afin de dissimuler la diversité nationale, voire masquer la légitimité de leurs approches. Par exemple, dans l'affaire *Burghartz c. Suisse*⁹⁴, la Cour n'a fait aucune mention de l'absence de consensus relativement aux règles d'attribution des noms et a élargi le champ d'application de l'article 8 CEDH pour y inclure le choix du patronyme⁹⁵. La Cour reprend d'ailleurs ce raisonnement dans l'affaire *Ünal Tekeli c. Turquie*⁹⁶ où elle réaffirme qu'« en tant que moyen d'identification personnelle et de rattachement à une famille, le nom d'une personne n'en concerne pas moins la vie privée et familiale de celle-ci »⁹⁷, ne faisant encore une fois aucune mention de l'absence de consensus. Dissimuler la diversité nationale permet donc à la Cour d'imposer sa propre lecture de la CEDH et d'élargir le champ d'application d'une disposition conventionnelle. Dans d'autres cas, la Cour européenne camoufle l'existence d'un consensus, sans toutefois que cela n'emporte « les mêmes conséquences pour le respect des particularismes locaux »⁹⁸; c'est d'ailleurs son approche dans l'affaire *Folgero et autres c. Norvège*⁹⁹ concernant les dispenses d'enseignements de culture religieuse et morale. En effet, la Cour y occulte totalement l'existence d'un consensus et condamne la Norvège, car l'État n'a pas raisonnablement veillé à ce que les informations figurant au programme du cours soient diffusées de manière objective, critique et pluraliste. Cette décision contraste d'ailleurs avec

au droit de quels États elle se réfère »; W. J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, préc., note 29, 323.

94. *Burghartz c. Suisse*, préc., note 43.

95. *Id.*, opinion dissidente des juges PETTITI et VALTICOS, par. 2.

96. *Ünal Tekeli c. Turquie*, n° 29865/96 (16 novembre 2004).

97. *Id.*, par. 42.

98. H. SURREL, préc., note 36, à la page 75.

99. *Folgero et autres c. Norvège* [GC], n° 15472/02 (29 juin 2007).

l'affaire *Hasan et Eylem Zengin c. Turquie*¹⁰⁰, portant sur les mêmes questions, dans laquelle la Cour de Strasbourg se réfère au consensus avec précision¹⁰¹. Dans l'affaire *Imbrioscia c. Suisse*¹⁰², portant sur l'absence d'un avocat à l'occasion d'interrogatoires policiers, la Cour occulte l'existence d'un consensus et conclut à la non violation de l'article 6 CEDH. Or, dans son opinion dissidente, le juge Louis-Edmond Pettiti soulève que « l'évolution des législations des États membres du Conseil de l'Europe va [...] dans le sens d'une meilleure protection de la défense dans l'esprit de l'article 6 »¹⁰³. De ce fait, il semblerait que, lorsque la Cour occulte l'existence d'un consensus, cela n'a pas pour effet de renforcer le respect des particularismes locaux. Si cela avait été son but, elle aurait plutôt écarté de façon explicite son existence.

2.2 Un manque de justification voulu par la Cour?

La Cour européenne ne justifie que très peu son recours au consensus, y faisant référence de façon sporadique et non uniforme, parfois en indiquant sommairement les sources lui ayant permis de dégager un consensus, d'autres fois sans donner d'information aucune. Il nous apparaît donc que la Cour fait un usage discrétionnaire de la notion de consensus et de l'interprétation consensuelle.

Effectivement, une analyse jurisprudentielle combinée avec une étude du droit comparé, pour ne pas dire statistique, des différents États membres du Conseil de l'Europe permet d'affirmer que, dans plusieurs affaires, pour la plupart très critiquées, la Cour européenne affirmerait l'existence d'un consensus alors qu'il n'y en aurait pas ou, au contraire, l'absence d'un consensus alors qu'en réalité, il s'en dégagerait un. Par exemple, dans les affaires *V. c. Royaume-Uni*¹⁰⁴ et *T. c. Royaume-Uni*¹⁰⁵, la Cour affirme

100. *Hasan et Eylem Zengin c. Turquie*, n° 1448/04 (9 octobre 2007).

101. *Id.*, par. 30-34.

102. *Imbrioscia c. Suisse* (1993), 275 C.E.D.H. (Sér. A), n° 13972/88.

103. *Id.*, opinion dissidente du juge Pettiti.

104. *V. c. Royaume-Uni*, préc., note 41.

l'absence de consensus relativement à l'âge de la responsabilité pénale. Selon la loi du Royaume-Uni, le seuil de la responsabilité pénale est fixé à dix ans et bien que « la plupart des États contractants ont adopté un seuil plus élevé que celui de l'Angleterre et du pays de Galles, d'autres, tels que Chypre, l'Irlande, le Liechtenstein et la Suisse appliquent un seuil plus bas »¹⁰⁶. La Cour de Strasbourg constate que l'âge minimum de la responsabilité pénale variait entre sept ans et dix-huit ans. Néanmoins, s'il n'y avait pas au sein des États membres du Conseil de l'Europe une norme commune fixant un âge précis, la Cour a tout de même négligé de reconnaître que la grande majorité des États contractants ont adopté un seuil plus élevé et, donc, qu'une tendance manifeste se dégageait : « seuls quatre États contractants sur quarante et un ont adopté un seuil aussi bas ou plus bas que celui en vigueur en Angleterre »¹⁰⁷. Tout au contraire, dans l'affaire *Marckx c. Belgique*¹⁰⁸, la Cour affirme l'existence d'un consensus au sein des États membres du Conseil de l'Europe, alors qu'il n'en existerait pas véritablement. Effectivement, la Cour européenne dégage un consensus international, se fondant sur l'entrée en vigueur de textes internationaux qui n'ont été ratifiés que par une minorité des États membres du Conseil de l'Europe¹⁰⁹ et qui, de plus, sont entrés en vigueur suite au dépôt de la requête dirigée contre la Belgique. Il en va de même dans les affaires *König c. Allemagne*¹¹⁰ et *Oztürk c. Allemagne*¹¹¹, où la Cour affirme l'existence d'un consensus relativement au sens de la notion de « droit civil », alors qu'un « examen attentif des données du droit comparé montrerait qu'il n'existe pas aujourd'hui de *dénominateur commun* dans le sens envisagé par l'arrêt »¹¹² et que la notion « ne

105. *T. c. Royaume-Uni*, préc., note 41.

106. *Id.*, par. 71; *V. c. Royaume-Uni*, préc., note 41, par. 73.

107. *T. c. Royaume-Uni*, *id.*, opinion en partie dissidente commune aux juges Pastor Ridruejo, Ress, Makarczyk, Tulkens et Butkevych; *V. c. Royaume-Uni*, préc., note 106, opinion en partie dissidente commune aux juges Pastor Ridruejo, Ress, Makarczyk, Tulkens et Butkevych.

108. *Marckx c. Belgique*, préc., note 41.

109. *Id.*, par. 41.

110. *König c. Allemagne* (1978), 27 C.E.D.H. (Sér. A), n° 6232/73.

111. *Öztürk c. Allemagne* (1984), 73 C.E.D.H. (Sér. A), n° 8544/79.

112. *Id.*, opinion dissidente du juge Matscher (nos italiques).

trouve aucun fondement dans les systèmes de droit de la grande majorité des États contractants »¹¹³.

Dans son interprétation de la CEDH, la Cour européenne est conduite à confronter l'existence d'un consensus « avec la disposition de droit international qu'est l'article de la Convention dont la violation est invoquée »¹¹⁴. Dans certains cas, plutôt rares, ceci amènerait la Cour à « occulter explicitement »¹¹⁵ la notion de consensus, voire la neutraliser, pour imposer aux Hautes Parties contractantes sa propre lecture de la CEDH ou pour ménager la volonté de l'État¹¹⁶. Entre autres, dans les affaires *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*¹¹⁷ et *I. c. Royaume-Uni*¹¹⁸, tout en prenant note de l'absence de consensus sur la question de la reconnaissance d'un statut juridique des transsexuels, la Cour s'appuie sur l'émergence d'une tendance internationale favorable et sur la notion d'autonomie personnelle pour faire prévaloir son interprétation, tant celle relative au respect de la vie privée et familiale (article 8 CEDH) qu'en matière de mariage (article 12 CEDH). Dans ces affaires, la Cour y affirme que la communauté de vues des États contractants sur la question transsexuelle n'est pas bien établie¹¹⁹, mais elle juge néanmoins qu'il faut « passer outre la mosaïque européenne, car l'appel d'une communauté humaine en détresse est par trop important »¹²⁰. Les affaires *Tysiac c. Pologne*¹²¹, relative à l'avortement thérapeutique, et *Weller v. Hungary*¹²², concernant une discrimination fondée sur la

113. *König*, préc., note 110, opinion séparée du juge Matscher.

114. W. J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, préc., note 29, 320.

115. H. SURREL, préc., note 36.

116. *Id.*, à la page 82.

117. *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, préc., note 39.

118. *I. c. Royaume-Uni*, préc., note 91.

119. *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, préc., note 39, par. 85 et 103.

120. Laurence BURGORGUE-LARSEN, « De l'art de changer de cap : libres propos sur les nouveaux revirements de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme », dans *Libertés, justice, tolérance. Mélanges en hommage au doyen Gérard Cohen-Jonathan*, vol. 1, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 335, à la page 348; *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, préc., note 119, par. 120; *I. c. Royaume-Uni*, préc., note 91, par. 95.

121. *Tysiac c. Pologne*, n° 5410/03 (20 mars 2007).

122. *Weller v. Hungary*, préc., note 60.

nationalité dans l'obtention d'une indemnité de maternité, sont toutes aussi illustratives. En effet, dans ces affaires, afin de neutraliser l'absence de consensus, la Cour s'appuie sur le nécessaire respect des principes inhérents au standard de « société démocratique »¹²³. Dans l'affaire *Yumak et Sadak c. Turquie*¹²⁴ portant sur le seuil électoral des suffrages pour les élections législatives, la Cour neutralise la présence d'un consensus, pour ne pas dire qu'elle l'anéantit. En effet, la Cour européenne, tout en affirmant que le seuil de 10% requis en Turquie n'était pas conforme à la tradition politique démocratique commune aux États membres, ne conclut pas à la violation de la CEDH¹²⁵. Affirmant que

[...] toute loi électorale doit [...] s'apprécier à la lumière de l'évolution historique du pays, [...] des détails inacceptables dans le cadre d'un système déterminé peuvent se justifier dans celui d'un autre [...], pour autant du moins que le système adopté réponde à des conditions assurant la *libre expression de l'opinion du peuple sur le choix du corps législatif*¹²⁶. (nos italiques)

La Cour de Strasbourg cherche donc, dans cette affaire, à ménager la Turquie. Dans l'affaire *B. and L. v. United Kingdom*¹²⁷ portant sur l'empêchement au mariage entre beaux-parents et beaux-enfants, la Cour, écartant la pratique commune des États membres du Conseil de l'Europe à laquelle est analogue le dispositif britannique, constate une violation de la CEDH, au motif que

[...] the bar on marriage does not prevent the relationships occurring, [that] there is no incest, or other criminal law, provisions to prevent extra-marital relationships between parents-in-law and children-in-law being established

123. *Tysiack*, préc., note 121, par. 112; *Weller v. Hungary*, préc., note 122, par. 34.

124. *Yumak et Sadak c. Turquie*, préc., note 53.

125. *Id.*, par. 64, 127, 129-131 et 147.

126. *Id.*, par. 111; *Py c. France*, n° 66289/01 (11 janvier 2005), par. 46.

127. *B. and L. v. United Kingdom*, n° 36536/02 (13 septembre 2005).

notwithstanding that children may live in these homes. It cannot therefore be said that in the present case the ban on the applicant's marriage prevents any alleged confusion or emotional insecurity to the second applicant's son.¹²⁸

Tous ces exemples illustrent bel et bien que la Cour européenne, par son usage relatif, discrétionnaire et injustifié de la notion ambiguë du « consensus », semble pratiquer une certaine « politique jurisprudentielle », à savoir une « stratégie juridictionnelle globale et systématisée d'instrumentalisation du droit à des fins institutionnelles ou politiques »¹²⁹. Toutefois, malgré l'ambiguïté qui caractérise l'interprétation consensuelle et la notion de consensus, son usage s'avère essentiel dans le contexte particulier de la CEDH.

3 Le consensus, construction prétorienne nécessaire au système européen de sauvegarde des droits de l'Homme

Afin de véritablement comprendre l'étendue et l'importance de l'interprétation consensuelle, il convient, dans un premier temps, de mettre en exergue les objectifs sous-tendant son usage par la Cour européenne, à savoir les motivations l'ayant mené à construire la notion de consensus. Il apparaît tout aussi important, dans un second temps, de se pencher sur les fondements même de l'interprétation consensuelle en expliquant comment la Cour a dégagé la notion de consensus du texte conventionnel.

3.1 La nécessité du recours au consensus dans le contexte conventionnel

En tant que « traité-loi », la CEDH a un caractère normatif et, « à la différence des traités internationaux de type classique, [elle] déborde de la simple réciprocité entre États contractants. En

128. *Id.*, par. 38.

129. Edouard DUBOUT, « Interprétation téléologique et politique jurisprudentielle de la Cour européenne des droits de l'Homme », (2008) 74 *R.T.D.H.* 383, 388; H. SURREL, préc., note 36, à la page 86.

sus d'un réseau d'engagements synallagmatiques bilatéraux, elle crée des obligations objectives qui, aux termes de son préambule, bénéficient d'une *garantie collective* »¹³⁰. Ainsi, quand elle interprète certaines dispositions de la CEDH, la Cour européenne doit tenir compte du caractère singulier du traité¹³¹ et accorder une place centrale à l'objet et au but de la CEDH¹³². Cette méthode « se présente comme une directive selon laquelle il convient de donner tout son sens et son effet à un énoncé [...] ou à un groupe d'énoncés »¹³³ et constitue une « tentative de construction d'un ensemble de normes juridiques organisées et unies dans un tout harmonieux et autonome en vue de réglementer une société donnée »¹³⁴. La CEDH requiert de ses interprètes des prises de positions par rapport à des valeurs dans la mobilisation des standards et modes de raisonnement¹³⁵. Cela ne va pas sans entraîner de conséquences et « la jurisprudence de la Cour [...] semble osciller entre la prudence et la hardiesse, entre l'approche formaliste des textes et la prise en considération de leur esprit »¹³⁶. De ce fait, le choix de la méthode d'interprétation est

130. *Irlande c. Royaume-Uni* (1978), 25 C.E.D.H. (Sér. A), n° 5310/71, par. 239 (nos italiques); *Autriche c. Italie*, (1961), 7 Comm. Eur. D.H. Rec. 23, n° 788/60; Théo VAN BOVEN, « Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales : Préambule », dans Louis-Edmond PETTITI (dir.), *La Convention européenne des droits de l'Homme : commentaire article par article*, 2^e éd., Paris, Economica, 1999, p. 125, à la page 133.

131. *Loizidou c. Turquie* (1996), VI C.E.D.H. (Sér. A), n° 15318/89, par. 70 et 93; J. CALLEWAERT, préc., note 45, à la page 106.

132. Cette technique d'interprétation est qualifiée d'« interprétation téléologique » et se fonde sur l'article 31§1 de la *Convention de Vienne*.

133. Jean-Denis MOUTON, *Étude de la méthode d'interprétation dite de l'effet utile en droit international public. Contribution à la compréhension de l'idée juridictionnelle du droit*, Thèse de doctorat en droit, Nancy, 1986, p. 18-19.

134. *Id.*, p. 703.

135. Patrick WACHSMANN, « Les méthodes d'interprétation des conventions internationales relatives à la protection des droits de l'Homme », dans Société Française pour le Droit International (SFDI), *La protection des droits de l'Homme et l'évolution du droit international : Colloque de Strasbourg*, Paris, A. Pedone, 1998, p. 157, à la page 158.

136. Olivier JACOT-GUILLARMOD, « Règles, méthodes et principes d'interprétation dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de

rarement neutre, voire jamais, et est arbitraire; ce choix serait déterminé selon des « considérations extrajuridiques »¹³⁷. Or, le choix de l'interprétation consensuelle n'échappe pas à cette règle et celle-ci permet à la Cour d'assurer la garantie effective des droits conventionnels, en plus d'atteindre le fragile équilibre entre harmonisation du droit et respect de l'autonomie nationale.

3.1.1 La garantie effective des droits conventionnels

L'usage par la Cour européenne de l'interprétation consensuelle se justifie en raison du contexte conventionnel du traité. En effet, le recours au consensus permet de garantir l'effectivité des droits garantis dans la CEDH. Dans le domaine des droits de la personne, une sauvegarde est nécessaire, car il n'y a jamais d'acquis définitifs. Ainsi, la CEDH a pour principale finalité la garantie de la jouissance effective des droits de l'Homme et des libertés fondamentales¹³⁸. Or, l'effectivité suppose non seulement un plein respect des droits intangibles¹³⁹, mais aussi que les

-
- l'Homme », dans Louis-Edmond PETTITI (dir.), *La Convention européenne des droits de l'Homme : commentaire article par article*, 2^e éd., Paris, Economica, 1999, p. 41, à la page 41.
137. Michel MELCHIOR, « Notions vagues ou indéterminées et lacunes dans la Convention européenne des droits de l'Homme », dans *Protection des droits de l'Homme : la dimension européenne. Mélanges en l'honneur de Gérard J. Wiarda*, Berlin, Carl Heymans, 1990, p. 411, à la page 414; Pierre PESCATORE, « Le problème de l'argumentation juridique. Quelques idées non conventionnelles », dans Jean GREISCH (dir.), *Le droit*, Paris, Beauchesne, 1984, p. 137.
138. Préambule de la CEDH; *Affaire linguistique belge*, préc., note 32; J. CALLEWAERT, préc., note 45, à la page 95; Katarzyna GRABARCZYK, *Les principes généraux dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2008, p. 305-306; F. JACQUEMOT, préc., note 24, p. 160; Giuseppe SPERDUTI, « Sur la garantie par les ordres juridiques internes des droits reconnus dans la Convention européenne des droits de l'Homme », dans Pierre-Henri TEITGEN (dir.), *Mélanges Fernand Dehousse : Les progrès du droit des gens*, vol. 1, Paris, Fernand Nathan, 1979, p. 227, à la page 227; P. WACHSMANN, préc., note 135, à la page 158.
139. Les droits intangibles sont, d'ailleurs, de *jus cogens*; Kéba MBAYE, « Introduction », dans Mohammed BEDJAoui (dir.), *Droit international* :

limitations aux droits conditionnels ne portent pas atteinte à la substance même de ces derniers¹⁴⁰. Les États doivent donc veiller à ce que leur législation interne cadre avec la CEDH¹⁴¹ et « prendre les mesures d'adaptation qui se révéleraient nécessaires à cette fin »¹⁴². L'effectivité de la CEDH est la préoccupation dominante de la Cour strasbourgeoise¹⁴³, qui doit « protéger des droits non pas théoriques et illusoire, mais concrets et effectifs »¹⁴⁴. En faisant sienne le principe *pro homine*, qui consiste à placer l'individu au cœur de ses préoccupations interprétatives¹⁴⁵, la Cour a permis à la CEDH d'offrir aux individus « une garantie supplémentaire et souveraine, soit quand le droit n'est pas garanti dans la législation nationale, ou qu'il n'est pas garanti avec les mêmes exigences, soit quand, étant garanti, cette garantie n'est pas appliquée »¹⁴⁶. La

Bilan et perspectives, t. 2, Paris, A. Pedone, 1991, p. 1109, à la page 1115.

140. *Brogan et autres c. Royaume-Uni* (1988), 145-B C.E.D.H. (Sér. A), n° 11209/84; Frédéric SUDRE, « L'Europe des droits de l'Homme », (1991) 14 *Droits* 105, 112-113.
141. Article 1^{er} CEDH.
142. *De Becker c. Belgique* (1958), *Comm. Eur. D.H.*, requête n° 214/56.
143. *Affaire linguistique belge*, préc., note 32, par. 9; *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni* (1985), 94 C.E.D.H. (Sér. A), n° 9214/80, par. 78; *Stec et autres c. Royaume-Uni*, préc., note 92, par. 40; *E.B. c. France* [GC], n° 43546/02 (22 janvier 2008), par. 48; Frédéric SUDRE, « Les libertés protégées par la Cour européenne des Droits de l'Homme », dans Dominique ROUSSEAU et Frédéric SUDRE (dir.), *Conseil constitutionnel et Cour européenne des droits de l'Homme : droits et libertés en Europe. Actes du colloque de Montpellier, 20-21 janvier 1989*, Paris, STH, 1990, p. 17, à la page 22; P. WACHSMANN, préc., note 135, à la page 193.
144. *Loizidou c. Turquie*, préc., note 131, par. 72. V. *Airey c. Irlande* (1979), 32 C.E.D.H. (Sér. A), n° 6289/73, par. 26; *Artico c. Italie* (1980), 37 C.E.D.H. (Sér. A), n° 6694, par. 33; *Stafford c. Royaume-Uni*, préc., note 60, par. 68; *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, préc., note 39, par. 74; *Von Hannover c. Allemagne*, n° 59320/00 (24 juin 2004), par. 71; *Demir et Bayraka, supra* n° 95, par. 66; *Scordino c. Italie (n° 1)* [GC], n° 36813/97 (29 mars 2006), par. 192.
145. Bien que ce principe semble être à géométrie variable; L. BURGORGUE-LARSEN, préc., note 120, aux p. 341, 349.
146. Walter J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, « Aspects de la mise en œuvre d'une sauvegarde collective des droits de l'Homme en droit international : La Convention européenne », dans Pierre Henri TEITGEN (dir.), *Mélanges*

CEDH se pose donc comme base d'une protection minimale devant être respectée sur l'ensemble du territoire des États membres du Conseil de l'Europe¹⁴⁷. C'est notamment ce but de garantie effective qui a poussé la Cour à user de la construction prétorienne du consensus, celle-ci permettant d'assurer le développement¹⁴⁸ et la sauvegarde des droits conventionnels en établissant une base minimale de normes communes.

3.1.2 La recherche d'un équilibre entre l'harmonisation du droit européen des droits de l'Homme et le respect de l'autonomie nationale

Le recours au consensus s'avère tout aussi essentiel pour que la Cour européenne puisse accomplir sa mission d'harmonisation du droit européen des droits de l'Homme, sans pour autant porter atteinte à l'autonomie des États, un équilibre plutôt difficile à atteindre *per se*. Effectivement, il découle du caractère conventionnel du traité de Rome que la Cour doit tenter de maintenir un équilibre entre l'objectif de création d'un droit commun européen des droits de l'Homme et son devoir de respect de l'autonomie nationale. La CEDH a pour « but de réaliser une union plus étroite entre ses membres »¹⁴⁹ et la jurisprudence de la

Fernand Dehousse : Les progrès du droit des gens, vol. I, Bruxelles, Labor, 1979, p. 193, à la page 199.

147. Emmanuel DECAUX, « Article 60 », dans Louis-Edmond PETTITI (dir.), *La Convention européenne des droits de l'Homme : commentaire article par article*, 2^e éd., Paris, Economica, 1999, p. 897; Jan DE MEYER, « Brèves réflexions à propos de l'article 60 de la Convention européenne des droits de l'Homme », dans *Protection des droits de l'Homme : la dimension européenne. Mélanges en l'honneur de Gérard J. Wiarda*, Berlin, Carl Heymans, 1990, p. 259; O. JACOT-GUILLARMOD, préc., note 136, à la page 41; P. WACHSMANN, préc., note 135, à la page 163.

148. Le Préambule de la Convention faisant usage des termes « premières mesures » et « certains des droits énoncés dans la Déclaration universelle », il apparaît que la jurisprudence de la Cour européenne « entend assurer non seulement la sauvegarde des droits énoncés par la Convention mais aussi leur développement »; F. SUDRE, préc., note 140, 106; Frédéric SUDRE, *La Convention européenne des droits de l'Homme*, 8^e éd., Paris, PUF, 2010, p. 30; T. VAN BOVEN, préc., note 130, à la page 133.

149. Préambule CEDH.

Cour de Strasbourg doit ainsi déployer un certain effet intégrateur devant « [favoriser] la mise en compatibilité des normes de droit interne avec *l'idée de droit commune* dont la Convention est porteuse »¹⁵⁰. La CEDH telle qu'interprétée par la Cour ne vise pourtant pas à uniformiser le droit, mais plutôt à l'harmoniser : elle vise à « dégager un standard minimum de protection en ayant égard au fait qu'une société démocratique et pluraliste ne doit pas aboutir à gommer toute différence entre les régimes juridiques nationaux »¹⁵¹ lorsqu'ils sont compatibles avec le texte conventionnel¹⁵². Néanmoins, la CEDH confie « solidairement »¹⁵³ à chacun des États de défendre les droits de l'Homme, ceux-ci en étant les premiers garants. Dans cet ordre d'idées, la nature du traité accorde un pouvoir discrétionnaire aux États, une autonomie dans le choix de la mise en œuvre des droits garantis¹⁵⁴ qui va plus particulièrement entrer en jeu lorsqu'un droit n'est pas concrètement défini ou lorsque le texte de la CEDH renvoie

150. F. SUDRE, préc., note 143, à la page 32 (nos italiques); Marc-André EISSEN, « La Cour européenne des droits de l'Homme », (1986) 6 *R.D.P.* 1539, 1584; Walter J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, « Réflexions sur les restrictions à l'exercice des droits de l'Homme dans la jurisprudence de la Cour européenne de Strasbourg », dans *Völkerrecht Als Rechtsordnung Internationale Gerichtsbarkeit Menschenrechte : festchrift für Hermann Mosler*, Berlin, Springer-Verlag, 1983, p. 263.

151. O. JACOT-GUILLARMOD, préc., note 136, à la page 50; *Sunday Times c. Royaume-Uni (n° 1)*, préc., note 18, par. 61; *Rasmussen c. Danemark*, préc., note 18; *Johnston et autres c. Irlande*, préc., note 41; *F. c. Suisse*, préc., note 61; F. SUDRE, préc., note 143, à la page 32; P. ROLLAND, préc., note 28, à la page 57; R. ERGEC, préc., note 34, p. 126; Frédéric SUDRE, « Le pluralisme saisi par le juge européen », dans Michel LEVINET (dir.), *Pluralisme et juges européens des droits de l'Homme*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 33, à la page 53; Lord MACKAY OF CLASHFERN, « The margin of appreciation and the need for balance », dans *Protection des droits de l'Homme : la perspective européenne. Mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal*, Cologne, Heymanns, 2000, p. 837, à la page 840; F. SUDRE, préc., note 140, 108.

152. *Achour c. France* [GC], n° 67335/01 (29 mars 2006), par. 51.

153. F. SUDRE, préc., note 140, 105.

154. Cela ne va pas sans rappeler le principe d'autonomie institutionnelle en droit communautaire; W. J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, préc., note 29, 320.

expressément aux lois nationales¹⁵⁵. Par ailleurs, en raison de la grande diversité culturelle et politique des États membres du Conseil de l'Europe, des divergences sont inévitables. Il existe une pluralité d'interprétations des dispositions conventionnelles dans l'ensemble du territoire des États membres et la Cour européenne s'efforce alors d'harmoniser les droits et libertés en dégagant des standards communs, s'en remettant à l'autonomie nationale pour le surplus¹⁵⁶, à savoir lorsqu'elle ne peut dégager de consensus. Ainsi, par le biais de l'interprétation consensuelle, la Cour peut discerner les pratiques nationales de celles de la « grande majorité des États membres » et, si elle le juge nécessaire, imposer à ces États une harmonisation de leurs pratiques ou, au contraire, mettre l'accent sur la pluralité des pratiques nationales et se garder d'empiéter sur l'autonomie étatique.

3.1.3 La nécessité d'une démarche prudente : une question d'autorité et de légitimité

La notion de consensus a pour principale finalité d'apporter une plus grande légitimité aux décisions de la Cour, lui permettant du même fait d'asseoir son autorité. Le droit international étant surtout un droit de consentement¹⁵⁷, l'effectivité de la CEDH, voire le fonctionnement même de son mécanisme de protection, repose sur la volonté des États qui ont accepté la compétence la Cour de Strasbourg¹⁵⁸. En effet, la pleine effectivité de la CEDH est liée à son application en droit interne. Or, lorsque la Cour s'avance sur un terrain controversé, la question de la source de son autorité est soulevée et le consentement des États sur lequel repose le système

155. Art. 12 CEDH; *Syndicat national de police belge c. Belgique*, préc., note 41; F. SUDRE, préc., note 148, p. 42.

156. R. ERGEC, préc., note 34, p. 126.

157. M. BEDJAOUÏ, préc., note 6, à la page 2.

158. Jacques VELU et Rusen ERGEC, *La Convention européenne des droits de l'Homme*, Bruxelles, Bruylant, 1990, p. 59; W. J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, préc., note 146, à la page 195; K. GRABARCZYK, préc., note 138, p. 309; F. OST, préc., note 13, à la page 458.

conventionnel est menacé¹⁵⁹. Par souci de donner à ses arrêts toute l'autorité nécessaire, il est primordial pour la Cour de Strasbourg de motiver ses décisions¹⁶⁰. Étant la seule à pouvoir donner une interprétation authentique des dispositions de la CEDH¹⁶¹, la Cour doit bâtir l'autorité du mécanisme de protection¹⁶². Ses arrêts jouent un rôle essentiel dans le cadre du Conseil de l'Europe et de l'application de la CEDH par les États, ceux-ci servant « non seulement à trancher les cas dont elle est saisie, mais plus largement à clarifier, sauvegarder et développer les normes de la Convention et à contribuer de la sorte au respect, par les États, des engagements qu'ils ont assumés en leur qualité de Parties contractantes »¹⁶³. Bien que n'ayant pas une autorité absolue, il découle des articles 32 et 46 de la CEDH que les arrêts de la Cour ont l'« autorité de la chose interprétée »¹⁶⁴ et ont donc un effet direct s'étendant aux États contractants qui doivent tenir compte de l'interprétation faite par la Cour des dispositions garanties¹⁶⁵. De la sorte, la Cour ne peut être indifférente à la

159. L. MACKAY OF CLASHFERN, préc., note 151, à la page 838; M. MELCHIOR, préc., note 137, à la page 412.

160. Contrairement aux décisions des juridictions internes françaises ou belges, la Cour européenne des droits de l'Homme motive largement ses décisions; F. OST, préc., note 13, à la page 408.

161. Art. 32 CEDH (article 45 de la version antérieure de la Convention, avant l'entrée en vigueur du Protocole n° 11 le 1^{er} novembre 1998); Johan CALLEWAERT, « article 45 », dans Louis-Edmond PETTITI (dir.), *La Convention européenne des droits de l'Homme : commentaire article par article*, 2^e éd., Paris, Economica, 1999, p. 767.

162. J. CALLEWAERT, préc., note 45, à la page 94.

163. *Id.*, à la page 154; art. 19 CEDH.

164. À noter que cette expression a été reprise du droit communautaire par la doctrine et la jurisprudence du droit européen des droits de l'Homme; F. JACQUEMOT, préc., note 24, p. 176; P. WACHSMANN, préc., note 135, à la page 160; Jean BOULOUIS, « À propos de la fonction normative de la jurisprudence : remarques sur l'œuvre jurisprudentielle de la Cour de justice des Communautés européennes », dans *Mélanges Marcel Waline*, t. 1, Paris, LGDJ, 1974, p. 149, à la page 157; Patrick ROLLAND, « L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'Homme », (1991) *RUDH* 280, 282.

165. Art. 26 de la Convention de Vienne; Conseil de l'Europe, Commission de Venise, 53^e sess., *Avis n° 209/2002, CDL-AD (2002) 34 sur la mise en œuvre des arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme*, Venise, 13-14 décembre 2002; *Vermeire c. Belgique* (1991), 214-C C.E.D.H. (Sér.

situation juridique dans les États contractants¹⁶⁶ et celle-ci « veille à ce que sa jurisprudence reflète l'état général des mentalités en Europe »¹⁶⁷, afin d'asseoir son autorité et, bien entendu, de légitimer ses décisions. La Cour doit donc faire preuve de pragmatisme et c'est justement sur ce point que l'interprétation consensuelle se révèle capitale : le recours au consensus constitue une approche prudente qui est nécessaire à la Cour afin de renforcer l'adhésion des États au système conventionnel¹⁶⁸.

3.2 La construction prétorienne d'une notion primordiale au système européen de sauvegarde des droits humains

Maintenant les besoins ayant motivé la Cour à créer la notion de consensus identifiés, il est important de comprendre comment celle-ci est parvenue à la construire. Il convient donc de procéder à l'analyse des fondements de la notion prétorienne de consensus. Faisant notamment usage de principes interprétatifs bien connus du droit et de la coutume internationale, la Cour s'est largement appuyée sur le Préambule de la CEDH pour dégager certains des piliers de l'interprétation consensuelle. La Cour a également tenu compte de la nature de la CEDH, plus précisément de son caractère subsidiaire.

3.2.1 Une notion découlant du Préambule du traité régional de protection des droits de la personne

La CEDH et ses protocoles forment un tout et doivent se lire en tant que tels, afin de promouvoir la cohérence interne et l'harmonie entre ses diverses dispositions¹⁶⁹. C'est en s'inspirant

A), n° 12849/87, par. 25 et suiv.; *Modinos c. Chypre* (1993), 259 C.E.D.H. (Sér. A), n° 15070/89, par. 20; P. WACHSMANN, préc., note 164, à la page 160.

166. W. J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, préc., note 29, 322.

167. J. CALLEWAERT, préc., note 45, à la page 103.

168. R. ERGEC, préc., note 34, p. 126.

169. Art. 31 Convention de Vienne; *Affaire linguistique belge*, préc., note 32, par. 1; *Golder c. Royaume-Uni*, préc., note 37, par. 30; *Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen c. Danemark* (1976), 23 C.E.D.H. (Sér. A), n° 5095/71, par. 52; *Johnston et autres c. Irlande*, préc., note 41, par. 57;

des dispositions de la *Convention de Vienne* que la Cour en est venue à tenir compte, dans son interprétation de la CEDH, de « toute règle pertinente de l'organisation au sein de laquelle elle a été adoptée »¹⁷⁰, en plus d'interpréter la CEDH en tenant compte de son contexte¹⁷¹. Le Préambule et le corps du traité étant unis par un lien indivisible et devant être mis sur un même pied d'égalité dans la détermination du contexte¹⁷², la Cour en est venue à mettre l'accent sur le Préambule de la CEDH, dans lequel on retrouve deux notions capitales ayant permis à la Cour de construire la notion de consensus : le patrimoine commun et le régime véritablement démocratique.

Les États membres du Conseil de l'Europe « partagent des valeurs culturelles et humaines forgées au fil des siècles, qui répondent à un minimum de dénominateur commun »¹⁷³. Selon le Préambule de la CEDH, les États contractants ont un « profond attachement [aux] libertés fondamentales qui constituent les assises même de la justice et de la paix dans le monde »¹⁷⁴ et ceux-ci partagent une « conception commune et un commun respect

Stec et autres c. Royaume-Uni (déc.), n° 65731/01 (6 juillet 2005), par. 48; *Demir et Baykara c. Turquie*, préc., note 26, par. 66; O. JACOT-GUILLARMOD, préc., note 136, à la page 42; P. WACHSMANN, préc., note 135, aux pages 165 et 179.

170. *Golder c. Royaume-Uni*, préc., note 37, par. 29-30; Art. 5 Convention de Vienne; P. ROLLAND, préc., note 28, à la page 51.

171. Selon la règle générale d'interprétation de l'article 31 de la *Convention de Vienne* : « [u]n traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but ».

172. Art. 31(2) de la *Convention de Vienne*; T. VAN BOVEN, préc., note 130, à la page 125.

173. R. ERGEC, préc., note 34, p. 117. Emmanuel DECAUX, « Les États parties et leurs engagements », dans Louis-Edmond PETTITI (dir.), *La Convention européenne des droits de l'Homme : commentaire article par article*, 2^e éd., Paris, Economica, 1999, p. 3, à la page 7; Mireille DELMAS-MARTY, « Vers une conception *raisonnée* de la raison d'État? », dans Mireille DELMAS-MARTY (dir.), *Raisonner la raison d'État vers une Europe des droits de l'Homme*, Paris, PUF, 1989, p. 401, à la page 401.

174. Préambule CEDH.

des droits de l'Homme »¹⁷⁵. Ce fond de valeurs que constitue le « patrimoine commun » est l'expression de « ce qu'il y a de fondamental dans les règles que formule la Convention, pour la communauté des États contractants »¹⁷⁶. De surcroît, son existence est essentielle au système de protection de la CEDH, car il permet à la Cour de puiser dans celui-ci des principes généraux du droit¹⁷⁷ et, ainsi, d'interpréter les termes de la CEDH¹⁷⁸. En mettant l'accent sur ce patrimoine commun et en procédant à une harmonisation du droit des États membres, la Cour « contribue à la naissance d'un *jus commune* en Europe dans le domaine des droits de l'Homme »¹⁷⁹, lui permettant de dégager de la Convention l'existence d'un « ordre public européen »¹⁸⁰. C'est en accordant à ce « patrimoine commun » toute son importance que la Cour a pu construire la notion de consensus.

Le Préambule de la CEDH fait également référence au régime politique « véritablement démocratique » dont dépendent le respect des droits de l'Homme et la paix dans le monde. La notion de démocratie est omniprésente dans la CEDH et est inhérente à l'ensemble de celle-ci¹⁸¹, cette notion étant affirmée non seulement dans le Préambule, mais figurant aussi de façon explicite dans toutes les réserves d'ordre public de la CEDH¹⁸². D'après la Cour, « bien qu'il faille parfois subordonner les intérêts d'un individu à

175. *Id.* Par ailleurs, le *Statut du Conseil de l'Europe* réfère explicitement au « patrimoine commun » des États membres du Conseil de l'Europe; Préambule et article 1^{er} du *Statut du Conseil de l'Europe*, 5 mai 1949, STE n° 1/6/7/8/11.

176. Frédéric SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'Homme*, 10^e éd., Paris, PUF, 2011, p. 145.

177. K. GRABARCZYK, préc., note 138, p. 161-165.

178. T. VAN BOVEN, préc., note 130, à la page 132.

179. J.-P. COSTA, préc., note 72, 103 (italiques reproduits).

180. Pour une étude plus poussée sur la question de l'ordre public européen, voir Caroline PICHERAL, *L'ordre public européen : droit communautaire et européen des droits de l'Homme*, Paris, la Documentation française, 2001; Frédéric SUDRE, « Existe-t-il un ordre public européen? », dans Paul TAVERNIER (dir.), *Quelle Europe pour les droits de l'Homme?*, Bruxelles, Bruylant, 1996, p. 39.

181. F. OST, préc., note 13, à la page 429.

182. P. ex. : art. 8-11 CEDH.

ceux d'un groupe, la démocratie ne se ramène pas à la suprématie constante de l'opinion d'une majorité; elle commande un équilibre qui assure aux minorités un juste traitement et qui évite tout abus d'une position dominante »¹⁸³. L'on peut donc affirmer que la démocratie a pour finalité de permettre la meilleure représentation possible des idéaux existant dans une société, afin d'œuvrer au bien-être social ou, en d'autres termes, à l'ordre public¹⁸⁴. C'est dans cet esprit que l'idée européenne de « démocratie véritable »¹⁸⁵ sert de fondement à la notion de consensus.

3.2.2 Le caractère subsidiaire du texte conventionnel comme garantie de la souveraineté étatique et du pluralisme au sein du Conseil de l'Europe

En plus d'avoir pour fondement le « patrimoine commun » des États membres et le « régime politique véritablement démocratique », la notion de consensus repose sur le caractère subsidiaire de la CEDH par rapport aux systèmes nationaux de garantie des droits de la personne. La subsidiarité du texte conventionnel est la traduction du principe de souveraineté des États, en vertu duquel un État ne peut être lié en droit par une décision sans qu'il ne l'ait préalablement acceptée. Ainsi, dans le cadre de la CEDH, les États ont accepté entre eux une coopération institutionnalisée aux prix de certains abandons de souveraineté¹⁸⁶. Le principe de subsidiarité implique une application décentralisée de la CEDH et constitue la

183. *Young, James et Webster c. Royaume-Uni* (1981), 44 C.E.D.H. (Sér. A), n° 7601/76, par. 63; *Leyla Sahin c. Turquie* [GC], n° 44774/98 (10 novembre 2005), par. 108; *Erçep c. Turquie*, préc., note 53, par. 62; *Feti Demirtas c. Turquie*, n° 5260/07 (17 janvier 2012), par. 110; Raymond VANDER ELST, « Démocratie et droits de l'Homme », dans *Les droits de l'Homme au seuil du troisième millénaire. Mélanges en hommage à Pierre Lambert*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 949, à la page 953.

184. *Cha'are Shalom Ve Tsedek c. France* [GC], n° 27417/95 (27 juin 2000), par. 84; Petr MUZNY, « Approches théoriques du pluralisme », dans Michel LEVINET (dir.), *Pluralisme et juges européens des droits de l'Homme*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 13, à la page 28.

185. F. JACQUEMOT, préc., note 24, p. 35.

186. M. BEDJAoui, préc., note 6, à la page 12.

reconnaissance de l'autonomie nationale¹⁸⁷. La CEDH vise « à le compléter ou à pallier [les] insuffisances »¹⁸⁸ du droit national et exige simplement que rien n'y soit contraire¹⁸⁹. À cet effet, elle accorde une importance particulière au droit interne des États membres du Conseil de l'Europe, en plus d'imposer que le rôle de la Cour soit limité au contentieux et soit *a posteriori*¹⁹⁰.

Le caractère subsidiaire de la CEDH constitue également une garantie du pluralisme européen. Les États membres étant les premiers garants des droits énumérés à la CEDH, il en découle une multitude d'approches dans la mise en œuvre de ceux-ci. En effet, le droit est multiple et hétérogène¹⁹¹, notamment dans le cadre européen où les sociétés « se diversifient de plus en plus, tant du point de vue sociologique que du point de vue culturel »¹⁹². Le caractère subsidiaire de la CEDH suppose donc « la prise en compte de la diversité des solutions nationales »¹⁹³ et du pluralisme européen. En tant qu'« accord intergouvernemental, la Convention fait place à la nécessité de préserver les souverainetés nationales et plusieurs dispositions conventionnelles traduisent ainsi le souci de tenir compte des intérêts étatiques et de leur diversité »¹⁹⁴. Subséquemment, la Cour est particulièrement sensible à cette diversité de cultures et de traditions politiques qui, bien que divisant l'Europe, en constitue aussi sa richesse¹⁹⁵. La Cour doit tenir compte des particularités étatiques et elle « ne

187. Frédéric SUDRE, préc., note 151, à la page 49.

188. F. SUDRE, préc., note 143, à la page 19; F. SUDRE, préc., note 148, p. 41.

189. W. J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, préc., note 146, à la page 200.

190. P. ROLLAND, préc., note 28, à la page 54.

191. P. MUZNY, préc., note 184, à la page 16.

192. Michele DE SALVIA, « Liberté de religion, esprit de tolérance et laïcité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme », dans *Libertés, justice, tolérance. Mélanges en hommage au doyen Gérard Cohen-Jonathan*, vol. 1, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 591, à la page 591.

193. H. SURREL, préc., note 36, à la page 61; F. MATSCHER, préc., note 11, à la page 31.

194. F. MATSCHER, préc., note 193, à la page 34.

195. F. SUDRE, préc., note 151, à la page 49. D'ailleurs, comme l'avait écrit Antoine de Saint-Exupéry : « Si tu diffères de moi, [...] loin de me léser, tu m'enrichis »; Antoine DE SAINT-EXUPÉRY, *Citadelle*, Paris, Gallimard, coll. « Blanche », 1948.

saurait ignorer les données de droit et de fait caractérisant la vie de la société dans l'État qui, en qualité de Partie contractante, répond de la mesure contestée »¹⁹⁶. Le pluralisme permet de tenir compte de la véritable structure de la société actuelle, tant européenne qu'au sein de chaque État. La Cour s'est appuyée sur la préservation du pluralisme dans la construction prétorienne de la notion de consensus, bien que pluralisme et consensus semblent *a priori* être contradictoires ou, du moins, paradoxaux¹⁹⁷. Le pluralisme européen étant une valeur positive qui repose sur le fait d'une pluralité de culture des différents pays du Conseil de l'Europe¹⁹⁸, la Cour se doit de le préserver et ne peut volontairement l'uniformiser. C'est en partie sur ce fondement que la Cour a pu dégager la technique de l'interprétation consensuelle, permettant à celle-ci de découvrir l'absence d'un consensus relativement à certaines questions et confirmant du même fait qu'« à un même problème, ou pour un même but, il peut légitimement correspondre plusieurs solutions différentes »¹⁹⁹.

Conclusion

La Cour européenne des droits de l'Homme devant garantir l'effectivité de la CEDH et œuvrer pour l'harmonisation des droits de la personne au niveau européen, sans pour autant porter atteinte à la souveraineté des États, celle-ci fut poussée à développer, au fil de sa jurisprudence, des techniques d'interprétation devant lui permettre d'atteindre un difficile équilibre. L'interprétation consensuelle figure parmi les plus emblématiques de celles-ci.

Ayant pour berceau le Préambule de la CEDH et trouvant racine dans le caractère subsidiaire de celle-ci, l'interprétation consensuelle, qui consiste dans la recherche d'un consensus, fait état de la prudence de l'instance européenne : la notion de consensus sert fondamentalement à légitimer les arrêts de la Cour

196. *Affaire linguistique belge*, préc., note 32, par. 10.

197. H. SURREL, préc., note 36, à la page 61.

198. P. ROLLAND, préc., note 28, à la page 56.

199. *Id.*

et à asseoir son autorité. Néanmoins, le consensus revêt un caractère ambigu, à commencer par le choix de sa dénomination plutôt trompeuse qui renvoie à une « forte majorité » et qui ne reflète pas le véritable caractère de la technique d'herméneutique juridique. De plus, la Cour ne justifie que rarement la démarche qu'elle suit et les facteurs de mesure du « dénominateur commun » sont plutôt discutables, ceux-ci ne faisant d'ailleurs pas l'unanimité. En effet, la Cour construit le consensus au lieu de simplement en constater l'existence, s'appuyant sur de nombreuses sources autres que le droit national. De surcroît, la Cour fait un usage discrétionnaire de l'interprétation consensuelle, occultant parfois la notion, et le recours au consensus s'apparente alors « à un instrument politique masquant l'arbitraire de la Cour »²⁰⁰, la subjectivité de sa démarche laissant craindre un « gouvernement des juges »²⁰¹.

Bien que l'interprétation consensuelle se définisse de plus en plus clairement en droit européen des droits de l'Homme, l'usage d'une telle technique interprétative en droit canadien demeure plus nébuleuse. Les instances canadiennes et québécoises tendent à se référer au droit international et comparé, voire même à l'existence ou à l'absence d'un « consensus international »²⁰², afin de légitimer certaines de leurs décisions.

200. H. SURREL, préc., note 36, à la page 65.

201. P. ROLLAND, préc., note 28, aux pages 67 et 75.

202. Quant à l'existence d'un « consensus international », d'une « tendance internationale » ou d'une « volonté de la Communauté internationale », voir, p. ex. : *Brzozowski*, préc., note 3; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Québec (Société de l'assurance automobile du)*, préc., note 3, par. 56; *États-Unis c. Burns*, préc., note 2, par. 92; *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) c. Hudson (Ville)*, 2001 CSC 40, par. 32; *Lavoie c. Canada*, 2002 CSC 23, par. 101; *Suresh*, préc., note 2, par. 61; *Zrig c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2003 CAF 178, par. 136, 179-180; *Produits Laitiers Advidia Inc. c. Canada (Douanes et Revenu)*, 2005 CanLII 57515 (T.C.C.E.), par. 23; *Health Services and Support*, préc., note 2, par. 71 *in fine*; *Grecon Dimter inc. c. J.R. Normand inc.*, 2005 CSC 46, par. 23; *Vallée c. Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse)*, 2005 QCCA 316, par. 28; *Charkaoui*, préc., note 2, par. 90; *Venne*, préc., note 3, par. 107; *Reference re: Section 293 of the Criminal*

Néanmoins, le recours au consensus en droit canadien ne semble en être qu'à ses débuts et, en conséquence, une analyse de l'amplitude de ce phénomène, de la prépondérance du consensus et de la force persuasive y étant accordée s'avère nécessaire.

Code of Canada, 2011 BCSC 1588, par. 839 et 1123; *Rezko*, préc., note 3, par. 145 et 152. Quant à « l'absence d'un consensus international », voir, p. ex. : *Jian Sheng Co. c. Great Tempo S.A.*, [1998] 3 CF 418; *Li c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2003 CF 1514, par. 48; *Hinzman c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 420, par. 207.

RDUS

Revue de DROIT
UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : LA DÉTENTION DES DEMANDEURS D'ASILE AU CANADA : LES PROTECTIONS GARANTIES AUX RÉFUGIÉS EN DROIT INTERNATIONAL SONT-ELLES RESPECTÉES?

Auteur(s) : Marie-Noël COLLIN
Estibaliz JIMENEZ

Revue : *RDUS*, 2013, volume 43, numéro 3

Pages : 751-792

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/10218>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/10218>

Page vide laissée intentionnellement.

ARTICLE

LA DÉTENTION DES DEMANDEURS D'ASILE AU CANADA : LES PROTECTIONS GARANTIES AUX RÉFUGIÉS EN DROIT INTERNATIONAL SONT-ELLES RESPECTÉES?

par Marie-Noël COLLIN *
Estibaliz JIMENEZ**

La migration est perçue par la communauté internationale comme un enjeu sécuritaire. La sécurisation des frontières est devenue une des priorités des États. Au nom de la sécurité nationale, le Canada resserre le contrôle migratoire et intensifie les mesures de maintien de l'ordre aux frontières. Dans la foulée des arrivées de l'Ocean Lady en octobre 2009 et du MV Sun Sea en août 2010, deux bateaux de migrants interceptés dans les eaux canadiennes, le gouvernement canadien adopte le 28 juin 2012 le projet de loi C-31 : la Loi visant à protéger le système d'immigration canadien. Cette loi prévoit notamment une augmentation de l'usage de la détention qui devient automatique lorsqu'un migrant est déclaré « étranger désigné ». Parmi les personnes qui feront l'objet de cette désignation se trouvent des demandeurs d'asiles et des réfugiés qui, au lieu de recevoir la protection internationale du Canada en vertu notamment de la Convention relative au statut des réfugiés, se retrouvent détenus en raison de leur mode d'arrivée. Par l'analyse des protections offertes aux demandeurs d'asile et aux réfugiés et des nouvelles dispositions sur la détention, cet article illustre la difficulté pour le Canada de respecter l'équilibre entre l'objectif de sécurité nationale et la protection des droits des réfugiés et des demandeurs d'asile.

Migration is perceived as a national security issue by the international community. As a result, border security has assumed greater importance over the last twenty to thirty years. In the name of national security, Canada has expanded its control over migratory activities and has strengthened various law enforcement measures at its borders. Incidents including the interception of ships in Canadian waters, namely the Ocean Lady in October of 2009 and the MV Sun Sea in August of 2010, have led to the adoption by Parliament in June of 2012, of Bill C-31 entitled Protecting Canada's Immigration System Act. The Act authorizes the increased use of detention in relation to migratory controls and enables the Minister to designate as irregular, the arrival in Canada of certain groups of foreign nationals, (so-called «designated foreign nationals»), who can then become subject to automatic detention. They may include asylum-seekers and refugees who, instead of benefitting from Canada's international protection, may be detained due to the irregular circumstances surrounding their arrival in this country. In discussing protections for asylum-seekers and refugees in light of the new legislative provisions relating to mandatory detention, the writers posit that this difficult balance between concerns relating to national security and the need to protect refugees and asylum-seekers has yet to be achieved.

* . LL.M Droit avec cheminement en common law et droit transnational, avocate en pratique privée et candidate au doctorat en droit à l'Université Laval.

** . Ph.D. Criminologie, professeure au Département de psychoéducation de l'Université du Québec à Trois-Rivières.

SOMMAIRE

INTRODUCTION	753
1. Les enjeux contemporains en immigration : entre sécurité nationale et protection des migrants..	758
1.1 La souveraineté étatique garante de la sécurité internationale	758
1.2 Le difficile équilibre entre sécurité nationale et protection des réfugiés	759
1.3 Le renforcement des politiques migratoires	761
1.4 Les impacts des mesures de resserrement des frontières sur les demandeurs d'asile	763
2. Les aspects internationaux de la protection des réfugiés	764
2.1 Le cadre législatif : l'obligation de protection internationale	765
2.2 Les lignes directrices concernant la Détermination de réfugiés et demandeurs d'asile en droit international	771
2.2.1 La légalité de la détention.....	771
2.2.2 Principes à respecter en matière de détention arbitraire	774
3. L'arrimage du droit canadien en matière de détention des demandeurs d'asile et des réfugiés avec les garanties internationales	775
3.1 Au Canada : La détention des demandeurs d'asile en vertu de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés.....	775
3.2 La Loi visant à protéger le système d'immigration du Canada resserre la LIPR et favorise la détention des demandeurs d'asile	778
3.3. Les conséquences d'un régime de détention.....	782
3.3.1 Conséquences générales de la détention....	782
3.3.2 Les risques de violations de l'obligation de protection internationale	784
CONCLUSION	790

INTRODUCTION

En 2011, l'instinct de survie et le besoin de sécurité ont poussé plus de 426 000¹ personnes à quitter le contexte sociopolitique difficile de leur pays d'origine vers des pays qualifiés d'industrialisés². Bien que leur vie ait été sévèrement menacée, ils n'ont pu trouver protection auprès des autorités de leur pays d'appartenance puisque, souvent, des violations aux droits de l'homme sont commises par celles-ci³. Afin d'échapper à la persécution, ces personnes sont donc forcées de quitter leur pays et de demander l'asile ailleurs.

Parallèlement, depuis la fin des années 1980, le concept de sécurité nationale a gagné en importance pour les États. Dans le but de protéger leurs frontières et leurs nationaux ainsi que lutter contre le terrorisme international, le crime organisé et l'immigration illégale, dont le trafic de migrants, plusieurs pays ont renforcé leurs règles dans le domaine de l'immigration⁴. En vertu du principe de souveraineté de l'État et de sa responsabilité de protéger ses citoyens à tous les niveaux⁵, celui-ci légifère relativement aux catégories de personnes qui peuvent entrer sur le

-
1. HCR, « Niveaux et tendances de l'asile dans les pays industrialisés », 2011, en ligne : <<http://www.unhcr.fr/4f3928b29.html>> (consulté le 26 juin 2013). (Cette étude ne prend en compte que les 38 pays européens et les 6 pays non européens qui fournissent des statistiques mensuelles sur l'asile au HCR pour un total de 44 pays industrialisés).
 2. Estibaliz JIMENEZ, « L'immigration irrégulière et le trafic des migrants comme ultime recours pour atteindre le Canada : l'expérience migratoire des demandeurs d'asile », (2009) 26-1 *Refuge*, p. 148, 148-150. (Suite à une étude auprès de 25 demandeurs d'asile sur les motifs qui les ont poussés à quitter leur pays, on y cite notamment la guerre, la discrimination, les menaces de mort, le viol, la torture et autres violations graves des droits et libertés de la personne).
 3. *Id.*, p. 150 et 151.
 4. Estibaliz JIMENEZ et François CRÉPEAU (dir.), *La criminalisation de l'immigration*, vol. 46 n°1, Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal, 2013.
 5. Barry BUZAN et Ole WOEVER, *Regions and Powers. The Structure of International Security*, New York, Cambridge University Press, 2003, p. 14.

territoire, à celles qui peuvent y résider et sous quelles conditions, à celles qui doivent être déportées et à celles qui peuvent devenir citoyennes⁶.

Dès 1989, l'Australie a implanté le régime de détention obligatoire des migrants ayant accédé au pays irrégulièrement. Les États-Unis, la Grande-Bretagne, la France et d'autres pays d'Europe ont emboîté le pas⁷. Depuis les événements du 11 septembre 2001, le concept de sécurité nationale n'a plus la même signification. Le terrorisme international fait peur et les dirigeants d'État se sont rendus à l'évidence, personne n'est à l'abri. Les mesures déjà prises pour contrer l'immigration irrégulière ont tout simplement acquis une nouvelle légitimité en ces temps d'appréhension⁸.

En vertu de la *Convention de 1951 relative au statut des réfugiés*⁹, les États contractants ont l'obligation d'accorder la protection internationale aux réfugiés et aux demandeurs d'asile ainsi que de leur donner accès aux garanties offertes par les

-
6. Angela M. BANKS, « Sovereignty, Deference and Deportation. Allocating and Enforcing Immigrant's Rights in the United States and Europe », (2009) 103 *Am. Soc'y Int'l L. Proc.* 227, 227.
 7. CANADA, CHAMBRE DES COMMUNES, *Journal des débats*, 1^{ère} sess., 41^e légis., 3 octobre 2011, « Initiatives ministérielles. Loi visant à empêcher les passeurs d'utiliser abusivement le système d'immigration canadien », 17h45 (L'hon. Jason Kenney); Eleanor ACER, « Living up to America's Values : Reforming the U.S. Detention System for Asylum Seekers », (2002) 20-3 *Refuge* 44; Francesco P. MOTTA, « "Between a Rock and a Hard Place" : Australia's Mandatory Detention of Asylum Seekers », (2002) 20-3 *Refuge* 12.
 8. Idil ATAK, « L'eupéanisation de la politique d'asile », dans Estibaliz JIMENEZ et François CRÉPEAU (dir.), *La criminalisation de l'immigration*, vol. 46 n^o1, Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal, 2013, p. 33; Amandine SCHERRER, « Lutte antiterroriste et surveillance du mouvement des personnes », dans Estibaliz JIMENEZ et François CRÉPEAU (dir.), *La criminalisation de l'immigration*, vol. 46 n^o1, Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal, 2013, p. 15.
 9. *Convention relative au statut des réfugiés*, 28 juillet 1951, 189 R.T.N.U. 137 [*Convention de 1951*].

autres instruments internationaux de protection des droits de l'homme¹⁰.

Dans les États où un durcissement des politiques migratoires et d'asile a été observé, les taux de rejet des demandes de statut de réfugié sont en hausse¹¹. Des politiques dissuasives comme la détention, l'expulsion, le refoulement, les délais impératifs pour le dépôt d'une demande d'asile et les pratiques administratives qui rendent plus difficile le regroupement familial font partie des mesures prises par les États pour contrôler et dissuader l'immigration irrégulière¹². Toutes ces mesures d'intensification du contrôle des frontières nuisent aux demandeurs d'asile dans leur objectif de franchir les frontières de façon régulière, c'est-à-dire en se conformant à la législation du pays d'accueil. Les voies d'entrées régulières étant plus difficiles à franchir, les demandeurs d'asile sont contraints de faire appel aux passeurs ou aux faux documents pour leur permettre d'atteindre leur but, et bénéficier d'une protection. Paradoxalement, tel un cercle vicieux, le resserrement des frontières devient un des facteurs contributifs de l'augmentation de l'immigration irrégulière et du recours aux passeurs¹³.

Pourtant, le Canada semble vouloir imiter les États-Unis, la France, la Grande-Bretagne, l'Australie et les autres pays ayant décidé de resserrer leurs politiques migratoires. Deux bateaux de

-
10. *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants; Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée; Convention relative aux droits de l'enfant; Déclaration universelle des droits de l'homme; Protocole contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer; Pacte international relatif aux droits civils et politiques; Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels.*
 11. Gildas SIMON, « Déplacés, réfugiés et demandeurs d'asile », (2008) 8063 *Documentation photographique* 38, 38.
 12. PROGRAMME DU HAUT COMMISSAIRE, Comité exécutif, *Note sur la protection internationale*, 18^e réunion, Doc. N.U EC/50/SC/CRP.16 (2000), p. 2.
 13. Estibaliz JIMENEZ, « La criminalisation du trafic de migrants au Canada », dans Estibaliz JIMENEZ et François CRÉPEAU (dir.), *La criminalisation de l'immigration*, vol. 46 n°1, Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal, 2013, p. 131.

migrants irréguliers ont été interceptés dans les eaux canadiennes ces dernières années : l'Ocean Lady en octobre 2009 et le Sun Sea en août 2010¹⁴. Au total, ils étaient un peu plus de 500 migrants tamouls demandeurs d'asile et c'est en réaction à ces arrivées, ne représentant que 2 % de l'ensemble des demandes traitées par la Commission de l'immigration et du statut de réfugié¹⁵, qu'un premier projet de loi a été déposé.

Dans le but d'enrayer le trafic de migrants et de protéger la population canadienne contre les « indésirables », le projet de loi C-49¹⁶, appelé la *Loi visant à empêcher les passeurs d'utiliser abusivement le système d'immigration canadien*, a été déposé pour la première fois le 21 octobre 2010 par l'honorable Vic Toews, ministre de la Sécurité publique. Le projet de loi C-49 est mort au feuillet et a été déposé à nouveau, sous le numéro C-4¹⁷, lors de la nouvelle session parlementaire, le 16 juin 2011. Puis, le 16 février 2012, le ministre de la Citoyenneté, de l'Immigration et du Multiculturalisme a déposé le projet de loi C-31, la *Loi visant à protéger le système d'immigration du Canada*¹⁸, qui intègre

-
14. Julie BÉCHARD et Sandra ELGERSMA, *Résumé législatif. Projet de loi C-31 : Loi modifiant la loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, la Loi sur des mesures de réforme équitables concernant les réfugiés, la Loi sur la sûreté du transport maritime et La loi sur le ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration*, Publication 41-1-C4-F, 2011, p. 11.
 15. CANADA, CHAMBRE DES COMMUNES, *Journal des débats*, 1^{ère} sess., 41^e légis., 19 septembre 2011, « Initiatives ministérielles. Loi visant à empêcher les passeurs d'utiliser abusivement le système d'immigration canadien », 12h35 (M. Don Davies).
 16. *Loi modifiant la loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, la Loi sur des mesures de réforme équitables concernant les réfugiés et la Loi sur la sûreté du transport maritime*, projet de loi C-49 (Dépôt et 1^{ère} lecture – 21 octobre 2010), 3^e sess., 40^e légis. (Can.) [projet de loi C-49].
 17. *Loi modifiant la loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, la Loi sur des mesures de réforme équitables concernant les réfugiés et la Loi sur la sûreté du transport maritime*, projet de loi C-4 (Dépôt et 1^{ère} lecture – 16 juin 2011), 1^{ère} sess., 41^e légis. (Can.) [projet de loi C-4].
 18. *Loi modifiant la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, la Loi sur des mesures de réforme équitables concernant les réfugiés, la Loi sur la sûreté du transport maritime et la Loi sur le ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration*, projet de loi C-31, (Sanctionné – 28 juin 2012), 1^{ère}

virtuellement le projet de loi C-4. La *Loi visant à protéger le système d'immigration du Canada* a obtenu la sanction royale le 28 juin 2012 et la majorité des changements dans le régime des demandeurs d'asile sont entrés en vigueur à cette date. D'autres articles sont entrés en vigueur les 15 décembre 2012¹⁹ et 29 avril 2013²⁰.

Dorénavant, le ministre de la Sécurité publique peut décider que l'arrivée d'un groupe de personnes au Canada est une « arrivée irrégulière » et les demandeurs d'asile désignés par le ministre, « étrangers désignés », incluant des jeunes de 16 ans et plus, sont automatiquement détenus administrativement avec une possibilité restreinte de demander la libération. Cette population, qui demande la protection du Canada, se retrouve détenue en raison d'impératifs de sécurité avec pour seul motif leur mode d'arrivée. Une question s'impose : est-ce que le Canada, avec la nouvelle réforme de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*²¹, respecte ses engagements internationaux, notamment l'obligation de protection internationale des réfugiés?

sess., 41^e légis. (Can.) [*Loi visant à protéger le système d'immigration du Canada*].

19. *Loi visant à protéger le système d'immigration du Canada*, L.C. 2012, c. 17, art. 7, 8, 9(1), 17 à 22, 23(1), 29, 33 à 35, 38(1) et (2), 39, 41 à 46, 49 à 51 et 53, entrés en vigueur le 15 décembre 2012, TR/2012-95 (Gaz. Can. II).
20. *Loi visant à protéger le système d'immigration du Canada*, L.C. 2012, c. 17, art. 4, 6, 9(2), 30, 47 et 78, entrés en vigueur le 29 avril 2013, TR/2013-48 (Gaz. Can. II).
21. *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, c. 27, modifiée par la *Loi modifiant la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, la Loi sur des mesures de réforme équitables concernant les réfugiés, la Loi sur la sûreté du transport maritime et la Loi sur le ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration*, L.C. 2012, c. 17 [LIPR].

1. Les enjeux contemporains en immigration : entre sécurité nationale et protection des migrants

1.1 La souveraineté étatique garante de la sécurité internationale

Les États sont les principaux acteurs en jeu lorsqu'il est question de sécurité, agissant avec les pleins pouvoirs que leur confère la souveraineté²². Le climat de peur provoqué par un sentiment de menace terroriste internationale a légitimé le besoin, pour ceux-ci, de se protéger et d'adopter davantage de mesures de resserrement des frontières²³. Aux États-Unis, le *USA Patriot Act*²⁴, est entré en vigueur immédiatement après les événements du 11 septembre 2001. Au Canada, la *LIPR*, contenant de nouvelles dispositions relatives à la sécurité des frontières, a été adoptée juste un mois après les attentats terroristes chez son pays voisin²⁵. De plus, sous les critiques américaines et en réaction aux attentats²⁶, le gouvernement canadien a rapidement renforcé ces mesures avec la *Loi antiterroriste*²⁷ entrée en vigueur le 24 décembre 2001. Cette loi « s'attaque aux organisations terroristes et renforce l'investigation, la poursuite en justice et la prévention des activités terroristes tant au Canada qu'à l'étranger »²⁸. Depuis ce temps, la conciliation entre sécurité nationale et droits de l'homme, notamment des réfugiés, est de plus en plus complexe²⁹.

22. B. BUZAN et O. WOEVER, préc., note 5.

23. Suzanne LALONDE et Roseline MARILLER-RIBET, « L'OTAN: vers une conception élargie de la sécurité », (2007) 37 *R.D.U.S.* 334, 336.

24. *USA Patriot Act*, Pub. L. No 107-56, 115 Stat. 272 (2001).

25. Cynthia WRIGHT, « Moments of Emergence : Organizing by and with Undocumented and Non-Citizen People in Canada after September 11 », (2003) 21-3 *Refuge* 5, 6.

26. François CRÉPEAU et Estibaliz JIMENEZ, « L'impact de la lutte contre le terrorisme sur les libertés fondamentales au Canada », dans Emmanuelle BRIBOSIA et Anne WEYEMBERGH (dir.), *Lutte contre le terrorisme et droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 2002, à la p. 249.

27. *Loi antiterroriste*, L.C. 2001, c. 41.

28. F. CRÉPEAU et E. JIMENEZ, préc., note 26.

29. Raquel FREITAS, « Human Security and Refugee Protection September 11: A Reassessment », (2002) 20-4 *Refuge* 34, 35.

1.2 Le difficile équilibre entre sécurité nationale et protection des réfugiés

À première vue, le préambule de la *Convention de 1951* démontre la volonté des États de protéger les réfugiés. Cependant, depuis son entrée en vigueur, les signataires s'inquiètent que le régime du droit d'asile engendre « des charges exceptionnellement lourdes » pour certains d'entre eux et devienne une source de tension entre États du fait de voir une vague de réfugiés déferler à leurs frontières³⁰. Cette dualité persiste aujourd'hui, de façon semblable, et elle est illustrée par la volonté des États de destination de durcir leurs politiques migratoires en s'appuyant sur le principe de souveraineté et en justifiant les mesures restrictives par des impératifs de sécurité nationale ainsi que par la méfiance envers les migrants souvent pris pour des « profiteurs » ou des « abuseurs du système d'immigration ».

Le système de sécurité internationale est en constante évolution depuis la fin de la guerre froide. Depuis la chute du bloc de l'Est, les États ont fait de la sécurité nationale un jalon de leur législation en immigration³¹. La situation internationale actuelle n'inspirant que méfiance aux pays d'accueil, les objectifs de défense nationale et sécurité de la population figurent au premier plan des programmes gouvernementaux dans cette ère marquée par la menace du terrorisme³². L'arrivée de nombreux ressortissants étrangers qui entrent ou résident sans autorisation légale du pays hôte préoccupe les États du fait qu'elle expose les migrants à une grande vulnérabilité, mais surtout du fait qu'ils voient leurs frontières moins sécuritaires et se sentent menacés par les arrivées de migrants irréguliers³³. Ceux-ci voient, dans la

30. Kirsten WALKER, « Defending the 1951 Convention on Refugee », (2003) 17 *Geo. Immigr. L.J.* 583, 593.

31. R. FREITAS, préc., note 29, 35 et 38.

32. CANADA, CHAMBRE DES COMMUNES, *Journal des débats*, 1^{ère} sess., 41^e légis., 21 juin 2011, « Initiatives ministérielles. Loi visant à empêcher les passeurs d'utiliser abusivement le système d'immigration canadien », 17h25 (L'hon. Vic Toews).

33. *Id.*

procédure d'asile, une porte ouverte par laquelle des terroristes et autres « indésirables » pourraient avoir accès à leur territoire³⁴. Or, jamais il n'a été prouvé que l'accueil de réfugiés par des voies irrégulières augmente le terrorisme³⁵.

Plusieurs États, préoccupés par l'augmentation des migrations irrégulières, le trafic ainsi que la traite de personnes, l'« abus » des procédures d'asile et les difficultés à appliquer les cas déboutés, ont adopté deux modèles afin de régir leurs frontières. Le premier consiste à privilégier les contrôles d'immigration et le second, à réduire la protection internationale comme prévu par la *Convention de 1951* et à faire reposer les protections offertes aux réfugiés sur des bases discrétionnaires³⁶. Malgré l'importance de l'objectif de sécurité nationale, les mesures prises pour la sauvegarder ne doivent pas aller à l'encontre de la sécurité des migrants.

En 1994, dans son *Rapport mondial sur le développement humain*³⁷, le Programme des Nations Unies pour le développement a introduit un nouveau concept : celui de sécurité humaine³⁸, où l'individu, et non l'État, est au centre des préoccupations. Cette notion transcende tous les instruments de protection des droits de

34. Matthew GIBNEY, « Security and the Ethic of Asylum after 11 September », (2002) 13 *Forced Migration Review* 40, 40.

35. E. ACER, préc., note 7, 45 (malgré que plusieurs aient essayé d'y trouver un lien, on a remarqué que les attentats du 11 septembre ont été commis par des citoyens américains arrivés par les voies d'entrée régulières aux États-Unis).

36. PROGRAMME DU HAUT COMMISSAIRE, Comité exécutif, préc., note 12, p. 8.

37. James STUART SPETH, *Rapport mondial sur le développement humain 1994*, Paris, Economica, 1994 [RDH].

38. Mohamed Y. MATTAR, « Human Security or State Security? The Overriding Threat in Trafficking Persons », (2006) 1 *Intercultural Human Rights Law Review* 249; Voir Alice EDWARDS, Carla FERSTMAN et Raquel FREITAS, « Human Security and Non-Citizens: Law, Policy and International Affairs », (2010) 22-3 *Int'l J. Refugee L.* 458 (ces dernières suggèrent que le concept de sécurité humaine pourrait même aider à combler ce qu'elles considèrent un « vide juridique » dans le droit international des réfugiés en ce qui concerne leur protection).

l'homme par son universalité et son indivisibilité³⁹. Le RDH identifie sept dimensions à la sécurité humaine : la sécurité économique, l'accès à la nourriture, l'accès aux soins de santé, environnementale, personnelle, publique et politique⁴⁰. Le concept vise à ce que chacun puisse se développer selon son propre potentiel et constitue également une extension du droit à la dignité humaine au sens large⁴¹.

Bien que les événements du 11 septembre 2001 aient eu pour effet de mettre en retrait la notion de sécurité humaine⁴², l'important engouement autour du concept de sécurité nationale avait débuté au tournant des années 1990⁴³. Dans le contexte de sécurité internationale actuel, la résurgence du concept de sécurité nationale pourrait compromettre la sécurité humaine des demandeurs d'asile.

1.3 Le renforcement des politiques migratoires

Le renforcement des politiques migratoires des États se traduit par plusieurs mesures, parfois implantées en réaction aux événements du 11 septembre 2001. Cependant, la plupart étaient déjà en place dès les années 1970⁴⁴. Or, les États se sont donné des pouvoirs supplémentaires en matière d'interception, de détention ou d'expulsion des demandeurs d'asile. Notamment, l'*Entente entre le Canada et les États-Unis sur les tiers pays sûrs*⁴⁵

39. R. FREITAS, préc., note 29.

40. M.Y. MATTAR, préc., note 38, 249.

41. *Id.*

42. Alice EDWARDS, « Human Security and the Rights of Refugees: Transcending Territorial and Disciplinary Borders », (2008) 30 *Mich. J. Int'l L.* 763, 773.

43. R. FREITAS, préc., note 29, 38.

44. Jörg FRIEDRICH, « Defining the International Public Enemy: The Political Struggle behind the Legal Debate on International Terrorism », (2006) 19 *Leiden J. Int'l L.* 69, 70-72.

45. *Accord entre le gouvernement du Canada et le gouvernement des États-Unis d'Amérique pour la coopération en matière d'examen des demandes de statut de réfugié présentées par des ressortissants de pays tiers*, 5 décembre 2002, 2004 R.T.Can. n°2 [*Entente sur les tiers pays sûrs*]; cf. UNION EUROPÉENNE, *Règlement (CE) 343/2003 du Conseil du 18 février*

oblige les demandeurs d'asile à faire leur demande dans un ou l'autre pays⁴⁶. En vertu de cette Entente, le Canada et les États-Unis peuvent dorénavant intercepter et expulser les demandeurs d'asile qui ont foulé le sol d'un des pays où ils pouvaient faire une demande d'asile avant d'arriver sur leur territoire, mais qui ne l'ont pas fait⁴⁷. Cette Entente s'applique uniquement à la frontière. Au Canada, l'Entente est contestée puisque les États-Unis ne sont pas toujours considérés un pays sûr pour les réfugiés et parce qu'elle rend la frontière moins sécuritaire étant donné que les demandeurs seront forcés de la traverser irrégulièrement, ce qui met leur vie en péril⁴⁸.

Lors de l'adoption de la *LIPR*, afin de restreindre les demandes d'asile, le Canada a également élargi les catégories d'exclusion du système de détermination du statut de réfugié⁴⁹ en plus de restructurer les catégories de personnes non admissibles ou interdites de territoire et en créer de nouvelles⁵⁰. Dans

2003 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des États membres par un ressortissant d'un pays tiers, 2003, J.O. L 50/1 (le règlement CE 343/2003 qui remplace les Accords de Dublin a les mêmes visées pour l'Europe).

46. Howard ADELMAN, « Refugees and Border Security Post-September 11 », (2002) 20-4 *Refuge* 5, 9.
47. *Entente sur les tiers pays sûrs*, préc., note 45, art. 4.
48. *Canadian Council for Refugees v. Canada*, [2007] R.C.F. 1262; [2008] 3 R.C.F. 806 (la Cour Fédérale, condamne l'Entente. La Cour fédérale avait conclu que les États-Unis ne se conforment pas à la *Convention de 1951* et à la *Convention contre la torture* et que l'Entente sur les tiers pays sûrs constitue une violation des obligations du Canada en vertu de la Charte. Le 27 juin 2008 la Cour d'appel fédérale a invalidé la décision).
49. *LIPR*, art. 101 (« toute demande du statut de réfugié faite par une personne interdite de territoire pour des motifs de sécurité, de grande criminalité, de criminalité organisée ou de violations des droits humains ou internationaux est irrecevable »).
50. Estibaliz, JIMENEZ, « L'immigrant est-il perçu comme une menace pour la sécurité nationale? », dans Denis LAFORTUNE, Jean POUPART et Samuel TANNER, (dir.) *Collectif pour le 50^e anniversaire de l'École de criminologie de l'Université de Montréal : Questions de criminologie*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 2010. Les catégories créées en 2001 sont : criminalité, activités de criminalité organisée, sécurité, atteinte aux

l'intention de décourager les demandeurs d'asile à entrer dans les pays de destination de façon irrégulière, le Canada criminalise davantage le passage clandestin par l'augmentation des peines allant jusqu'à une peine d'emprisonnement à perpétuité⁵¹. Finalement, le Canada, comme de nombreux pays occidentaux, prévoit la détention des personnes traversant les frontières sans les documents requis⁵².

1.4 Les impacts des mesures de resserrement des frontières sur les demandeurs d'asile

Les mesures de resserrement des frontières sont, pour les États, des solutions à court terme afin de gérer les arrivées de migrants sur leur territoire et ainsi affirmer leur souveraineté. La crainte de persécution incite chaque année des milliers de personnes à quitter leur pays d'origine par des moyens risqués, décidées à sauver leur vie et celle de leur famille. La fermeture des voies légales d'immigration et les mesures de sécurité aux frontières rendent plus difficile l'accès au pays de destination, ce qui pousse les demandeurs d'asile à avoir recours aux moyens illégaux de migration, dont le trafic de migrants défini par le *Protocole contre le trafic de migrants par terre, air et mer additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée*⁵³. Fréquemment dépourvus de papiers

droits humains ou internationaux, motifs sanitaires, motifs financiers, fausses déclarations, manquement à la loi et inadmissibilité familiale.

51. *Id.*; F.P. MOTTA, préc., note 7, 21 (selon l'Australie, pénaliser davantage l'entrée irrégulière permettrait d'éviter le phénomène du « queue jumping », c'est-à-dire d'éviter que des demandeurs d'asile passant par la voie irrégulière obtiennent l'asile avant ceux qui l'ont demandée par la voie régulière. Toutefois, l'existence de ce phénomène n'est pas certaine, de nombreux débats ont eu lieu à ce sujet dans les débats parlementaires sur les projets de loi C-4 et C-31).

52. LIPR, art. 55.

53. *Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée*, 12-15 décembre 2000, 2225 R.T.N.U. 209 [CCTO]; *Protocole contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer, additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée*, 12-15 décembre 2000, 2241 R.T.N.U. 519 [*Protocole contre le trafic*] (le fait d'assurer, afin d'en tirer, directement ou indirectement, un

d'identité en raison des persécutions dont ils ont été victimes, les réfugiés ont souvent comme seule solution la fuite et l'entrée irrégulière à l'aide d'un « passeur » dans un État d'asile. Le « passeur » est généralement une personne qui « dispose d'un réseau de contact et de connaissances qui lui facilitent la tâche et l'assistent dans la réalisation du passage illégal des frontières afin d'obtenir les documents de voyage »⁵⁴. En échange d'une somme d'argent qui couvre les frais de transport, les pots de vin pour l'obtention des documents falsifiés, l'accompagnement ainsi que la commission du passeur, celui-ci facilite l'entrée illégale dans le pays de destination. Le voyage risque ainsi d'être plus dangereux, coûteux et sous le contrôle des groupes criminels organisés. Une fois arrivés au pays de destination, le statut irrégulier aggrave la situation de vulnérabilité des demandeurs d'asile et il devient un facteur de risque à l'abus sur le plan de la sécurité physique, matérielle et juridique, de toutes parts⁵⁵.

2. Les aspects internationaux de la protection des réfugiés

Le cadre législatif international relatif à la protection des réfugiés se compose de la *Convention de 1951* et du *Protocole relatif au statut des réfugiés*⁵⁶. En complémentarité à ces instruments s'applique ce qui est appelé la *Charte internationale des droits de l'homme*⁵⁷. Celle-ci regroupe la *Déclaration universelle*

avantage financier ou un autre avantage matériel, l'entrée illégale dans un État Partie d'une personne qui n'est ni un ressortissant ni un résident permanent de cet État).

54. E. JIMENEZ, préc., note 2, 152.

55. Estibaliz JIMENEZ, *Le combat contre le trafic des migrants au Canada: Contrôle migratoire d'abord, lutte au crime organisé ensuite*, Éditions Universitaires Européennes, 2010.

56. 31 janvier 1967, 606 R.T.N.U. 267 [*Protocole de 1967*] (lors de son adoption, la *Convention de 1951* prévoyait des limitations territoriales et temporelles en ce qui concerne la définition du terme « réfugié ». Le *Protocole de 1967* a permis une application universelle des principes de la *Convention de 1951*, éliminant ces limitations).

57. HCR, *Introduction à la protection internationale*, Genève, Département de la protection internationale du Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés, 2005, p. 36.

*des droits de l'homme*⁵⁸, une déclaration non juridiquement contraignante imposant plutôt une contrainte morale aux États, le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*⁵⁹, le *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*⁶⁰, deux traités reprenant les principes de la *DUDH* afin de leur donner une valeur juridique, ainsi que leurs protocoles facultatifs. Certains de ces principes sont également devenus des normes de droit international coutumier au fil du temps. Les États n'étant pas parties aux instruments qui sous-tendent ces principes ont donc tout de même l'obligation de les respecter.

Les demandeurs d'asile et les réfugiés sont également protégés par des droits provenant d'instruments de protection des droits de l'homme plus spécifiques tels la *Convention relative aux droits de l'enfant*⁶¹, la *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*⁶² et le *Protocole contre le trafic*.

2.1 Le cadre législatif : l'obligation de protection internationale

Les États sont responsables au premier chef de protéger les droits de l'homme de toutes les personnes sur leur territoire. C'est au pays dans lequel l'individu a cherché asile qu'incombe la responsabilité primordiale de fournir une *protection internationale*.

La *protection internationale* englobe toutes les actions visant à garantir l'égalité d'accès aux droits des femmes, des hommes, des filles et des garçons [...] et l'exercice de ces droits, conformément aux branches du droit pertinentes, dont le droit international humanitaire, les droits de l'homme et le droit relatif aux réfugiés. Elle comprend des interventions par des États ou par le HCR

-
58. Rés. 217 A (III), Doc. off. A.G. N.U., 3^e sess., suppl. n°13, p. 17, Doc. N.U. A/810 (1948) [DUDH].
59. 16 décembre 1966, 999 R.T.N.U. 171 [PIDCP].
60. 16 décembre 1966, 993 R.T.N.U. 3 [PIDESC].
61. 20 novembre 1989, 1577 R.T.N.U. 3 [CRDE].
62. 10 décembre 1984, 1465 R.T.N.U. 85 [*Convention contre la torture*].

en faveur des personnes relevant de la compétence de l'institution, afin de veiller à ce que leurs droits, leur sécurité et leur bien-être soient reconnus et sauvegardés conformément aux normes internationales en la matière. Ces interventions sont notamment les suivantes: respect du principe de non-refoulement; accès à la sécurité; accès à des procédures équitables de détermination du statut de réfugié; normes humaines de traitement et mise en œuvre de solutions durables afin que les réfugiés puissent reconstruire leur vie dans des délais qui sont raisonnables⁶³.

Principe de non-refoulement

Le principe de non-refoulement d'un réfugié est contenu à l'article 33 de la *Convention de 1951*. Celui-ci interdit aux États d'expulser ou de refouler un réfugié, sans égard à la légalité de sa situation dans le pays d'accueil, vers un endroit où sa vie ou sa liberté serait en danger à cause de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques. Il est cependant permis aux États d'expulser un réfugié, pour des raisons de sécurité nationale ou si celui-ci a commis un crime particulièrement grave et constitue une menace pour l'État d'accueil⁶⁴. Toutefois, en raison des dispositions de la *Convention contre la torture*, les États ont l'obligation de ne pas expulser le réfugié s'il risque d'être soumis à la torture dans l'État où il serait envoyé⁶⁵. Le *principe de non-refoulement* se trouve aussi dans le droit international coutumier. Aucun État ne peut donc expulser ou refouler un réfugié vers un endroit où sa vie ou sa liberté serait en danger⁶⁶.

63. DIVISION OF INTERNAL PROTECTION SERVICE, *UNHCR & La protection internationale, programme d'introduction à la protection*, 1^{ère} éd., Genève, Haut Commissariat pour les réfugiés, 2006, p. 92.

64. *Convention de 1951*, art. 33(2).

65. *Id.*, art. 3.

66. HCR, préc., note 57, p. 31.

Droit d'asile pour les réfugiés

Corollaire à la défense d'expulsion et de refoulement, une personne victime de persécution a le droit de chercher l'asile et en bénéficier dans un autre pays à condition d'être victime de persécution tel que prévu par l'article 14 de la *DUDH*. Or il n'existe aucune obligation corrélative de la part des États de l'accorder. Tel que mentionné précédemment, bien que pouvant constituer le fondement du droit d'asile, la *DUDH* ne serait pas un instrument contraignant au sens du droit international. En revanche, avec le temps et étant donné qu'aucun État ne s'est prononcé contre son adoption, certains avancent que la *DUDH* pourrait avoir acquis le statut de droit international coutumier⁶⁷.

L'interdiction pour les États d'appliquer une sanction pénale en raison de l'entrée ou du séjour de façon irrégulière

L'une des obligations des États les plus importantes concernant les réfugiés et les demandeurs d'asile est prévue à l'article 31 de la *Convention de 1951*. Elle constitue une limitation au droit des États de contrôler l'entrée et le séjour des étrangers. Il s'agit de la protection des demandeurs d'asile contre les sanctions pénales en raison de l'entrée ou du séjour de façon irrégulière qui doit être interprétée et appliquée à la lumière des événements et circonstances qui affectent les mouvements migratoires⁶⁸. Il doit également être tenu compte des autres instruments de protection des droits de l'homme et conventions internationales connexes comme le *Protocole contre le trafic* qui spécifie que les migrants ne doivent pas faire l'objet de poursuites pénales du seul fait qu'ils ont été l'objet de trafic⁶⁹. Le fondement logique de cette disposition se situe dans le fait qu'il est impossible de s'attendre à ce que

67. Johan D. VAN DER VYER, « The Binding Force of Economic and Social Rights Listed in the Universal Declaration of Human Rights », (2008) 30-1 *Hamline J. Pub. L. & Pol'y* 125, 143 et 144.

68. CAMBRIDGE UNIVERSITY PRESS, *Summary Conclusions: Article 31 of the 1951 Convention*, Juin 2003, p. 254, en ligne: <<http://www.refworld.org/docid/470a33b20.html>> (consulté le 27 juin 2013).

69. *Protocole contre le trafic*, art. 5; CAMBRIDGE UNIVERSITY PRESS, préc., note 68.

toute personne qui fuit la persécution quitte son pays et entre dans le pays d'asile de façon régulière⁷⁰. En effet, la crainte de persécution exigée par la définition de réfugié est relativement grave et la victime n'a pas toujours les moyens ou la possibilité de remplir les formalités administratives qu'exigent les pays d'asile pour l'immigration.

En vertu de l'article 31 de la *Convention de 1951*, les réfugiés *arrivant directement* du pays de persécution ne seront pas sanctionnés du fait de leur entrée ou présence irrégulière, sous réserve qu'ils se présentent *sans délai* aux autorités et leur exposent des *raisons reconnues valables* afin de justifier cette entrée ou présence irrégulière⁷¹. Le Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés⁷² a spécifié, dans ses *Principes directeurs sur les critères et les normes applicables à la détention des demandeurs d'asile*⁷³, que l'expression « arrivant directement » comprend tant la situation d'un demandeur d'asile qui arrive directement de son pays d'origine, d'un pays de transit, que celle d'un demandeur d'asile qui arrive d'un autre pays où il était impossible d'assurer sa protection et sa sécurité. De manière générale, aucune limite temporelle ne peut être appliquée malgré la présence de l'expression « sans délai »⁷⁴ étant donné la situation particulière de vulnérabilité des demandeurs d'asile. De plus, l'examen des « raisons reconnues valables » exige une analyse de l'ensemble des circonstances entourant la fuite⁷⁵.

Relativement à la teneur des sanctions, toute mesure restreignant les droits et libertés d'une personne en vertu du droit

70. Bemma DONKOH, « Half-Century of International Refugee Protection : who's responsible, what's ahead? », (2000) 18 *Bekerley J. Int'l L.* 260, 261.

71. *Principes directeurs du HCR sur les critères et les normes applicables quant à la détention des demandeurs d'asile*, Genève, HCR, 1999, n°2.

72. [HCR].

73. *Principes directeurs*, préc., note 71.

74. Cf. 8 U.S.C. § 1158 (1952) (aux États-Unis, il y a inadmissibilité à l'obtention du statut de réfugié si la personne n'en a pas fait la demande au plus tard un an après son arrivée).

75. *Principes directeurs*, préc., note 71, n° 4.

international des réfugiés qui n'est pas nécessaire en vertu de l'article 31 (2) serait une violation du paragraphe premier⁷⁶. Selon un consensus de vingt-huit experts en droit des réfugiés, aucune distinction ne doit être faite entre les sanctions de nature administrative et celles de nature judiciaire, c'est-à-dire qu'elles pourraient toutes deux être imposées en violation de l'article 31 (1)⁷⁷.

Droit des réfugiés d'être protégés contre la détention arbitraire

La protection internationale comprend aussi l'ensemble des protections contre la détention arbitraire. Le *PIDCP* et la *CRDE* protègent contre *l'arrestation, la détention et l'exil arbitraires*. De plus, ces textes contiennent des dispositions concernant les conditions de détention. Selon le HCR, une détention serait arbitraire dans les cas où :

elle n'est pas conforme à la législation; si la législation elle-même autorise des pratiques arbitraires ou si elle est mise en œuvre de façon arbitraire; si elle est sélective ou capricieuse ou ne s'accompagne pas de procédures justes et efficaces d'examen. Elle peut également se révéler arbitraire si elle est disproportionnée ou de durée indéterminée⁷⁸.

76. *Convention de 1951*, art. 31(2) (« Les États Contractants n'appliqueront pas aux déplacements de ces réfugiés d'autres restrictions que celles qui sont nécessaires; ces restrictions seront appliquées seulement en attendant que le statut de ces réfugiés dans le pays d'accueil ait été régularisé ou qu'ils aient réussi à se faire admettre dans un autre pays. (...) »); Guy S. GOODWILL-GILL, « Article 31 of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees: Non-penalization, Detention and Protection », dans Erika FELLER, Frances NICHOLSON et Volker TURK, *Refugee Protection in International Law: UNHCR's Global Consultations on International Protection*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, 185.

77. CAMBRIDGE UNIVERSITY PRESS, préc., note 68, p. 256.

78. HCR, *Détention des demandeurs d'asile et des réfugiés: le cadre, le problème et la pratique recommandée*, Doc. off. UNHCR, 1999, 15^e séance, Doc. N.U. EC/49/SC/CRP.13 (1999), n^o 10, en ligne : <<http://www.refworld.org/docid/47fdfaf33b5.html>> (consulté le 27 juin 2013).

Détention des enfants

Destinée spécifiquement à la protection et à la sauvegarde du meilleur intérêt des enfants, la *CRDE* complète l'obligation de protection internationale des États en prévoyant que la détention d'un enfant devrait être une mesure de dernier ressort et être aussi courte que possible⁷⁹ puisqu'elle engendre des risques importants pour leur bien-être, leur éducation et leur épanouissement psychologique⁸⁰. Pour toutes les décisions que les États prennent et les actions qu'ils accomplissent concernant un enfant, *l'intérêt supérieur de l'enfant* doit être une considération primordiale, en vertu de l'article 3 de la *CRDE*⁸¹. Selon le HCR, l'intérêt supérieur de l'enfant correspond à son bien-être et il est déterminé en fonction de son âge, son degré de maturité, la présence ou l'absence de ses parents, son environnement et son expérience⁸². De plus, il est prévu que les enfants privés de liberté doivent pouvoir contester la légalité de leur détention et avoir droit à ce qu'une décision rapide soit prise à ce sujet⁸³. Les enfants sont également spécifiquement protégés contre la discrimination par l'article 2 *CRDE*, pendant de l'article 2 *PIDCP*. Enfin, les autorités doivent s'assurer qu'elles prennent les mesures qui s'imposent afin qu'un enfant, demandeur d'asile ou réfugié, seul ou accompagné, puisse être assisté afin de pouvoir jouir de tous les droits qui lui sont reconnus par la *CRDE* et par les autres instruments de protection des droits de l'homme, qu'il soit ou non en détention⁸⁴.

79. *CRDE*, art. 37b).

80. HCR, préc., note 78.

81. *CRDE*, art. 3.

82. *Principes directeurs du HCR relatifs à la détermination de l'intérêt supérieur de l'enfant*, Genève, HCR, 2008, p. 14.

83. *CRDE*, art. 37d).

84. *Id.*, art. 22.

Non-discrimination

Maintes fois consacré dans les instruments internationaux de protection des droits de l'homme⁸⁵, le premier grand principe de la *Convention de 1951* est l'obligation, pour les États, d'appliquer celle-ci sans discrimination quant à la race, la religion ou le pays d'origine⁸⁶. De façon complémentaire, la plupart des instruments internationaux de protection des droits de l'homme contiennent une disposition qui protège contre la discrimination, basée notamment sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion, l'opinion politique, l'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation⁸⁷. De plus, des dispositions relatives au droit à une égale protection de la loi, sans distinction ou discrimination basée sur les motifs vus précédemment, sont présentes dans la *DUDH* et le *PIDCP*⁸⁸. Le *PIDCP* renferme aussi un droit, pour les enfants, à la protection de la part de leur famille, de la société et de l'État sans discrimination⁸⁹.

2.2 Les lignes directrices concernant la détention de réfugiés et demandeurs d'asile en droit international

2.2.1 La légalité de la détention

Le HCR définit la détention comme : « le confinement à un lieu limité ou restreint, incluant les prisons, les camps fermés, les espaces de détention dans les zones de transit des aéroports, où la liberté de circulation est substantiellement entravée et où la seule possibilité de quitter cette zone limitée est de quitter le territoire »⁹⁰.

85. Notamment dans la *DUDH*, le *PIDCP* et le *PIDESC*.

86. *Convention de 1951*, art. 3; *DUDH*, art. 2; *PIDCP*, art. 2; *PIDESC*, art. 2.

87. *CRDE*, art. 2 (la protection est plus large, l'origine ethnique et l'incapacité sont ajoutées comme causes de discrimination reconnues); *DUDH*, art. 2; *PIDCP*, art. 2; *PIDESC*, art. 2(2).

88. *DUDH*, art. 7; *PIDCP*, art. 26.

89. *PIDCP*, art. 24(1) (les motifs de discrimination sont les mêmes que ceux antérieurement mentionnés).

90. *Principes directeurs*, préc., note 71, n° 1.

Le HCR a élaboré des lignes directrices et autres manuels, émis des recommandations et des commentaires afin de guider les États dans la manière dont ils doivent honorer leurs obligations à l'égard des réfugiés et des demandeurs d'asile. Puisque ni la *Convention de 1951*, ni le *Protocole de 1967* ne contiennent de mesures permettant leur mise en œuvre forcée, le HCR joue un rôle important au niveau de la surveillance de l'application des protections. Ses avis et commentaires ont donc une grande valeur bien que non juridiquement contraignants⁹¹.

En vertu de la *Conclusion n° 44 (XXXVII) de 1986 du Comité exécutif relative à la détention des réfugiés et des demandeurs d'asile*⁹², la détention des demandeurs d'asile et des réfugiés doit être évitée, parce qu'elle est indésirable en elle-même. Si elle est considérée nécessaire, elle doit être justifiée par l'un des motifs subséquents qui doivent être prévus dans la législation nationale⁹³. La détention doit être équitable et proportionnelle aux objectifs recherchés. La détention des demandeurs d'asile franchissant irrégulièrement les frontières de l'État de destination ne doit pas être automatique et doit se faire à des fins spécifiques et limitées⁹⁴. Selon les *Principes directeurs* l'exigence d'évaluer la nécessité de la détention

ne s'applique pas qu'aux réfugiés officiellement reconnus comme tels, mais également aux demandeurs d'asile en attente de la détermination de leur statut étant donné que la reconnaissance du statut de réfugié ne fait pas d'un individu un réfugié, mais simplement le déclare en être un⁹⁵.

-
91. HCR, préc., note 57, p. 42 et 43.
92. Comité Exécutif du HCR, *Conclusion No. 44 (XXXVII). Détention des réfugiés et des personnes en quête d'asile*, (13 octobre 1987), en ligne : <<http://www.unhcr.fr/4b30a2581d.html>> (consulté le 27 juin 2013) [*Conclusion n° 44*].
93. AMNESTY INTERNATIONAL, *La détention des migrants, demandeurs d'asile ou réfugiés au regard des normes en matière de droits humains*, Londres, Éditions francophones d'Amnesty International, 2007, p. 8.
94. Comité exécutif du HCR, préc., note 92.
95. *Principes directeurs*, préc., note 71, p. 2.

Selon le HCR, seules quatre exceptions justifient la détention des demandeurs d'asile et des réfugiés. Tout d'abord, lorsque l'identité du demandeur d'asile est indéterminée ou controversée⁹⁶. Deuxièmement, lorsqu'il est nécessaire d'évaluer les éléments de la demande du statut de réfugié⁹⁷. Troisièmement, lorsque les demandeurs d'asile ont détruit leurs documents de voyage ou ont utilisé de faux documents⁹⁸, les autorités de l'État d'asile doivent établir l'absence de bonne foi du demandeur d'asile afin de pouvoir le mettre en détention. Un demandeur d'asile ne doit pas être détenu sur la simple base de l'utilisation frauduleuse de documents ou parce qu'il ne peut fournir ces documents, n'étant pas en mesure de les obtenir dans son pays d'origine. Ce principe est conforme à la protection prévue à l'article 31 de la *Convention de 1951* concernant l'interdiction d'imposer des sanctions pénales aux demandeurs d'asile du fait de leur entrée irrégulière au pays. Quatrièmement, l'exception est possible pour des raisons de sécurité nationale, c'est-à-dire si l'État d'accueil a des raisons de croire que le demandeur d'asile a des antécédents criminels ou certaines affiliations potentiellement dangereuses pour l'ordre public⁹⁹.

Profondément préoccupé par la surutilisation de la détention, le HCR spécifie qu'elle ne doit pas être utilisée « dans le cadre d'une politique de dissuasion des futurs demandeurs d'asile ou pour empêcher ceux ayant déjà soumis une demande de poursuivre la procédure »¹⁰⁰. Dans tous les cas, lorsqu'il y a une volonté de coopérer avec les autorités de la part du demandeur d'asile, il ne devrait pas y avoir de détention. Par ailleurs, des solutions de rechange à la détention devraient être toujours envisagées¹⁰¹.

96. AMNESTY INTERNATIONAL, préc. note 93, p. 29.
97. *Principes directeurs*, préc., note 71, p. 4.
98. Comité exécutif du HCR, préc., note 92.
99. *Id.*
100. *Id.*
101. AMNESTY INTERNATIONAL, préc., note 93.

2.2.2 Principes à respecter en matière de détention arbitraire

Lorsqu'un État applique la détention, plusieurs conditions doivent être respectées afin de satisfaire aux normes internationales. À nouveau, le HCR éclaire les États sur les garanties qu'ils doivent accorder aux demandeurs d'asile en élaborant des critères à considérer en matière de détention arbitraire : « [la détention] doit être prescrite par une loi suffisamment accessible et précise et elle ne doit pas inclure des éléments d'inadéquation ou d'injustice »¹⁰². Entre autres, la loi devrait prévoir les normes régissant la durée de la détention qui se doit d'être raisonnable et déterminée dans tous les cas. Aussi, la période la plus courte possible doit être préconisée¹⁰³. La législation nationale devrait également être accompagnée d'une pratique administrative permettant de faire rapidement la différence entre les réfugiés ou les demandeurs d'asile et les autres étrangers¹⁰⁴. De plus, le Comité permanent de le HCR avance, dans ses normes minimales, que les autorités désirant détenir un demandeur d'asile devraient être obligées de démontrer un besoin impérieux, individualisé pour chaque demandeur d'asile, en relation avec les quatre exceptions à la présomption contre la détention expliquées précédemment¹⁰⁵. Celle-ci ne peut donc être une mesure punitive ou disciplinaire utilisée pour pénaliser l'entrée ou le séjour irrégulier dans l'État d'accueil, en cohérence avec la protection prévue à l'article 31 de la *Convention de 1951*¹⁰⁶.

Force est de constater que le cadre législatif accompagné des documents d'interprétation de le HCR répondrait, en principe, aux besoins des demandeurs d'asile. Pour être protégés adéquatement, ceux-ci doivent avoir accès aux protections prévues par le principe de protection internationale dès leur entrée dans un pays d'asile. À leur arrivée, les demandeurs d'asile sont

102. HCR, préc., note 78.

103. *Id.*

104. *Id.*

105. *Id.*

106. *Principes directeurs*, préc., note 71, p. 5.

psychologiquement fragiles à cause des traitements subis dans leur pays d'origine et souvent dépouillés de leurs biens ainsi que de leurs papiers d'identité en raison des circonstances de leur départ et arrivée dans le pays de destination¹⁰⁷. Ils constituent par conséquent un groupe vulnérable au sein de notre société.

3. L'arrimage du droit canadien en matière de détention des demandeurs d'asile et des réfugiés avec les garanties internationales

3.1 Au Canada : La détention des demandeurs d'asile en vertu de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés

La première mouture de la *LIPR* est entrée en vigueur le 28 juin 2002, ayant été sanctionnée le 1^{er} novembre 2001, dans la foulée des attentats du 11 septembre¹⁰⁸. Elle prévoyait déjà, avec son règlement, le *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*¹⁰⁹, un ensemble de dispositions traitant de l'arrestation et de la détention sans mandat d'un étranger¹¹⁰, des critères permettant de détenir un étranger, de la détention des mineurs ainsi que du contrôle des motifs justifiant la détention. L'approche défensive du gouvernement canadien envers les immigrants ne date donc pas d'aujourd'hui.

La *LIPR* donne aux agents de l'Agence des services frontaliers du Canada¹¹¹ le pouvoir d'arrêter et de détenir les résidents permanents et les ressortissants étrangers reconnus

107. Voir E. JIMENEZ, préc., note 2 (pour une étude complète des conditions dans lesquelles les demandeurs d'asile quittent leur pays d'origine).

108. E. JIMENEZ, préc., note 50, p. 5.

109. *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, (2002) DORS/2002-227 (Gaz. Can. II).

110. *LIPR*, art. 2(1) (dans le cadre de la *LIPR*, un étranger est une « personne autre qu'un citoyen canadien ou un résident permanent »).

111. [ASFC].

coupables ou soupçonnés d'infraction à la Loi¹¹². Cette agence relève depuis 2003 du portefeuille de la sécurité publique « qui a été créé dans le but de protéger les Canadiens et de maintenir une société sûre et pacifique »¹¹³. L'ASFC, dans son mandat de gestion frontalière, collabore également avec Citoyenneté et Immigration Canada¹¹⁴, avec la Gendarmerie Royale du Canada, avec le Service canadien du renseignement de sécurité, ainsi qu'avec des organismes provinciaux et municipaux d'exécution de la loi¹¹⁵.

Avant l'entrée en vigueur de la *Loi visant à protéger le système d'immigration du Canada*, les agents de l'ASFC pouvaient détenir un résident permanent ou un ressortissant étranger lors de son entrée au Canada :

- si cela était nécessaire afin de terminer un contrôle;
- s'il y avait des motifs valables de croire que cette personne n'est pas admissible au Canada pour des raisons de sécurité ou parce qu'elle aurait violé les droits de la personne ou les droits internationaux¹¹⁶.

À la suite d'une arrestation, les agents de l'ASFC pouvaient aussi détenir l'étranger si :

- celui-ci présentait un risque de fuite, s'ils avaient des motifs valables de croire que cette personne ne se présentera pas aux procédures d'immigration, par exemple à un contrôle ou une enquête ou encore pour un renvoi du Canada;

112. LIPR, art. 6 et 138-141; ASFC, *Document d'information. Arrestations et détentions*, en ligne : <<http://www.cbsa-asfc.gc.ca/media/facts-faits/007-fra.html>> (consulté le 27 juin 2013).

113. ASFC, *À notre sujet*, en ligne : <<http://www.cbsa-asfc.gc.ca/agency-agence/who-qui-fra.html>> (consulté le 27 juin 2013).

114. [CIC].

115. ASFC, *Document d'information – Assurer la sécurité du Canada*, en ligne : <<http://www.cbsa-asfc.gc.ca/media/facts-faits/055-fra.html>> (consulté le 15 octobre 2012).

116. LIPR, art. 55(3); E. JIMENEZ, préc., note 55.

- celui-ci constituait une menace pour le public en raison d'un passé criminel, violent;
- ils n'étaient pas convaincus de l'identité de celui-ci¹¹⁷.

Aucune limite de temps n'est définie pour la détention et cela peut mener à des détentions exceptionnellement longues pouvant aller à près de six ans dans certains cas¹¹⁸. Par contre, en 2010-2011, la durée moyenne de la détention en matière d'immigration était de 25 jours¹¹⁹. Au niveau mondial, le Canada se situerait donc près de la médiane en ce qui a trait à la durée de la détention selon le *Global Detention Project*, un projet de recherche visant à étudier le rôle de la détention dans l'immigration. La détention pour soupçon de criminalité, risque ou danger pour la sécurité du public ne représente que 5 % des cas¹²⁰. L'incapacité de s'identifier suffisamment semble faire du demandeur d'asile une menace pour la sécurité nationale du Canada.

L'utilisation de ces mesures a été critiquée, notamment par le Conseil canadien pour les réfugiés¹²¹, en raison de la détention de la totalité des 492¹²² passagers sri lankais du MV Sun Sea à leur arrivée, à Vancouver Island, en août 2010 :

117. LIPR, art. 55 (1)(2); E. JIMENEZ, préc., note 55.

118. THE GLOBAL DETENTION PROJECT avec la collab. de Janet CLEVELAND et Alex MACKINNON, « Canada Detention Profile », Program for the Study of Global Migration, Institut universitaire de hautes études internationales et du développement, en ligne : <<http://www.globaldetentionproject.org/countries/americas/canada/introduction.html>> (consulté le 2 juillet 2013).

119. *Id.*

120. Janet CLEVELAND, Rachel KRONICK et Cécile ROUSSEAU, *L'impact du projet de loi C-4 sur la santé mentale des demandeurs d'asile*, Mémoire à être soumis à la Commission parlementaire sur le projet de loi C-4, Montréal, Université McGill, 2012, p. 1.

121. [CCR].

122. ASFC, *Déclaration de l'Agence des services frontaliers du Canada au sujet du MV Sun Sea - Le 16 août 2010*, en ligne : <<http://www.cbsa-asfc.gc.ca/media/jtf-aaf/sunsea-16082010-fra.html>> (consulté le 2 juillet 2013).

La plupart des demandeurs d'asile ne sont pas détenus à leur arrivée au Canada, et ceux qui le sont, sont généralement libérés après quelques jours ou semaines. Or, dans le cas des passagers du MV Sea Sun, le gouvernement exige des preuves de l'identité plus nombreuses que d'habitude, investit de l'énergie et des ressources considérables à la recherche de renseignements défavorables aux passagers, présente des arguments peu convaincants à l'égard de l'inadmissibilité fondés sur des liens tenus supposés avec les LTTE, s'oppose vigoureusement à ce que la Commission de l'immigration et du statut de réfugié libère la personne, et conteste les ordonnances de mise en liberté à la Cour fédérale, même dans des cas impliquant des enfants.¹²³

3.2 La Loi visant à protéger le système d'immigration du Canada resserre la LIPR et favorise la détention des demandeurs d'asile

Selon le gouvernement conservateur, les passeurs n'ont pas pour but d'aider les migrants, mais de les rendre victimes d'un système illégal dans lequel les passeurs empochent tous les bénéfices monétaires au détriment de la vie des migrants. C'est pour empêcher cette démarche qu'on a adopté la *Loi visant à protéger le système d'immigration du Canada*¹²⁴. Cette nouvelle loi, qui s'ajoute à une législation déjà oppressive, favorise notamment l'usage de la détention. Plusieurs des dispositions adoptées sont inspirées de la législation australienne en matière de détention des

123. Colleen FRENCH, David POOPALAPILLAI, John TACKABERRY et Roch TASSÉ, « Les défenseurs des droits dénoncent la détention des demandeurs d'asile arrivés sur le MV Sun Sea », *CCR*, 2011, en ligne : <<http://ccrweb.ca/fr/bulletin/11/02/10-0>> (consulté le 2 juillet 2013).

124. CANADA, CHAMBRE DES COMMUNES, préc., note 32, 17h25 (L'hon. Vic Toews), 18h25 (Francis Scarpaleggia); CANADA, CHAMBRE DES COMMUNES, *Journal des débats*, 1^{ère} sess., 41^e légis., 20 septembre 2011, « Initiatives ministérielles. Loi visant à empêcher les passeurs d'utiliser abusivement le système d'immigration canadien », 13h10 (Mme Judy Sgro); CANADA, CHAMBRE DES COMMUNES, *Journal des débats*, 1^{ère} sess., 41^e légis., 6 mars 2012, « Initiatives ministérielles. Loi visant à protéger le système d'immigration du Canada », 15h15 (L'Hon. Jason Kenney); E. JIMENEZ, préc., note 2.

migrants. Le Ministre de la CIC, Jason Kenney, s'est rendu, en 2010, en Australie où il a notamment visité des centres de détention et discuté des stratégies à adopter en matière de trafic de migrants¹²⁵. Il faut souligner que l'Australie a tout récemment adopté une législation permettant de détenir toute personne arrivée sans visa sur le territoire australien et de l'empêcher de faire une demande de visa par la suite¹²⁶. Le HCR condamne cette législation puisqu'elle empêche les demandeurs d'asile d'avoir accès à des procédures complètes et équitables de détermination du statut de réfugié¹²⁷.

Quant à la *Loi visant à protéger le système d'immigration du Canada*, elle intègre notamment à la *LIPR* deux nouveaux concepts : elle octroie le pouvoir au Ministre de la CIC de désigner une arrivée de migrants comme « arrivée irrégulière » et crée la catégorie d'« étranger désigné » afin de nommer ceux qui font partie du groupe arrivé irrégulièrement. Le tout entraîne plusieurs conséquences pour ceux qui font l'objet de la désignation. La notion d'« arrivée irrégulière » est insérée au nouvel article 20.1(1) de la *LIPR*. Pour qu'il y ait lieu de considérer l'arrivée d'un groupe de personnes¹²⁸ comme irrégulière, le ministre doit être d'avis que le contrôle des personnes faisant partie du groupe en vue, entre autres, d'établir leur identité ou de constater qu'ils sont interdits de territoire ou toute autre enquête les concernant ne pourront avoir lieu « en temps opportun ». Or, il n'y a aucune définition de la notion « en temps opportun » ni dans le projet de loi, ni dans la *LIPR*. De ce fait, il n'est pas actuellement possible de savoir quel

125. THE GLOBAL DETENTION PROJECT, préc., note 118.

126. *Migration Amendment (Unauthorised Maritime Arrivals and Other Measures) Act 2013* (Cth).

127. *UNHCR Statement: Migration Amendment (Unauthorised Maritime Arrivals and Other Measures) Bill 2012*, (31 octobre 2012), en ligne : <http://unhcr.org.au/unhcr/index.php?option=com_content&view=article&id=277:unhcr-statement-migration-amendment-unauthorised-maritime-arrivals-and-other-measures-bill-2012&catid=35:news-a-media&Itemid=63> (consulté le 2 juillet 2013).

128. Le nombre de personnes requises pour former un groupe n'a pas été défini dans le projet de loi C-31, ce qui laisse supposer qu'au-delà d'une personne, il s'agirait d'un groupe.

délai sera convenable pour désigner une « arrivée irrégulière ». Généralement, ces investigations devraient se faire dans les quarante-huit heures qui suivent l'arrivée, ce qui est dans les faits un délai irréaliste dans le cas d'un groupe nombreux¹²⁹.

Un second motif pour lequel le ministre peut désigner l'arrivée comme « irrégulière » est lorsqu'il a des motifs raisonnables de soupçonner qu'il y a eu ou qu'il y aura une « organisation d'entrée illégale » au profit, sous la direction ou en association avec une organisation criminelle ou un groupe terroriste dans un but lucratif¹³⁰. Une « organisation d'entrée illégale » se définit comme l'organisation de l'entrée au Canada d'une ou de plusieurs personnes ou l'incitation, l'aide ou l'encouragement à y entrer en sachant que leur entrée est ou serait en contravention avec la *LIPR* ou en ne se souciant pas de ce fait¹³¹.

Lorsque le ministre effectue une désignation d'« arrivée irrégulière », chaque ressortissant étranger faisant partie du groupe devient automatiquement un « étranger désigné ». Il peut l'éviter s'il détient les visas ou autres documents exigés pour entrer au Canada et que, à la suite d'un contrôle, l'agent d'immigration est convaincu qu'il n'est pas interdit de territoire¹³².

Les impacts de la désignation à titre d'« étranger désigné » sur la détention et la mise en liberté

L'impact le plus important de la désignation « d'étranger désigné » est le fait qu'à son entrée au Canada, le demandeur d'asile est détenu automatiquement. Si la désignation du ressortissant étranger est faite après son entrée au Canada, l'agent d'immigration l'arrête et le détient sans mandat ou lance un mandat d'arrestation et de détention¹³³. Les « étrangers

129. J. BÉCHARD et S. ELGERSMA, préc., note 14, p. 27.

130. *LIPR*, art. 20.1(1)b).

131. *Id.*, art. 117(1).

132. *Id.*, art. 20.1(2).

133. *Id.*, art. 55(3.1).

désignés » sont ensuite détenus jusqu'à l'accueil de leur demande d'asile ou de protection¹³⁴, leur mise en liberté lors d'un contrôle des motifs de la détention¹³⁵ ou jusqu'à leur mise en liberté par ministre en raison de circonstances exceptionnelles¹³⁶.

De plus, le premier contrôle de la détention des « étrangers désignés » se fait uniquement à l'expiration d'un délai de quatorze jours après le début de celle-ci¹³⁷. Par la suite, le contrôle se fait une fois tous les six mois¹³⁸. Les autres étrangers, n'ayant pas fait l'objet d'une telle désignation, peuvent être libérés avant le premier contrôle des motifs de la détention, qui est fait dans les premières quarante-huit heures¹³⁹. Ensuite, il y a un contrôle dans les prochains sept jours et une fois tous les trente jours¹⁴⁰.

Avant d'ordonner la mise en liberté d'un « étranger désigné », la Section de l'immigration de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié du Canada évalue l'existence de motifs de détention¹⁴¹. Dans tous les cas où l'identité de l'« étranger désigné » n'a pas été prouvée, peu importe qu'il y ait collaboration de l'intéressé ou non, la mise en liberté lui sera refusée¹⁴². En cas de remise en liberté, la Section de l'immigration devra obligatoirement imposer les conditions qui seront prévues

134. *Id.*, art. 56(2)a).

135. *Id.*, art. 56(2)b).

136. *Id.*, art. 56(2)c) et 58.1).

137. *Id.*, art. 57.1(1).

138. *Id.*, art. 57.1(2).

139. *Id.*, art. 57(1).

140. *Id.*, art. 57(2).

141. Les motifs prévus à l'article 58 LIPR sont : l'étranger est danger pour la sécurité publique, l'étranger se soustraira vraisemblablement au contrôle, à l'enquête ou au renvoi, ou à la procédure pouvant mener à la prise par le ministre d'une mesure de renvoi à la suite d'une interdiction de territoire, l'étranger est interdit de territoire pour raison de sécurité, pour atteinte aux droits humains ou internationaux ou pour grande criminalité, criminalité ou criminalité organisée, l'identité de l'étranger n'a pas été prouvée.

142. LIPR, 58d) et e).

par règlement¹⁴³, alors que la remise en liberté d'un ressortissant étranger « régulier » peut se faire sans condition¹⁴⁴.

3.3 Les conséquences d'un régime de détention

3.3.1 Conséquences générales de la détention

Les personnes étrangères retenues au Canada en vertu de la *LIPR* peuvent être détenues dans un établissement correctionnel avec des délinquants de droit commun ou un centre de prévention de l'immigration. La vaste majorité des migrants détenus n'ont commis aucun crime au Canada ni à l'étranger¹⁴⁵. Ceci s'oppose au principe *d'ultima ratio* que devrait être l'usage de la détention de personnes¹⁴⁶.

Pour les réfugiés et les demandeurs d'asile détenus, la détention comme premier contact avec la terre d'asile est très lourde psychologiquement, notamment pour ceux qui ont fui des régimes d'oppression et qui espèrent trouver la protection au Canada¹⁴⁷. Des études démontrent que les demandeurs d'asile détenus sont nombreux à souffrir de problèmes de santé mentale tels que le syndrome de stress post-traumatique, l'automutilation, l'anxiété et la dépression¹⁴⁸. Ces symptômes persistent dans le temps et affectent les individus jusqu'à trois ou quatre ans après les événements. Pire encore, selon une étude conduite par une psychologue et deux psychiatres de l'Université McGill, le taux de

143. *Id.*, art. 58(4).

144. *Id.*, art. 56(1).

145. Catherine GAUVREAU et Glynis WILLIAMS, « Detention in Canada: Are We on the Slippery Slope? », (2002) 20-3 *Refuge* 68, 70.

146. E. JIMENEZ, préc., note 55.

147. Janet CLEVELAND, Véronique DIONNE-BOIVIN et Cécile ROUSSEAU, « L'expérience des demandeurs d'asile détenus au Canada », dans Estibaliz JIMENEZ et François CRÉPEAU (dir.), *La criminalisation de l'immigration*, vol. 46 n°1, Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal, 2013, 107; Delphine NAKACHE, « La détention des demandeurs d'asile au Canada », dans Estibaliz JIMENEZ et François CRÉPEAU (dir.), *La criminalisation de l'immigration*, vol. 46 n°1, Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal, 2013, 83.

148. J. CLEVELAND, R. KRONICK et C. ROUSSEAU, préc., note 120, p. 3.

suicide des demandeurs d'asile détenus serait dix fois plus élevé que celui de la moyenne canadienne¹⁴⁹. À moyen et long terme, cette détention risque de faire obstacle à l'intégration des nouveaux arrivants dans la communauté canadienne¹⁵⁰.

Pour les enfants des parents détenus, la séparation avec leur famille a des conséquences qui se répercutent de façon chronique, tant au niveau psychologique, par un taux de dépression plus élevé, qu'au niveau physique, par de l'hyperglycémie et des problèmes cardiaques causés par un stress élevé. Les enfants séparés de leur famille ont aussi des problèmes de sommeil, de repli sur soi et d'agressivité¹⁵¹.

La détention augmente également la stigmatisation des demandeurs d'asile en raison de la façon dont ils sont traités et nommés – immigrants illégaux, non documentés ou sans autorisation, clandestins, étrangers non désirés, etc. Au lieu d'être considérés comme des victimes qui échappent à la persécution et qui cherchent recevoir une protection, ils sont vus comme ceux qui enfreignent les lois d'immigration, « des abuseurs du système » qui traversent les frontières illégalement, et sont une menace à la sécurité et à la santé des Canadiens¹⁵².

Le régime de détention a aussi un impact économique élevé pour l'ensemble des Canadiens. Le CCR a noté que lors de la détention des passagers du MV Sun Sea, en 2010, l'ASFC aurait engendré des dépenses d'un ordre de 22 millions de dollars et la Commission de l'immigration et du statut du réfugié de 900 000 \$¹⁵³. De plus, une récente étude de la Division de l'évaluation des programmes de la Direction de la vérification

149. J. CLEVELAND, V. DIONNE-BOIVIN et C. ROUSSEAU, préc., note 147; D. NAKACHE, préc., note 147.

150. CCR, « Projet de loi C-4 : Préoccupations majeures », 21 juin 2011, en ligne : <<http://ccrweb.ca/fr/c4-preoccupations-majeures>> (consulté le 2 juillet 2013).

151. J. CLEVELAND, R. KRONICK et C. ROUSSEAU, préc., note 120, p. 23.

152. F. P. MOTTA, préc., note 7, p. 19.

153. C. FRENCH, D. POOPALAPILLAI, J. TACKABERRY et R. TASSÉ, préc., note 123.

interne et de l'évaluation des programmes de l'ASFC a établi que les coûts de détention s'étaient élevés à 45,7 millions de dollars en 2008-2009, soit 3 185 \$ par demandeur d'asile détenu¹⁵⁴.

3.3.2 Les risques de violations de l'obligation de protection internationale

Les réfugiés et les demandeurs d'asile ne choisissent pas nécessairement la destination finale de leur périple ni leur mode d'entrée en ayant connaissance des politiques migratoires du pays d'accueil. Ils fuient la persécution en espérant trouver la protection dans un autre pays et ils exercent un droit de chercher asile prévu par la *DUDH*¹⁵⁵. Or, une fois arrivés au Canada, ils pourraient faire face à une détention automatique, ce qui mettrait en péril leur droit de chercher l'asile. Bien que les objectifs canadiens en matière de sécurité nationale et de lutte contre l'immigration irrégulière soient légitimes, la détention des demandeurs d'asile à leur arrivée au pays en raison de leur mode d'entrée irrégulier risque de bafouer plusieurs droits des réfugiés et des demandeurs d'asile corollaires aux obligations du Canada de protection internationale.

La protection contre l'imposition de sanctions pénales

La détention enlève à un être humain un droit fondamental, le droit à la liberté¹⁵⁶. Tel que mentionné précédemment, la détention, même administrative, serait considérée comme une privation de liberté qui s'apparenterait à une sanction pénale, car une telle mesure prive le réfugié ou le demandeur d'asile de la pleine jouissance de ses droits¹⁵⁷. La nouvelle disposition de la *LIPR* concernant la mise en détention automatique des personnes

154. ASFC, *Programme de détention et de renvoi de l'ASFC - Étude d'évaluation*, 2010, en ligne : <<http://www.cbsa-asfc.gc.ca/agency-agence/reports-rapports/ae-ve/2010/dr-rd-fra.html#s01>> (consulté le 2 juillet 2013).

155. *DUDH*, art. 14.

156. *DUDH*, art. 3.

157. G. S. GOODWILL-GILL, préc., note 76.

qui sont des « étrangers désignés »¹⁵⁸ va à l'encontre du principe de présomption d'innocence et d'immunité pénale prévue dans l'article 31 de la *Convention de 1951*¹⁵⁹. Afin de pouvoir bénéficier de l'immunité pénale, la seule obligation des réfugiés et demandeurs d'asile est de se présenter sans délai aux autorités et de leur exposer les raisons de leur entrée ou présence irrégulière¹⁶⁰. La mise en détention automatique visant une population spécifique irait à l'encontre du principe de n'utiliser la détention qu'en dernier recours et dans les cas de nécessité tels que définis par le HCR dans ses *Principes directeurs*¹⁶¹.

La protection contre la détention arbitraire

a) Des motifs de détention arbitraires

La détention automatique en vertu des nouvelles dispositions viole le droit à la protection contre la détention arbitraire, prévu par l'article 9 de la *DUDH* et l'article 9 du *PIDCP*, entre autres du fait que les motifs de détention seraient arbitraires. Avec la définition d'« étranger désigné », les migrants, y compris les demandeurs d'asile et les réfugiés, font, dès leur arrivée sur le territoire canadien, l'objet d'une classification qui influencera leurs droits pour la suite du processus d'immigration. En effet, en raison de leur mode d'arrivée irrégulier, les demandeurs d'asile – « étrangers désignés » seraient automatiquement détenus¹⁶², sans motifs autres que leur mode d'arrivée.

Alice Edwards a établi, pour le HCR, un test afin de déterminer si la détention est légitime. Celle-ci doit être nécessaire en vertu du droit international, raisonnable, proportionnelle et non discriminatoire. L'analyse de la nécessité et du caractère raisonnable de la détention se fait en appliquant un critère de

158. LIPR, art. 55(3.1).

159. *Convention de 1951*, art. 31(1).

160. *Id.*, art. 31(1) *in fine*.

161. *Supra*, p. 19; Comité exécutif du HCR, préc., note 92, par. b).

162. LIPR, art. 55(3.1).

proportionnalité entre les motifs de la détention et la privation de liberté¹⁶³. Dans le cas présent, n'ayant, pour la plupart du temps, aucun motif permettant de détenir le demandeur d'asile, la détention ne peut être ni nécessaire, ni raisonnable et encore moins proportionnelle. En l'absence d'un danger pour le public, le seul motif qui pourrait être invoqué pour détenir le demandeur d'asile serait la difficulté d'établir l'identité du demandeur d'asile. Il importe de rappeler qu'en cas de détention, la durée doit être minimale¹⁶⁴. En ce qui concerne la nécessité, elle doit être mesurée pour chaque demandeur d'asile en relation avec les quatre exceptions à la présomption contre la détention prévues en droit international. En proposant la détention immédiate des « étrangers désignés », sans analyse individuelle des motifs qui engendreraient la nécessité de la détention, la nouvelle *LIPR* violerait les protections contre la détention arbitraire¹⁶⁵.

b) L'absence de communication écrite des motifs de détention

L'article 14 de l'*Ensemble de principes pour la protection de toutes les personnes soumises à une forme quelconque de détention ou d'emprisonnement*¹⁶⁶ codifie la garantie procédurale fondamentale selon laquelle tous doivent obtenir les motifs de leur détention par écrit, dans une langue qu'ils comprennent en plus d'une explication de leurs droits, entre autres le pouvoir de demander la révision des motifs justifiant la détention, et de la façon d'en jouir. Dans le cadre de la nouvelle *LIPR*, rien de cela n'est prévu¹⁶⁷.

163. HCR, *Back to Basics: The Right to Liberty and Security of Person and 'Alternatives to Detention' of Refugees, Asylum-Seekers, Stateless Persons and Other Migrants*, par Alice EDWARDS, Genève, 2011, p. 20-22, en ligne: <<http://www.refworld.org/docid/4dc935fd2.html>> (consulté le 2 juillet 2013).

164. HCR, préc., note 78, par. 26 viii).

165. *LIPR*, art. 55(3.1).

166. HAUT COMMISSARIAT DES NATIONS UNIES AUX DROITS DE L'HOMME, *Ensemble de principes pour la protection de toutes les personnes soumises à une forme quelconque de détention ou d'emprisonnement*, A/RES/43/173 (1988).

167. *LIPR*, art. 55(3.1), 56(2) et 57.1).

c) Des délais trop longs pour procéder au contrôle des motifs de détention

La détention des « étrangers désignés » exigée par la nouvelle *LIPR* peut aussi être qualifiée d'arbitraire, car les délais prévus avant de procéder au contrôle des motifs de la détention seraient trop longs. En effet, la détention des « étrangers désignés » ne peut être soumise à un contrôle que quatorze jours après son début malgré toute disposition contraire¹⁶⁸. Cela empêcherait donc des demandeurs d'asile et des réfugiés d'être libérés immédiatement lorsque les motifs de leur détention n'existent plus. La jurisprudence internationale est claire, la détention automatique, obligatoire, et sans possibilité de révision est illégale en droit international¹⁶⁹.

Dans l'affaire *Charkaoui*¹⁷⁰, la Cour suprême a jugé que, dans le cas d'un étranger visé par un certificat de sécurité, « l'absence de contrôle prompt de la détention violait l'article 9 et l'alinéa 10c) de la Charte et qu'elle ne pouvait être justifiée au sens de l'article premier ». En *obiter*, la Cour a soutenu qu'en cas de menace pour la sécurité nationale, il fallait faire preuve de souplesse en ce qui concerne la durée de la détention d'une personne en vertu de la *LIPR* sans toutefois que celle-ci soit privée de son droit à faire contrôler la détention dans les plus brefs délais¹⁷¹.

La jurisprudence du Comité des droits de l'homme a déterminé que l'absence de possibilité de contrôle des motifs de la détention constitue une violation de l'article 9 *PIDCP*¹⁷². La nouvelle *LIPR* prévoit tout de même le contrôle quasi judiciaire des

168. *Id.*, art. 57.1).

169. *Amuur c. France*, 25 juin 1996, Recueil des arrêts et décisions 1996-III.

170. *Charkaoui c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2007] 1 R.C.S. 350.

171. *Id.*, par. 93.

172. *A. v. Australia*, CCPR/C/59/D/560/1993, (30 avril 1997), (Comité des droits de l'homme), en ligne : <<http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/0/30c417539ddd944380256713005e80d3?Opendocument>> (consulté le 2 juillet 2013).

motifs de la détention au nouvel article 57.1. Par contre, dans une autre affaire du Comité des droits de l'homme, *Torres v. Finland*¹⁷³, il a été jugé qu'un délai de sept jours afin d'effectuer un premier contrôle des motifs de la détention sur ordre policier de M. Torres, qu'il a subi en application de la *Loi sur les étrangers*¹⁷⁴, constitue une violation de l'article 9(4) *PIDCP*. Dans cette même affaire, un examen des motifs de détention toutes les deux semaines par la suite a été jugé satisfaisant en vertu des exigences de l'article 9(4) *PIDCP*¹⁷⁵. Malgré qu'il s'agisse d'une détention sur ordre policier, il est permis de questionner si un délai de quatorze jours avant le premier examen des motifs et de six mois par la suite seraient également jugés excessif. Compte tenu de ce qui précède, les délais prévus par la nouvelle *LIPR* en matière de contrôle des motifs de la détention pourraient donc constituer une violation de l'article 9(4) *PIDCP*.

d) L'absence de durée maximale

L'absence de durée maximale de détention en unité de temps, ce qui amène une détention arbitraire¹⁷⁶, alors que la plus courte période devrait être préconisée, soulèverait aussi des débats en droit international. En effet, la nouvelle *LIPR* échoue lorsqu'il s'agit de fixer un délai maximal en unité de temps, ce qui laisse croire que la détention d'un demandeur d'asile « étranger désigné » pourrait être indéfiniment prolongée en raison de délais administratifs dans le traitement de la demande d'asile.

173. *Torres v. Finland*, CCPR/C/38/D/291/1988, (5 avril 1990), (Comité des droits de l'homme), en ligne : <<http://www.refworld.org/cgi-bin/telex/vtx/rwmain?page=country&category=&publisher=HRC&type=&coi=fin&rid=&docid=47fdaf5d&skip=0>> (consulté le 2 juillet 2013).

174. 301/2004.

175. *Torres v. Finland*, préc., note 173.

176. *LIPR*, art. 56(2)a).

La détention des mineurs

Les nouvelles dispositions prévoient la détention automatique des « étrangers désignés » de seize ans ou plus¹⁷⁷. Avec l'adoption de mesures de détention plus rigides, les enfants victimes de la traite de personnes pourraient être détenus par le Canada afin d'être protégés de leurs trafiquants¹⁷⁸.

Il est certain qu'en n'ajoutant pas d'autres dispositions à la *LIPR* ou un règlement d'application qui prévoiraient des exceptions pour la détention des enfants, les nouvelles mesures de détention des « étrangers désignés » âgés entre seize et dix-huit ans violent l'article 37 *CRDE* et vont à l'encontre de l'intérêt supérieur de l'enfant.

La protection contre la discrimination

Les nouvelles dispositions de la *LIPR* permettent une *catégorisation* et un *traitement différentiel* en matière de détention et de remise en liberté des immigrants basé sur le mode d'arrivée en sol canadien, entre ceux qui franchissent irrégulièrement les frontières et ceux qui arrivent par les voies régulières. Les premiers sont temporairement restreints d'accès à l'ensemble des protections que leur accorde le droit international. Les politiques corollaires mises en place sont justifiées, par les autorités, par la difficulté, en raison des « arrivées massives », de déterminer si les arrivants représentent une menace pour la collectivité canadienne ou encore s'ils font partie d'une catégorie de personnes nécessitant la protection internationale du Canada. Toutefois, ce traitement différentiel va à l'encontre des protections prévues par la *Convention de 1951*¹⁷⁹, par le *PIDCP*¹⁸⁰ et par la *CRDE*¹⁸¹

177. *Id.*, a. 55 (3.1).

178. C. GAUVREAU et G. WILLIAMS, préc., note 145, 69.

179. Art. 3, 31 et 33.

180. Art. 2 et 9.

181. Notamment, il y aurait discrimination dans l'application des articles 22 et 37 *CRDE* puisque la détention automatique dans le régime des « étrangers désignés » ne permettrait pas aux enfants d'obtenir

puisque la détention automatique et les mesures corollaires à la déclaration des « étrangers désignés », telle la procédure de contrôle de la légalité de la détention, sont le fruit d'une politique d'immigration sélective et discriminatoire. La légitimité de ces mesures en regard de la *Charte canadienne* sera certainement remise en question devant la plus haute instance du pays.

CONCLUSION

Cet article s'inscrit dans le contexte actuel de la hausse des déplacements migratoires forcés et, par le fait même, du contrôle des frontières pour des raisons de sécurité nationale et internationale.

En souhaitant contrôler l'immigration afin d'assurer la sécurité nationale et l'ordre public interne, les États referment leurs frontières chaque jour davantage. Il semblerait que les dirigeants des États considérés comme des pays d'accueil croient que l'individualisme étatique, au sens de la fermeture sur les autres et du repli sur soi-même, soit garant de la sécurité nationale tant recherchée. L'atteinte de cet objectif pourrait se faire au détriment de la sécurité humaine des demandeurs d'asile et des réfugiés. En effet, la sécurité économique, sociale et les droits fondamentaux des réfugiés seraient en péril. Or, actuellement, c'est l'ère du chacun-pour-soi dans un monde mondialisé.

Le Canada, avec les nouvelles dispositions de la *LIPR*, resserre les mesures de contrôle des frontières et facilite la détention des migrants qui font l'objet du trafic. Cependant, cette nouvelle *LIPR* bafoue les droits et libertés des demandeurs d'asile prévus dans les instruments internationaux de protection des

l'assistance nécessaire en vertu de l'article 22 CRDE. De plus, détenir automatiquement les enfants - « étrangers désignés » créerait une différence de traitement entre ceux-ci et les enfants qui immigreront par les voies « régulières » sur la simple base de leur mode d'arrivée, ce qui reviendrait à appliquer différemment l'article 37 CRDE à deux catégories d'enfants.

droits de l'homme. Un équilibre doit exister entre les pouvoirs souverains du Canada de protéger ses frontières et les droits fondamentaux des migrants et des réfugiés. Avec les nouvelles mesures prévues par l'adoption de la *Loi visant à protéger le système d'immigration du Canada* pour stopper l'entrée illégale, le Canada, comme plusieurs autres pays occidentaux, est *de facto* en train de passer outre l'institution d'asile puisqu'il ne prévoit pas d'alternatives afin que les réfugiés puissent entrer au pays et demander l'asile de façon sécuritaire.

Une présomption contre la détention des demandeurs d'asile devrait prévaloir et à ce titre, des solutions de rechange devraient être envisagées. L'utilisation d'alternatives à la détention pourrait permettre de concilier les intérêts des États en matière de protection des frontières et de sécurité nationale ainsi que leurs obligations de protection internationale des réfugiés.

Les alternatives à la détention basées sur la supervision par la communauté ou par des organisations non gouvernementales connaissent souvent d'excellents taux de réussite. Le Programme de cautionnement de Toronto¹⁸², une alternative à la détention qui permet la remise en liberté plus rapide des étrangers qui sont détenus, est le seul du genre au Canada. Lorsque les autorités remettent en liberté un demandeur d'asile ou un réfugié sous caution, ceux-ci n'ont souvent pas les moyens financiers de remettre une somme d'argent en garantie. Le *Toronto Bail Program* agit comme garant de la caution pour ceux qui ne pourraient pas être libérés autrement et fournit une supervision aux étrangers qui doivent rendre des comptes de façon stricte. Le but du *Toronto Bail Program* est d'éliminer la discrimination monétaire à laquelle font face les étrangers détenus. Le Programme de cautionnement de Toronto coûte entre 12\$ et 16\$ par jour par personne alors que les coûts de la détention oscilleraient entre 110\$ et 180\$ par jour par personne¹⁸³.

182. HCR, préc., note 163, p. 57.

183. ASFC, préc., note 154.

Dans son étude pour le HCR, Alice Edwards a établi que, parmi les solutions de rechange, l'aide juridique, la compréhension du processus d'asile et des obligations relatives à la libération, un support individualisé, des ressources matérielles et de logement adéquates ainsi que la préservation de la dignité des demandeurs d'asile et des réfugiés sont tous des facteurs ayant une influence positive sur la coopération des demandeurs d'asile avec les autorités d'immigration¹⁸⁴.

Enfin, en établissant une procédure administrative, à utiliser lors des arrivées irrégulières, permettant de faire la différence entre les réfugiés et les demandeurs d'asile d'une part et les étrangers d'autre part, les autorités pourraient éviter de détenir arbitrairement des personnes, les demandeurs d'asile et les réfugiés, ne constituant pas une menace pour le Canada, ce qui leur permettrait d'accéder aux protections législatives auxquelles leur statut leur donne droit.

184. HCR, préc., note 163, p. 57.

RDUS

Revue de DROIT
UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : QUEL EST L'AVENIR DU GRIEF PATRONAL?

Auteur(s) : Carole SÉNÉCHAL

Revue : *RDUS*, 2013, volume 43, numéro 3

Pages : **793-826**

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/10219>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/10219>

Page vide laissée intentionnellement.

ARTICLE

QUEL EST L'AVENIR DU GRIEF PATRONAL ?

par Carole SÉNÉCHAL*

Le développement du syndicalisme a en quelque sorte bridé l'arbitraire de l'employeur en milieu de travail en assumant la défense des intérêts de certains groupes de salariés par l'entremise de la négociation périodique des conditions de travail. Désormais, le syndicat majoritaire accrédité et l'employeur sont tenus de négocier de bonne foi une convention collective définissant les droits et obligations de chacun. Devant cette dissolution de l'autorité de la direction, on assiste peu à peu à l'émergence du phénomène relativement récent du grief patronal en vue de dénoncer le non-respect par la partie syndicale des dispositions de la convention collective. Force est toutefois de constater que les sentences arbitrales disposant des griefs patronaux demeurent rarissimes, ce qui n'est probablement pas étranger à la baisse du taux de syndicalisation.

The development of unionization has kept the arbitrary power of employers in the workplace in check by defending the interests of certain paid workers through the periodic negotiation of working conditions. As a result, the majority accredited union and the employer are bound to negotiate a collective agreement in good faith which defines the rights and obligations of each. Faced with this dissolution of management's authority, we have come to witness little by little the emergence of the recent phenomenon of employer grievance in an attempt to denounce the union's non-compliance with the articles of the collective agreement. One can see that the arbitral awards from employer grievances remain rare, which is possibly not unrelated to a decrease in the rates of unionization.

* . Professeure à la Faculté d'éducation de l'Université d'Ottawa.

SOMMAIRE

Introduction	795
Partie 1 : Évolution historique du grief patronal	798
Partie 2 : Quatre sentences arbitrales représentatives de la mouvance actuelle	807
A. <i>Paccar du Canada Ltée et TCA-Canada (griefs patronaux)</i> [2007]	807
B. <i>Syndicat de l'enseignement de Lanaudière et</i>	
C. <i>Commission scolaire des Samares (griefs patronaux)</i> [2006]	810
C. <i>Transformateurs Pioneer ltée c. Métallurgistes unis d'Amérique, local 9414</i> [2007].....	811
D. <i>Syndicat des technologues d'Hydro-Québec section locale 957 (SCFP/FTQ) c. Hydro-Québec</i> [2006]	816
Partie 3 : Quelques hypothèses/propositions quant au futur de cette pratique	819
Conclusion	825

Introduction

Le rapport de travail salarié est depuis toujours générateur de tensions entre, d'une part, l'ambition de l'employeur qui cherche à optimiser la productivité de l'entreprise grâce à une main-d'œuvre efficace, et, d'autre part, les revendications des employés désireux de meilleures conditions de travail. Dans le contrat de travail classique, la force de travail du salarié est mise à la disposition de l'employeur, qui est ainsi justifié à donner des ordres à l'employé pour la bonne marche de l'entreprise. De ce rapport de subordination découle l'inégalité fondamentale du rapport salarial¹. Dans ce contexte historique, l'avènement et le développement du syndicalisme ont en quelque sorte bridé l'arbitraire de l'employeur en milieu de travail en assumant la défense des intérêts de certains groupes de salariés par l'entremise de la négociation périodique des conditions de travail. L'encadrement juridique qui consacre la légitimité de l'action syndicale est aujourd'hui établi par le *Code du travail*² québécois et, au niveau fédéral, par la partie I du *Code canadien du travail*³. Désormais, le syndicat majoritaire accrédité et l'employeur sont tenus de négocier de bonne foi une convention collective définissant les droits et obligations de chacun. L'institutionnalisation des rapports collectifs a ainsi permis aux syndicats accrédités d'imposer leurs vues auprès de certains employeurs, surtout ceux des PME, dont quelques-uns ont même dû déclarer faillite suite aux concessions exorbitantes faites aux syndiqués trop puissants⁴. Devant cette dissolution de l'autorité de la direction, on assiste peu à peu à l'émergence du phénomène relativement récent de grief patronal, déposé par l'employeur en vue de dénoncer le non-respect par la partie syndicale des dispositions de la convention collective.

-
1. Gregor MURRAY et Pierre VERGE, *La représentation syndicale, Visage juridique actuel et futur*, Saint-Nicolas, Les Presses de l'Université Laval, 1999, p. 1.
 2. *Code du travail*, L.R.Q., c. C-27.
 3. *Code canadien du travail*, L.R.C. 1985, c. L-2.
 4. Jean BOIVIN, « Règles du jeu et rapport de force dans les secteurs public et parapublic québécois », (1979) 34 *Rel. Ind.* 3, 5.

En effet, aux termes du *Code du travail* du Québec, un grief est « toute mésentente relative à l'interprétation ou à l'application d'une convention collective »⁵. Le droit au grief est donc dévolu à la fois aux parties syndicale et patronale. En particulier, le grief de l'employeur, tel que décrit par M^e Fernand Morin et M^e Rodrigue Blouin, « consiste en une réclamation par laquelle celui-ci soutient que le syndicat, voire même [*sic*] éventuellement un salarié, ne se conforme pas à une obligation de faire ou de ne pas faire que lui commande la convention collective et demande, en conséquence, un redressement »⁶. Comme dans le cas d'un grief syndical, l'essentiel du litige doit découler expressément ou implicitement d'une convention collective⁷. Les parties peuvent également élargir la notion légale de grief en exigeant expressément un recours à l'arbitre pour toute mésentente sur une condition de travail non prévue par la convention collective. Il s'agit des griefs dits assimilés par voie conventionnelle. En fonction de la finalité recherchée, on peut soit déposer un grief dit correctif pour réclamer compensation en raison d'une violation effective de la convention collective, soit loger un grief de principe pour rechercher une sentence

-
5. *Code du travail*, préc., note 2, art. 1f). En ce sens, le grief se distingue du « différend », lequel est une mésentente survenant à l'occasion de l'élaboration même de la convention collective, soit au cours du processus de la négociation collective entre les parties (art. 1e) C.t.). Un différend peut également être soumis à l'arbitrage (art. 74 et suiv. C.t.). Ce processus est même obligatoire, à partir du moment où la négociation d'une première convention collective aboutit à une impasse (art. 93.1 et suiv. C.t.). Il revient alors à l'arbitre d'en déterminer le contenu (art. 93.4 C.t.).
 6. Fernand MORIN et Rodrigue BLOUIN, *Droit de l'arbitrage de grief*, 6^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2012, p. 171, n° III.38.
 7. La compétence concomitante des tribunaux de droit commun a été définitivement rejetée au profit de l'exclusivité dans l'affaire *St. Anne Nackawic Pulp & Paper c. SCTP*, [1986] 1 R.C.S. 704, par. 19 (ci-après « *Nackawic* »). Voir aussi *Weber c. Ontario Hydro*, [1995] 2 R.C.S. 929, par. 50 et suiv.; *Nouveau-Brunswick c. O'Leary*, [1995] 2 R.C.S. 967, par. 6. Dans le sillage de cette trilogie, l'arbitre dispose de tout litige qui naît d'une convention collective, à moins que la réclamation ne découle de l'insertion d'une clause discriminatoire dans une convention collective *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Québec (Procureur général)*, [2004] 2 R.C.S. 185.

arbitrale à caractère déclaratoire confortant l'interprétation ou l'application de la convention collective avant que toute violation concrète ne soit intervenue, à condition que la mésentente entre les parties soit véritablement née et actuelle⁸. La plupart des conventions collectives prévoient aussi une procédure de règlement des griefs à l'interne plus ou moins détaillée impliquant le salarié et son représentant syndical d'un côté et le supérieur immédiat du salarié de l'autre. À défaut d'entente, le recours à l'arbitrage, prescrit à l'article 100 du *Code du travail*, est obligatoire et exclusif. L'arbitrage fait appel à l'intervention d'un tiers, neutre et distinct des deux parties contractantes. Contrairement au conciliateur et au médiateur, l'arbitre possède une fonction quasi judiciaire : en tant que tiers indépendant et impartial, il tranche les litiges opposant un syndicat à l'employeur à l'issue d'un débat contradictoire, et la décision de l'arbitre » est sans appel, lie les parties et, le cas échéant, tout salarié concerné » (art. 101 C.t.). Les tribunaux supérieurs en limitent par ailleurs la révision judiciaire conformément à l'article 139 du *Code du travail*.

Qu'ils émanent du syndicat ou de la partie patronale, les griefs témoignent non seulement des problèmes éprouvés par les individus ou leurs représentants sur le site de travail, mais sont étroitement liés aux évolutions socio-économiques de la collectivité dans son ensemble. À cet égard, la tardive reconnaissance des griefs patronaux et leur prolifération dans les dernières années sont symptomatiques d'une réorientation de la dynamique sociale. Il serait ainsi opportun de s'interroger sur l'avenir du grief patronal (partie 3), et ce, à la lumière de son évolution historique (partie 1) et de l'orientation de la jurisprudence actuelle (partie 2).

8. *Syndicat des professeurs de l'Université du Québec à Trois-Rivières c. Durand*, C.A. Québec, n° 200-09-000703-816, 5 février 1982, jj. Crête, Malouf et L'Heureux-Dubé, D.T.E. 82T-182 (C.A.). Plus récemment, voir *Commission scolaire de St-Hyacinthe c. Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 3259 (grief syndical)*, [2008] R.J.D.T. 800 (T.A.).

Partie 1 : Évolution historique du grief patronal

La genèse du grief patronal est inextricablement liée à l'évolution du syndicalisme et de la convention collective. Au fil des ans, l'attitude de l'État face à l'action syndicale va « de la répression des principales manifestations de l'action syndicale à l'acceptation de leur légalité, puis même à la mise en place de régimes qui, avec une vue positive de l'action syndicale, lui confèrent une portée juridique, voire amplifient ses effets »⁹. À l'ère de la révolution industrielle, le droit applicable est largement influencé par l'idéologie dominante du libéralisme économique qu'incarne au Québec le *Code civil du Bas-Canada*¹⁰ : toute coalition ouvrière était perçue comme une conspiration illégale portant atteinte à la liberté de commerce. Une certaine reconnaissance légale des syndicats ouvriers ne s'est amorcée qu'à partir de 1872. Avec l'*Acte concernant les associations ouvrières*¹¹, les syndicaux ouvriers bénéficient dès lors d'une immunité contre les poursuites (art. 2 et 3) et se sont vus conférer la faculté de conclure des conventions collectives (art. 4). Au Québec, la *Loi des syndicats professionnels*¹² reconnaît la personnalité juridique aux associations patronales et syndicales qui le désirent (art. 1(4)) et légitime les conventions collectives qu'elles ont conclues (art. 5(9) et 15 à 19). Or, puisqu'aucune obligation de négocier n'est imposée à l'employeur, les moyens de pression comme la grève demeurent nécessaires pour sanctionner toute infraction au contenu des conventions. Il a fallu attendre la prospérité de l'après-guerre pour que la législation consente à des mesures plus favorables à l'action syndicale. Dans la perspective d'un réaménagement social, les autorités fédérales et québécoises, inspirées surtout des précédents américains¹³, consacrent en 1944 les principes de la négociation obliga-

9. G. MURRAY et P. VERGE, préc., note 1, p. 9.

10. Marie-France BICH, « Droit du travail québécois : genèse et génération », dans H. Patrick GLENN (dir.), *Droit québécois et droit français : communauté, autonomie, concordance*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1993, p. 520 et suiv.

11. S.C. 1872, c. 30.

12. S.Q. 1924, c. 112.

13. *National Labor Relations Act*, (1935) 49 Stat. 449, c. 372 (« Wagner Act »).

toire et de la représentation syndicale¹⁴. Le CP 1003 stipule que tout désaccord survenant durant la convention collective doit être résolu sans arrêt de travail. Pareille interdiction n'est acquise au Québec qu'en 1961¹⁵. Auparavant, l'article 24(2) de la *Loi des relations ouvrières* suspend effectivement l'exercice du droit de grève au cours de la convention collective jusqu'à la soumission obligatoire d'un grief à l'arbitrage, mais les éventuelles décisions arbitrales ne liaient pas les parties, à moins qu'elles ne s'engageassent autrement à les respecter¹⁶. Depuis la réforme de 1961, le respect de la convention collective ne repose désormais plus uniquement sur la volonté des parties signataires, ni sur le recours aux moyens de pression; il relève d'un tiers, l'arbitre de griefs, doté d'un pouvoir décisionnel.

Cette première obligation imposée aux salariés syndiqués justifie à la fois la tardive apparition dans la jurisprudence des cas de grief déposé par l'employeur et le fait que ces premiers griefs patronaux se rapportent aux moyens de pression illégaux exercés par les salariés. D'après Luc Chamberland¹⁷, la première décision québécoise recensée faisant état d'un grief logé par l'employeur date de 1974. Dans cette affaire¹⁸, à la suite d'un arrêt illégal de travail de ses employés, la compagnie dépose un grief réclamant compensation au syndicat. Sa demande a été accueillie, et le syndicat a été condamné à payer 103 000\$ à titre de dommages-intérêts. Le conseil d'arbitrage est d'avis que le syndicat a l'obligation de prendre le plus rapidement possible toutes les mesures positives adéquates afin de s'assurer du retour au travail

14. *Arrêté en conseil 1003 du 17 février 1944 concernant les relations ouvrières en temps de guerre*, (1944) 44 Gazette du travail 146; *Loi des relations ouvrières*, S.Q. 1944, c. 30.

15. *Loi modifiant la Loi des relations ouvrières*, S.Q. 1960 - 1961, c. 73, art. 6.

16. Fernand MORIN, Jean-Yves BRIÈRE, Dominic ROUX et Jean-Pierre VILLAGGI, *Le droit de l'emploi au Québec*, 4^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2010, p. 1291, n° IV - 176.

17. Luc CHAMBERLAND, « Les griefs de l'employeur », (1987) 47 *R. du B.* 822.

18. *Les pâtes Domtar limitée, division Lebel-sur-Quévillon c. La Fraternité internationale des travailleurs de l'industrie des pâtes et papiers (492)*, [1974] R.D.T. 169.

des employés, ce qui n'a pas été fait en l'espèce. Pour arriver à cette conclusion, le juge relève deux sentences arbitrales ontariennes des années 1950¹⁹ portant également sur des griefs patronaux en raison des grèves illégales exercées par les employés.

En 1948, s'est substituée au CP 1003 la *Loi sur les relations industrielles et sur les enquêtes visant les différends du travail*, à l'origine de la partie I du *Code canadien du travail* qui régit aujourd'hui les relations collectives du travail des entreprises relevant de la compétence fédérale²⁰. L'actuel *Code du travail* québécois, sanctionné en 1964, représente quant à lui le prolongement historique de la loi de 1944. Au fil des décennies suivantes, autant le Parlement fédéral que la législature québécoise prescrivent des conditions minimales de travail dans les entreprises de leur ressort. L'on pense d'abord à la *Loi sur les normes du travail*²¹ de 1979. Également, la *Loi sur la santé et la sécurité du travail*²² protège la santé et l'intégrité physique du travailleur dans l'exercice de ses fonctions. Enfin, la *Loi sur les accidents du travail et des maladies professionnelles*²³ vise la réadaptation du travailleur victime d'une lésion professionnelle en plus d'instituer un nouveau régime d'indemnisation fondé sur le risque.

Ainsi, quoique la définition textuelle du grief dans le *Code du travail* inclut depuis 1964 le grief patronal, l'orientation socialiste du droit du travail, souvent qualifié de droit ouvrier ou de droit du salariat, explique la lente reconnaissance des griefs émanant des employeurs qui se sentent lésés par les agissements excessifs de leur syndicat faisant fi de la convention collective dûment négociée. Jusqu'alors, les employeurs occu-

19. *Canadian General Electric Co. Ltd., in re United Electrical, Radio and Machine Workers of America, Local 507*, (1951) 2 L.A.C. 608; *Polymer Corp. Ltd. and Oil, Chemical & Atomic Workers*, (1958) 10 L.A.C. 31.

20. *Loi sur les relations industrielles et sur les enquêtes visant les différends du travail*, S.R.C. 1952, c. 152, intégrée en 1970 au *Code canadien du travail*, L.R.C. 1985, c. L-2.

21. L.Q. 1979, c. 45; aujourd'hui L.R.Q., c. N-1.1.

22. L.Q. 1979, c. 63; aujourd'hui L.R.Q., c. S-2.1.

23. L.Q. 1985, c. 6; aujourd'hui L.R.Q., c. A-3.001.

paient une position privilégiée dans l'entreprise par leurs pouvoirs de direction, d'où l'élaboration d'un cadre législatif directement protecteur du salarié²⁴. Depuis quand et dans quel contexte le pouvoir du syndicat militant a-t-il supplanté l'autorité traditionnelle de l'employeur dans les relations de travail?

Le premier cas québécois de grief patronal a été décidé en plein cœur de la crise économique des années 1970. L'effervescence syndicale était à son comble. Le taux de syndicalisation au Québec a passé de 27,1% en 1960 à 38% en 1975²⁵. Les négociations stagnent : le recours au bluff et au jeu de la résistance « demeure presque dans tous les cas un élément inéluctable et nécessaire du jeu de la négociation »²⁶. La multiplication des grèves dans tous les secteurs, désobéissant aux injonctions et défiant les lois spéciales ordonnant le retour au travail, perturbait sérieusement les services publics²⁷. Dans ce contexte de la radicalisation de plusieurs demandes syndicales, l'employeur est devenu un contractant plus vulnérable susceptible d'être désavantagé en raison de la violation des dispositions de la convention collective par un syndicat vigoureux. En effet, la majorité des griefs déposés par les employeurs et rapportés dans les sentences arbitrales de l'époque portent sur la réclamation des dommages pour des arrêts de travail ou des piquetages illégaux²⁸.

En 1980, la Cour suprême a eu l'occasion d'affirmer l'équivalence des griefs syndicaux et patronaux en se prononçant

24. Robert P. GAGNON, Louis LEBEL et Pierre VERGE, *Droit du travail*, 2^e éd., Québec, Les Presses de l'Université Laval, 1991, p. 29 et ss.

25. CALURA, 1987-1992, *Rapport annuel du Ministre de l'Industrie, des Sciences et de la Technologie présenté sous l'emprise de la Loi sur les déclarations des personnes morales et des syndicats. Partie II – Syndicats*, Ottawa, Statistique Canada, catalogue 71-202.

26. Gérard HÉBERT, « Les relations du travail au Québec : bilan des années 1970 », (1981) 36 *Rel. Ind.* 715, 726.

27. Céline SAINT-PIERRE, « Aperçu historique du mouvement ouvrier au Québec : 1827-1976 », (1978) 7-8 *Politique aujourd'hui* 109.

28. L. CHAMBERLAND, préc., note 17, 822.

sur l'autorité de l'arbitre du grief dans l'affaire *Shell*²⁹. Le pourvoi porte sur la compétence de l'arbitre à disposer d'une réclamation en dommages-intérêts contre les syndicats intimés à la suite d'une grève illégale prohibée par la convention collective. L'objection syndicale repose sur le fait que les réclamations en dommages intentées par l'employeur ne constitueraient pas des griefs au sens du *Code du travail* et de la convention collective. Sur la question de la compétence de l'arbitre, la Cour suprême renverse le courant jurisprudentiel de la Cour d'appel qui excluait de la juridiction du tribunal d'arbitrage toute violation d'une convention collective par un syndicat – plutôt que par un employeur – au motif qu'une violation ne saurait équivaloir à un grief en l'absence d'une difficulté véritable d'interprétation ou d'application de la convention collective. La majorité de la Cour d'appel semble en effet distinguer le cas sous étude de l'arrêt *General Motors of Canada Ltd. c. Brunet*³⁰ :

Sur le plan de la mise en œuvre des recours, dans l'affaire *Brunet* c'est un salarié qui prétendait avoir des droits à faire valoir contre son employeur, et ce[,] essentiellement par application des stipulations de la convention collective. Dans le cas à l'étude, c'est un employeur qui prétend avoir subi des dommages-intérêts causés par des associations d'employés en conséquence d'une grève illégale³¹.

Infirmant cette opinion, le jugement de la Cour suprême est sans équivoque : toute violation d'une clause de convention collective, que ce soit par le syndicat ou l'employeur, constitue une mécontente relative à son application donnant ouverture au dépôt d'un grief de la compétence d'un arbitre. Sur ce point, le juge Chouinard s'exprime en ces termes :

Rien ne me paraît justifier cette distinction entre la réclamation d'un employeur et celle d'un employé. Il s'agit dans

29. *Shell Canada Ltd. c. Travailleurs Unis du Pétrole du Canada*, [1980] 2 R.C.S. 181.

30. [1977] 2 R.C.S. 537.

31. [1978] C.A. 404.

chaque cas d'une réclamation monétaire découlant d'une violation d'une disposition de la convention collective et si l'une est de la compétence de l'arbitre, l'autre l'est aussi³².

Ce passage vient entériner la définition du grief énoncée dans le *Code du travail*, où aucune distinction n'a été faite entre les griefs d'un syndicat et ceux de la direction. Désormais, les catégories de griefs sont bel et bien considérées sur un pied d'égalité³³. À la fin, le magistrat réserve deux questions connexes reformulées par le professeur Pierre Verge comme suit :

L'employeur, en raison de la prohibition législative de la grève durant la convention collective, aurait-il bénéficié au départ d'une option de recours en dommages-intérêts, l'un devant l'arbitre, fondé sur la prohibition conventionnelle, l'autre devant le tribunal civil, la Cour supérieure, basé celui-là sur la violation du Code du travail? D'autre part, *quid* dans le cas d'une convention collective qui, à la différence de la présente, ne contiendrait pas de disposition expresse réitérant en substance l'interdiction législative : y aurait-il absence de grief, partant de juridiction du tribunal d'arbitrage³⁴?

Ces interrogations ont été résolues quelques années plus tard par la Cour suprême dans une affaire néo-brunswickoise mettant en cause un employeur qui se prétend – encore une fois – préjudicié par une grève illégale de ses employés³⁵. Cette grève

32. *Shell Canada Ltd. c. Travailleurs Unis du Pétrole du Canada*, préc., note 29, 185.

33. Cette position a été reprise quelques années plus tard dans l'affaire *Purdel coopérative agro-alimentaire et Syndicat national des employés des produits laitiers du Bas St-Laurent*, D.T.E. 84T-212 (T.A.), où l'arbitre Jean-Guy Michaud établit derechef que la définition du grief dans le *Code du travail* ne distingue pas entre les catégories de griefs et qu'une convention collective ne saurait limiter le droit de l'employeur d'en déposer pour réprimer la conduite répréhensible d'un syndicat récalcitrant.

34. Pierre VERGE, « L'octroi de dommages-intérêts par un tribunal d'arbitrage dans le cas d'une grève contraire à la convention collective », (1980) 35 *Rel. Ind.* 578, 580.

35. *Ste-Anne Nackawic Pulp & Paper Co. Ltd. c. Section locale 219 du Syndicat canadien des travailleurs du papier*, préc., note 7.

était interdite autant par la loi provinciale sur les relations de travail que par la convention collective. La *Loi sur les relations industrielles* du Nouveau-Brunswick³⁶ prévoyait l'arbitrage obligatoire des griefs et édictait l'interdiction de déclencher une grève pendant la durée d'une convention. Après un examen de la valse-hésitation jurisprudentielle, le juge Estey, au nom de la majorité, a consacré la compétence exclusive de l'arbitre des griefs dans un litige résultant de la loi ou de la convention collective. Quant à la deuxième réserve exprimée dans l'affaire *Shell*, la juridiction du droit commun serait conservée en matière d'injonction :

Par ailleurs, lorsque la conduite de l'une ou l'autre partie à une convention collective dépasse le cadre de cette convention et porte atteinte à la disposition législative indépendante qui interdit la grève pendant la durée d'une convention collective, l'application complète du processus en matière de relations de travail établi par la législature est remise en question [...] La législature n'a donné aucune directive précise selon laquelle les tribunaux ne peuvent pas entendre de demande d'injonction lorsque tout le régime législatif en matière de relations de travail est bafoué, par exemple dans les affaires où les employés font la grève pendant la durée d'une convention collective³⁷.

36. L.R.N.-B. 1973, c. I-4.

37. *Ste-Anne Nackawic Pulp & Paper Co. Ltd. c. Section locale 219 du Syndicat canadien des travailleurs du papier*, préc, note 7, par. 33. La compétence exclusive de l'arbitre des griefs s'étend, officiellement depuis le 15 juillet 2001 (*Loi modifiant le Code du travail, instituant la Commission des relations du travail et modifiant d'autres dispositions législatives*, L.Q. 2001, c. 26, art. 51), à l'émission d'ordonnances interlocutoires (pour une analyse de l'état du droit antérieur, voir Serge BRAULT et Maryse TREMBLAY, « Le point sur le pouvoir de l'arbitre de griefs d'émettre des ordonnances interlocutoires », (1995) 55 *R. du B.* 693). Le 1^{er} avril 2011, la Cour d'appel du Québec a pour la première fois légitimé l'exercice exclusif de la juridiction arbitrale à l'émission d'une injonction permanente, considérée jusqu'alors comme un pouvoir inhérent de la Cour supérieure : *Association des pompiers de Montréal inc. (APM) c. Montréal (Ville de)*, 2011 QCCA 631.

La pratique du grief patronal serait également influencée par l'allongement de la durée des conventions collectives amorcé dans les années 1980, couplé à une précarisation du travail à l'échelle mondiale. Si l'incertitude par rapport à l'inflation et le contrôle des prix et des salaires de 1975 à 1978 justifiait le raccourcissement de la durée des conventions au Canada durant les années 1960 et 1970³⁸, la récession économique débutée en 1982 et l'intensification de la concurrence dans les années 1990, conjuguées avec une faible inflation, sembleraient avoir inversé la tendance. Au Québec, la prédominance des conventions collectives de longue durée depuis les années 1990 serait en outre attribuable au déplafonnement, en 1994, de cette durée, jusqu'alors limitée à trois ans³⁹. En effet, le pourcentage des conventions collectives de trente-sept (37) mois ou plus dans le secteur privé a augmenté de 20,8% en 1995 à 58,47% en 2011, tandis que la durée moyenne des conventions est passée de 32,1 mois en 1994 à environ 48,90 mois en 2011⁴⁰. Il devient dès lors nécessaire de pourvoir aux variations imprévues de l'économie et du coût de la vie dans les conventions collectives. On a ainsi observé, pour les années 1990 au Canada et au Québec, une augmentation simultanée de la fréquence des clauses de réouverture avec la durée des conventions collectives⁴¹. Malgré tout, les situations susceptibles d'irriter les

38. Louis CHRISTOFIDES, *Les déterminants de la durée des conventions*, Ottawa, Ministère du Travail du Canada, 1985.

39. *Loi modifiant le Code du travail*, L.Q. 1994, c. 6; Gérard HÉBERT, *Traité de négociation collective*, Boucherville, Gaëtan Morin Éditeur, 1992.

40. MINISTÈRE DU TRAVAIL, *Rapport sur les conventions collectives de longue durée de 1994 à 2002*, Québec, Direction de la recherche et de l'évaluation, Québec, 2004, [Ressource électronique], en ligne : <http://www.travail.gouv.qc.ca/fileadmin/fichiers/Documents/conventions_collectives/RapportCCLD.pdf> (consulté le 14 juin 2011); MINISTÈRE DU TRAVAIL, « Tableau A-05 : Durée des conventions collectives », *Portrait statistique des conventions collectives analysées au Québec en 2011*, Direction de l'information sur le travail, septembre 2012, en ligne : <http://www.travail.gouv.qc.ca/fileadmin/fichiers/Documents/conventions_collectives/Portrait_2011.pdf> (consulté le 8 avril 2013).

41. M. LACROIX, M. HÉBERT, N. AMYOT, A. CHARBONNEAU et T. PLANTE, *Dispositions particulières des principales conventions collectives : conventions collectives de longue durée et réouverture des négociations*, (1999) 2 *Gazette du travail* 42; Danièle MAYER et Reynald BOURQUE, « Le contenu des con-

salariés au point de les amener à s'écarter des prescriptions de la convention collective deviennent plus nombreuses, puisqu'aucune obligation de renégocier les clauses – advenant un changement des circonstances – n'est imposée avant l'expiration de la convention. Cet état de fait pourrait contribuer à une certaine diversification des griefs patronaux constatée dans les années 1990. Les types de situation pouvant y donner ouverture sont notamment rapportés par M^e Fernand Morin et M^e Rodrigue Blouin⁴². Envers un salarié, l'employeur réclame le plus souvent un remboursement monétaire sur la base de la restitution de l'indu. Quant aux griefs dirigés contre le syndicat, ils portent principalement sur le remboursement d'engagements financiers – par exemple celui des salaires versés aux salariés libérés pour activités syndicales lorsque le syndicat s'était engagé à les remettre⁴³ – ainsi que l'inexécution « d'une simple obligation de comportement qui contraint le syndicat ». L'on y retrouve entre autres les griefs en dommages pour des arrêts de travail ou ralentissements d'activités en contravention des stipulations de la convention collective⁴⁴.

À l'aube du nouveau millénaire, quelles sont les tendances actuelles en matière de griefs patronaux? Pour mieux saisir l'orientation de la jurisprudence d'aujourd'hui, penchons-nous dès à présent sur quatre sentences arbitrales récentes s'y rapportant.

ventions collectives de longue durée au Québec de 1994 à 1996 », dans C. BERNIER (dir.), *Nouvelles formes d'emploi et diversification de la main-d'œuvre*, Québec, Actes du 36^e congrès de l'Association canadienne de relations industrielles, p. 169.

42. F. MORIN et R. BLOUIN, préc., note 6, p. 171 – 173, n° III.38 et III.39.
43. Voir notamment *Montréal (Communauté urbaine de) c. Chrétien*, [1992] R.D.J. 298 (C.A.); *Commission scolaire Cris c. Association de l'enseignement du Nouveau-Québec*, [1990] R.D.J. 451 (C.A.).
44. À titre exemplatif : *Cascade East-Angus inc. et Syndicat national des travailleurs de la pulpe et du papier de East-Angus inc.*, [1992] T.A. 307.

Partie 2 : Quatre sentences arbitrales représentatives de la mouvance actuelle

Ces quatre sentences arbitrales seraient représentatives de l'état du droit quant aux griefs logés par l'employeur, autant en ce qui concerne les droits et obligations des deux parties que les nouveaux sujets qui peuvent en donner lieu comme des exigences procédurales. Les deux premiers cas, *Paccar du Canada Ltée* et *TCA-Canada* ainsi que *Syndicat de l'enseignement de Lanaudière* et *Commission scolaire des Samares*, confrontent les obligations du syndicat avec celles de l'employeur. La troisième affaire, *Transformateurs Pioneer ltée c. Métallurgistes unis d'Amérique, local 9414*, est un cas d'abus de procédure de grief que l'employeur reproche au syndicat, un recours bien établi dans la jurisprudence. La dernière sentence arbitrale, *Syndicat des technologues d'Hydro-Québec section locale 957 (SCFP/FTQ) c. Hydro-Québec*, traite du délai de déchéance assez strict qui peut conduire au rejet d'une demande avant toute considération sur le fond du litige.

A. *Paccar du Canada Ltée* et *TCA-Canada (griefs patronaux)* [2007]

Cette affaire⁴⁵ concerne deux griefs patronaux réclamant des dommages-intérêts au syndicat à la suite de deux arrêts de travail survenus pendant la durée de la convention collective. L'employeur est une entreprise de production de camions. La première interruption concertée de travail s'explique vraisemblablement par l'insatisfaction des employés quant à la qualité des produits de l'usine. Le second rassemblement non autorisé découlerait d'un incident fâcheux provoqué par l'arrogance d'un cadre.

Le *Code du travail*, à ses articles 107 et 108, prohibe tout arrêt de travail pendant la durée d'une convention collective, interdiction qui a été reprise à la clause 7.01 de la convention collective sous étude. Celle-ci explicite en outre les devoirs du syndicat

45. *Paccar du Canada Ltée* et *TCA-Canada (griefs patronaux)*, [2007] R.J.D.T. 1752 (T.A.).

en la matière, ce dernier s'engageant « à ne pas ordonner, encourager ni soutenir un ralentissement d'activités destiné à limiter la production ». À ce stade, l'arbitre Jean-Pierre Lussier a pris soin de préciser que nombre d'événements mécontentant les salariés sont susceptibles de se produire durant la vie d'une convention collective, mais, dans ces cas, « il faut tenter d'aplanir les difficultés par la négociation » et « il est clair que l'interruption concertée du travail est un moyen de pression proscrit par les parties »⁴⁶. Examinant la jurisprudence arbitrale sur l'étendue des obligations du syndicat advenant un ralentissement d'activités destiné à limiter la production, l'arbitre retient deux sentences clés. La première, rendue par l'arbitre Huguette Gagnon⁴⁷, a statué que le syndicat ne peut se contenter de prouver qu'il n'en est pas à l'origine, mais doit également démontrer qu'il a fait tout son possible pour mettre fin à la grève, en signalant clairement son opposition, voire en menaçant les récalcitrants d'appliquer des sanctions disciplinaires. L'arbitre Jean-Pierre Lussier en conclut que les dirigeants syndicaux doivent y jouer un rôle proactif en posant des gestes concrets. La seconde décision, de l'arbitre Claude H. Foisy⁴⁸, renchérit en spécifiant que cette obligation de syndicat en est une de diligence : celui-ci doit prendre tous les moyens raisonnables pour éviter ou mettre fin à un arrêt de travail illégal.

En l'occurrence, il n'a pas été prouvé que le syndicat a effectivement provoqué les deux ralentissements de travail. Or, les officiers syndicaux n'ont pas pris tous les moyens raisonnables pour les réprimer. Leur attitude était demeurée plutôt passive. Lors du premier arrêt de travail, au moins deux représentants syndicaux ont été vus au sein de l'attroupement. À l'arrêt de travail suivant, le président du syndicat, à l'instigation du directeur des ressources humaines, a demandé à deux reprises, sur un ton

46. *Id.*, 1757.

47. *Cascade (East Angus) inc. et Syndicat national des travailleurs de la pulpe et du papier de East Angus inc.*, préc., note 44.

48. *Brasseries Molson et Union des routiers, brasseries, liqueurs douces et ouvriers de diverses industries, section locale 1999*, [2002] n° AZ-02141212, D.T.E. 2002T-775 (T.A.).

neutre, aux travailleurs de reprendre le travail. Or, ce geste n'est pas suffisant aux yeux de l'arbitre. Si les circonstances varient dans chaque cas d'espèce, dans cette affaire, « il aurait au moins fallu que tous les officiers syndicaux se présentent ensemble avec Marc Tassé [le président du syndicat] devant les salariés et les invitent fermement, pour ne pas dire leur intiment l'ordre de retourner immédiatement à l'ouvrage en affirmant que ce n'était pas une façon de régler le problème relié à l'incident du 19 juillet »⁴⁹. Le syndicat est donc responsable des dommages causés par ces arrêts de travail illégaux et tenu de compenser l'employeur pour le préjudice en résultant.

Deux points méritent d'être soulevés quant à la présente sentence. D'une part, elle s'inscrit dans le sillage du courant jurisprudentiel⁵⁰ exigeant la responsabilisation du syndicat pour prévenir ou débloquer activement les grèves ou ralentissements d'activités illégaux. Les officiers syndicaux ne peuvent pas se contenter de rester dans la neutralité face aux agissements répréhensibles des salariés, mais doivent employer tous les moyens requis d'une personne raisonnable dans les circonstances pour montrer leur opposition et sanctionner les rebelles. D'autre part, l'employeur peut, au moyen d'un grief, chercher réparation de son préjudice uniquement à l'égard de son cocontractant, soit le syndicat, et non directement aux employés. Le syndicat pourra se retourner après coup contre les dirigeants syndicaux quant aux obligations qui leur incombent à ce titre. L'employeur ne pourrait

49. *Paccar du Canada Ltée et TCA-Canada (griefs patronaux)*, préc., note 45, 1760.

50. Outre les causes citées dans la sentence, voir notamment : *Syndicat des employés manuels de la Ville de Québec, section locale 1638 du Syndicat canadien de la fonction publique c. Ville de Québec*, [1994] R.J.Q. 1552 (C.A.); *Lawson Mardon Emballages inc., division de Montréal et Syndicat international des communications graphiques, section locale 555*, [2001] R.J.D.T. 406 (T.A.); *Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier, section locale 720 et La Corporation Corbec*, [2006] n° AZ-50387015, D.T.E. 2006T-753 (T.A.), requête en révision judiciaire rejetée; *Réseau de transport de la Capitale c. Syndicat des salariées et salariés d'entretien du RTC*, 2006 QCCA 706 (requête pour autorisation de pourvoi à la Cour suprême rejetée).

que poursuivre un salarié pour une faute commise en contravention de ses devoirs de salarié.

B. *Syndicat de l'enseignement de Lanaudière et Commission scolaire des Samares (griefs patronaux) [2006]*

Cette fois-ci⁵¹, les trente-neuf (39) griefs patronaux émanant d'une commission scolaire revendiquent le remboursement des sommes versées en trop à des enseignants à la suite d'une entente de redressement salarial intervenue entre le gouvernement du Québec et la Centrale de l'enseignement du Québec. Après avoir rejeté l'objection préliminaire de la prescription des recours, l'arbitre Maureen Flynn est d'avis qu'il s'agit bel et bien d'un cas de restitution de l'indu suite à une erreur de traitement informatique que la commission scolaire ne pouvait raisonnablement anticiper. La convention collective a pourvu aux mécanismes de restitution en cas de remise à un enseignant d'un trop payé à titre de rattrapage salarial. La commission doit, dans un premier temps, s'entendre avec l'enseignant concerné pour établir les conditions de remboursement et, à défaut d'une entente, la commission peut recourir à la compensation. Or, pour opérer compensation, les dettes doivent être certaines, liquides et exigibles. Dans la présente affaire, le syndicat a bel et bien signifié à la commission son refus de rembourser les versements excédentaires pour cause de prescription. Il s'agit donc d'une contestation soulevant l'interprétation et l'application de la convention collective qui rend les dettes incertaines. Dans ces circonstances, comme le relève Robert P. Gagnon, « la réclamation de l'employeur se heurt[ant] à une contestation du salarié sur la convention collective, elle deviendra l'objet d'un grief patronal soumis à la procédure d'arbitrage »⁵². D'ailleurs, en vertu de l'article 100.12*b*) du *Code du travail*, l'arbitre dispose d'un vaste pouvoir discrétionnaire – analogue à celui qui lui est conféré à l'article 1699 al. 2 du

51. *Syndicat de l'enseignement de Lanaudière et Commission scolaire des Samares (griefs patronaux)*, [2006] R.J.D.T. 1225 (T.A.).

52. *Id.*, 1236, citant Robert P. GAGNON, *Le droit du travail du Québec*, 6^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008, p. 620.

Code civil du Québec en matière des restitutions en général – en ce qui a trait à la fixation des « modalités de remboursement d'une somme qu'un employeur a versée en trop à un salarié ». Le tribunal a ainsi réduit de moitié la restitution exigible d'une enseignante qui, sur la foi d'une assurance erronée, s'est privée des liquidités nécessaires au remboursement.

L'intérêt de cette cause est double. D'abord, en cas de restitution de l'indu dans un contexte d'interprétation et d'application de la convention collective, il n'est pas nécessaire pour l'employeur de loger un grief dans tous les cas. Si la dette du salarié remplit tous les critères exigés pour la compensation, soit la certitude, la liquidité et l'exigibilité (*cf.* art. 1672 et suiv. C.c.Q.), l'employeur peut opérer compensation de sa propre initiative. Ensuite, en exerçant sa discrétion, l'arbitre tient à souligner que, dans certains cas, la négligence du payeur – le *solvens* –, en principe non pénalisante, peut être prise en compte par les tribunaux pour réduire, par souci d'équité, l'étendue de la restitution. En l'espèce, quoique la commission scolaire ait disposé de délais très serrés pour effectuer les premiers paiements de rattrapage salarial, elle a été négligente dans l'administration des appels des enseignants qui exprimaient des doutes quant à l'exactitude du paiement. Cette remarque est susceptible d'avoir quelques incidences sur le succès de ce type de griefs patronaux à l'avenir. Un employeur responsable doit minimiser ses dommages et ne pas adopter une conduite fautive au risque de se voir opposer une fin de non-recevoir « [d]ans le cas où la conduite du *solvens* confine à l'incurie ou la négligence grossière »⁵³.

C. *Transformateurs Pioneer Ltée c. Métallurgistes unis d'Amérique, local 9414* [2007]

Dans cette affaire⁵⁴, la compagnie Transformateurs Pioneer Ltée dépose un grief incident à la section locale des Métallurgistes

53. *Id.* 1237, citant Jean-Louis BAUDOIN et Pierre-Gabriel JOBIN, *Les obligations*, 6^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, p. 560.

54. *Transformateurs Pioneer Ltée c. Métallurgistes unis d'Amérique, local 9414*, 2007 CanLII 12898 (QC S.A.T.).

Unis d'Amérique pour abus de procédure de la part du syndicat. Ce dernier aurait demandé une remise d'audience injustifiée et tardive pour disposer du grief de suspension disciplinaire d'un employé. Celui-ci aurait refusé de collaborer avec le chef comptable de l'entreprise et l'aurait insulté devant d'autres personnes. L'employeur réclame le remboursement des frais engagés par la compagnie en raison de la conduite fautive du syndicat, notamment les honoraires et déboursés des procureurs ainsi que la totalité des frais de l'arbitre saisi du grief et des frais de consultant en ressources humaines. Le syndicat s'est par la suite désisté du grief initial.

À titre d'objection préliminaire, le syndicat a contesté la saisine du dossier patronal. Comme le grief principal a été retiré avant l'audience, le grief patronal incident ne saurait y survivre. De l'avis de l'arbitre Yvan Brodeur toutefois, cette objection n'est pas fondée. Si le grief de l'employeur est véritablement un grief incident étant donné que les faits pertinents sont intimement liés aux circonstances du grief initial, le grief incident ne devient pas pour autant l'accessoire du grief initial. À cet effet, l'article 172 al. 2 du *Code de procédure civile* spécifie, *in fine*, que « [l]e tribunal reste saisi de la demande reconventionnelle, nonobstant un désistement de la demande principale ». Cette référence est éclairante même si le tribunal d'arbitrage n'est pas lié par ces dispositions. Ainsi, le désistement du grief syndical n'a aucunement affecté l'existence du grief incident.

Quant au fond, l'arbitre disserte sur la portée et les limites du devoir de représentation du syndicat vis-à-vis des salariés compris dans l'unité de négociation, tel qu'édicté à l'article 47.2 du *Code du travail*. Dès 1984, cette obligation a été circonscrite par la Cour suprême dans l'affaire *La guilde de la marine marchande du Canada*⁵⁵ : si le droit de porter un grief à l'arbitrage est

55. *La guilde de la marine marchande du Canada c. Gagnon et autre*, [1984] 1 R.C.S. 509; voir aussi Diane VEILLEUX, « Le devoir de représentation syndicale : Cadre d'analyse des obligations sous-jacentes », (1993) 48 *Rel. Ind.* 661.

réservé au syndicat, le salarié n'a pas un droit absolu à l'arbitrage et le syndicat jouit d'une discrétion appréciable à cet égard, discrétion qui doit être exercée de bonne foi, de façon objective et honnête, après une étude sérieuse du grief et du dossier. Le syndicat doit soupeser les intérêts en présence avant d'agir; il doit d'un côté assumer ses obligations de juste représentation vis-à-vis du salarié et, de l'autre côté, agir de bonne foi à l'endroit de l'employeur, au risque de commettre un abus de droit à son égard. L'abus de droit, tel que défini à l'article 7 du *Code civil du Québec*, dépasse une simple erreur ou une négligence; il implique la mise en œuvre, de manière abusive, d'un droit dont l'exercice est normalement légitime. Dans les circonstances de l'espèce cependant, bien que l'attitude du syndicat ait incommodé l'employeur, il ne s'est pas comporté pour autant de façon excessive et déraisonnable. Le grief patronal a donc été rejeté.

L'abus de procédure de grief, invoqué par l'employeur comme demande reconventionnelle à un grief initial du syndicat, s'est multiplié ces dernières années⁵⁶. Dans l'affaire *Hôpital de Montréal pour enfants et Syndicat des technologues en radiologie du Québec*⁵⁷, l'arbitre Marc Boisvert a établi pour la première fois le caractère incident et accessoire du grief invoquant l'abus procédural. La réclamation en dommages par l'employeur ne constitue pas en soi un grief indépendant, puisqu'elle ne résulte pas d'une difficulté d'interprétation ou d'application de la convention collective à proprement parler. Le grief patronal pour abus de procédure

56. Voir notamment : *Industries Leader inc. et Syndicat des salariées et salariés des Industries Leader (C.S.D.)*, [2001] n° AZ-01141093, D.T.E. 2001T-336 (T.A.) (requête en révision judiciaire rejetée, [2001] n° AZ-50099388, D.T.E. 2001T-884 (C.S.)); *Aéroports de Montréal et Alliance de la fonction publique du Canada (unité des pompiers)*, [2003] n° AZ-03142120, D.T.E. 2003T-817 (T.A.); *Autocar National Ltée et L'Union des employés et employées de service, section locale 800*, [2004] n° AZ-50235448, D.T.E. 2004T-601 (T.A.); *Hôpital général juif Sir Mortimer B. Davis et Syndicat des travailleuses et travailleurs de l'Hôpital général juif Sir Mortimer B. Davis/Jewish General Hospital (CSN) (grief patronal)*, [2007] n° AZ-50429289, D.T.E. 2007T-474 (T.A.) (requête en révision judiciaire rejetée, C.S., 22-01-2008, 500-17-036435-074).

57. [1997] T.A. 1155.

est plutôt assimilable à une demande reconventionnelle en matière civile. Cette approche est compatible avec les prescriptions du *Code de procédure civile* et de l'article 100.12 du *Code du travail*, ce dernier habilitant l'arbitre à rendre toute ordonnance propre à sauvegarder les droits de l'employeur et à imposer les dommages-intérêts appropriés, le cas échéant. Deux ans plus tard, cette position a été consacrée par la Cour d'appel dans l'affaire *Hôpital général juif Sir Mortimer B. Davis c. Athanassiadis*⁵⁸. L'employeur avait saisi la Cour supérieure d'une action en dommages-intérêts réclamant le remboursement des frais liés à l'arbitrage, à la suite d'un grief syndical rejeté pour cause de prescription. Le juge Denis est d'opinion que la réclamation patronale relève de la convention collective. Lorsque l'employeur se rend compte en cours d'audience – ou avant – qu'il est victime d'une réclamation abusive ou farfelue, il peut, à ce moment précis ou dans le délai prévu à la convention collective, déposer un second grief, qui devient l'accessoire du premier et qui est disposé par le même arbitre, évitant de cette façon la multiplicité des recours. De surcroît, une clause conventionnelle prévoyant le paiement des frais d'arbitrage par l'employeur ne donnerait pas au syndicat une immunité pour en abuser et ne ferait pas obstacle à de telles réclamations incidentes intentées par l'employeur.

Considéré sous cet angle, l'apport de la sentence rendue dans l'affaire *Transformateurs Pioneer* consiste à préciser que le désistement du grief initial n'empêche pas la poursuite du grief incident. Quant aux obligations du syndicat, l'arbitre se réfère à la sentence rendue dans l'affaire *Régie intermunicipale de récupération des Hautes-Laurentides et Syndicat des travailleuses et travailleurs de la Régie intermunicipale des Hautes-Laurentides (CSN)*⁵⁹, où l'arbitre François Hamelin a traité du devoir de représentation du syndicat envers les salariés. L'article 47.2 du *Code du travail* accorde une discrétion appréciable au syndicat et ce n'est qu'en cas de décision arbitraire, capricieuse, discriminatoire ou abusive

58. C.A. Montréal, n° 500-09-001558-949, 23 avril 1999, jj. Mailhot, Chamberland et Denis (*ad hoc*), D.T.E. 99T-462 (C.A.).

59. [2005] n° AZ-50310819, D.T.E. 2005-533 (T.A.).

que sa responsabilité est engagée⁶⁰. En effet, si le salarié estime que l'association accréditée n'a pas exercé à son égard son devoir de représentation de manière juste et loyale, il peut porter plainte auprès de la Commission des relations du travail⁶¹. La gratuité et la facilité de ce recours⁶², jumelées à une incompréhension généralisée dans le milieu salarial quant à la nature et à l'intensité de l'obligation syndicale⁶³, a rendu certains représentants syndicaux d'une prudence extrême, au point de décider de mener à terme des griefs non fondés pour acheter la paix⁶⁴. Pour conclure que le syndicat devait se désister de son grief initial, il faut donc que l'employeur démontre que cette décision s'imposait absolument au syndicat, parce que celui-ci n'avait véritablement aucune chance de voir le grief accueilli, en tout ou en partie. Malgré ces réserves, un grief patronal invoquant l'abus de droit procédurier du syndicat est désormais ouvert aux employeurs.

-
60. *Noël c. Société d'énergie de la Baie James*, [2001] 2 R.C.S. 207, par. 48.
61. *Code du travail*, préc., note 2, art. 47.3 à 47.6.
62. Entre le 1^{er} janvier 2006 et le 15 avril 2009, la Commission des relations du travail a reçu 1 900 plaintes pour manquement au devoir de représentation, dont 63% concernaient des situations autres que des cas de renvoi ou de mesures disciplinaires. De toutes les plaintes reçues qui n'ont pas fait l'objet d'un désistement ou d'un règlement, 86% sont rejetées par la Commission : Nancy MARTEL et Pierre E. MOREAU, *Le devoir de juste représentation*, Markham (Ontario), Lexis Nexis Canada, 2009.
63. Anne PINEAU, « Le devoir de représentation syndicale : une dérive inquiétante », dans *Développements récents en droit du travail*, Service de la formation continue du Barreau du Québec, 2008, *Droit civil en ligne* (DCL), EYB2008DEV1486.
64. *Id.* En effet, un manquement au devoir de juste représentation emporte de lourdes conséquences pour le syndicat : celui-ci s'expose à une plainte portée à l'initiative du salarié lésé qui a subi un renvoi ou une mesure disciplinaire, ou qui croit avoir été victime de harcèlement psychologique pour forcer le renvoi de sa réclamation à l'arbitrage (art. 47.3 C.t.). Depuis le 1^{er} janvier 2004, la compétence exclusive de la CRT a été élargie pour disposer de tout recours exercé par un salarié à l'encontre de son syndicat relatifs à la négociation, à l'application et à l'interprétation de la convention collective (art. 114 C.t.). Outre une condamnation en dommages, la CRT peut même à cette occasion ordonner au syndicat de rembourser au salarié les honoraires extrajudiciaires encourus pour faire valoir ses droits devant la Commission (*Métallurgistes unis d'Amérique, section locale 9414 c. Castonguay*, 2007 QCCA 1766).

D. *Syndicat des technologues d'Hydro-Québec section locale 957 (SCFP/FTQ) c. Hydro-Québec [2006]*

Cette affaire⁶⁵ se rapporte à un grief patronal déposé par Hydro-Québec réclamant à un de ses employés le remboursement des frais de repas et de déplacement. Ce litige s'est buté contre l'objection préliminaire du syndicat soulevant la prescription du recours. Le grief patronal, qui provient des irrégularités sur les comptes de dépenses de l'employé en 1999, a été déposé le 6 mai 2003, puis soumis à l'arbitrage le 16 juin 2003.

À défaut d'un délai spécifiquement prévu dans la convention collective pour le dépôt d'un grief patronal, est-ce la prescription de six mois prévue à l'article 71 du *Code du travail* qui s'applique, ou est-ce plutôt la prescription triennale du droit commun? Sur cette interrogation, l'arbitre Diane Sabourin rappelle dans un premier temps qu'initialement l'article 71 du *Code du travail* a été interprété comme ayant un caractère supplétif et ne s'applique par conséquent que lorsque la procédure de griefs et d'arbitrage prévue dans une convention collective est silencieuse quant au délai. Toutefois, deux raisons principales plaident pour la position contraire. D'un côté, les droits et recours que l'employeur entend exercer « naissent d'une convention collective », comme le stipule le *Code du travail*, et non en vertu des dispositions du Code civil. En effet, toutes les sommes réclamées par l'employeur à son salarié ont été versées en fonction des dispositions de la convention collective. De l'autre côté, il y a lieu de considérer sur un pied d'égalité les droits et recours prévus pour chacune des deux parties à la convention collective. Une réclamation ne saurait constituer une action civile – plutôt que l'arbitrage de griefs – uniquement parce qu'elle émane d'un employeur au lieu d'un syndicat. Par ailleurs, le libellé de l'article 2925 du *Code civil* indique clairement qu'il ne s'applique qu'aux cas où « le délai de prescription n'est pas autrement fixé ». Ainsi, le délai de prescription de 6 mois prévaut et court à compter de la naissance de la

65. *Syndicat des technologues d'Hydro-Québec section locale 957 (SCFP/FTQ) c. Hydro-Québec*, 2006 CanLII 19306 (QC S.A.T.).

dette de l'employé, « à compter du jour où la cause de l'action a pris naissance ». Le point de départ de la prescription étant la date 15 janvier 2001, le recours est d'ores et déjà prescrit.

Il est vrai que l'approche adoptée généralement par les arbitres et consacrée par la Cour suprême n'est pas très exigeante quant au respect des procédures. En matière d'arbitrage des griefs, le fond l'emporte sur la forme, suivant les termes de la Cour suprême dans l'affaire *Parry Sound*⁶⁶ :

En règle générale, il est évidemment important que les parties à une convention collective se conforment aux exigences procédurales qui y sont prévues (...) Cela dit, il importe de reconnaître le consensus général chez les arbitres que, dans la mesure du possible, un grief ne devrait pas être gagné ni perdu pour un vice de forme, mais plutôt en raison de son bien-fondé.

Ces principes, énoncés dans le cas d'un grief syndical, sont tout à fait transposables aux griefs patronaux. De surcroît, l'article 100.2.1 du *Code du travail* prévoit qu'« [a]ucun grief ne peut être rejeté pour vice de forme ou irrégularité de procédure ». À l'interne, les parties sont libres d'adopter la procédure de leur choix, sous réserve de l'arbitrage final obligatoire au terme du processus. Lorsqu'aucune procédure interne n'est prévue dans la convention collective, le grief de l'employeur est soumis directement à l'arbitrage. Or, faut-il obligatoirement respecter les étapes internes de règlement des griefs avant qu'un grief soit ultimement porté à l'arbitrage? La réponse varie suivant les termes de la convention collective. Si les parties ont exprimé leur intention arrêtée de suivre à la lettre les modalités établies dans la convention, elles ne pourront revenir sur leur position et l'arbitre ne pourra que sanctionner le manquement procédural⁶⁷. Par contre, quand la

66. *Parry Sound (district), Conseil d'administration des services sociaux c. S.E.E.F.P.Q., section locale 324*, [2003] 2 R.C.S. 157, par. 68.

67. F. MORIN et R. BLOUIN, préc., note 6, p. 327 – 332; Robert P. GAGNON, *Le droit du travail au Québec*, 6^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008, p. 590 – 592.

procédure n'est pas de déchéance et que l'irrégularité n'a occasionné aucun préjudice à l'autre partie, le grief doit être tranché sur le fond, et non rejeté en raison de simples accidents de parcours. Le dépôt du grief n'est soumis à aucun formalisme : une lettre adressée au syndicat faisant état de l'objet du grief et du correctif recherché a été jugée suffisante⁶⁸.

En fait, la seule brèche à cette trame procédurale plutôt élastique réside dans la question de la prescription. Les délais de rigueur⁶⁹ prévus dans les conventions collectives en ce qui concerne le dépôt des griefs ou leur renvoi éventuel à l'arbitrage s'avèrent généralement courts, à telles enseignes que le législateur ait cru nécessaire d'intervenir pour en fixer un minimum à quinze jours de la naissance de la cause d'action⁷⁰. La prescription statutaire supplétive est de six mois (art. 71 C.t.). Le seul et unique cas où il est permis de déférer hors délai un grief à l'arbitrage se produit lorsqu'une des parties refuse de se conformer à un règlement négocié au préalable (art. 100.0.2 C.t.). Vu qu'un bon nombre de griefs patronaux ont été rejetés sur la base de telles objections⁷¹, les employeurs et les syndicats doivent agir avec célérité pour faire préserver leur droit.

Fort de ces différents constats, l'on pourrait formuler quelques hypothèses sur l'avenir des griefs patronaux. Telle qu'analysée dans les pages qui suivent, l'évolution des relations

68. *S.P.B. Canada Inc. c. Union des employés des cartoniers standard*, [1985] T.A. 273.

69. Voir *Syndicat des employés du CUS McGill (FAS-CSN) c. CUSM - Hôpital général de Montréal*, 2009 CanLII 76321 (QC S.A.T.).

70. Art. 100.0.1 C.t. : « Un grief soumis à l'autre partie dans les quinze jours de la date où la cause d'action a pris naissance ne peut être rejeté par l'arbitre au seul motif que le délai prévu à la convention collective n'a pas été respecté. »

71. Voir notamment : *Québec (Ville de) c. Association des pompiers professionnels de Québec*, 2001 CanLII 7615 (QC S.A.T.); *Commission Scolaire Crie c. Syndicat des professionnelles et professionnels en milieu scolaire du Nord-Ouest*, 2003 CanLII 16044 (QC S.A.T.); *Association des enseignantes et enseignants de Montréal c. Picher*, 2006 QCCS 1715; *Commission scolaire de la Pointe-de-l'Île c. Dulude*, 2007 QCCS 352

syndicales patronales serait éminemment tributaire du devenir socioéconomique de nos collectivités au sens large.

Partie 3 : Quelques hypothèses/propositions quant au futur de cette pratique

Première impression : en ce qui concerne l'objet des griefs patronaux, l'employeur aurait de plus en plus d'occasions d'invoquer l'abus de la procédure de grief à l'encontre du syndicat à titre de demande reconventionnelle.

À mesure que les conventions collectives s'allongent et se complexifient, cherchant à réglementer la vie au travail dans ses moindres détails, davantage d'obligations incombent désormais à l'employeur, que ce soit au chapitre des avantages sociaux, de la sécurité syndicale ou des mesures de protection du revenu. Au cours des vingt dernières années, y ont aussi été ajoutées des clauses abordant des thèmes moins traditionnels comme les droits des salariés en matière de formation professionnelle et la conciliation travail-vie personnelle. À titre indicatif, près de 60% des conventions collectives du secteur privé déposées en 2008 comportaient au moins une clause portant sur la formation, le recyclage ou le perfectionnement. De plus en plus de conventions collectives incluent en effet des dispositions de cette nature; des 38,9% qui en traitent en 1988-1991, le pourcentage a grimpé à 69,4% en 2006-2009⁷². Dans le même ordre d'idées, la proportion du coût des avantages sociaux dans le secteur privé syndiqué du Québec, que ce soit le temps chômé payé, les régimes privés de retraite et d'assurances collectives, les régimes publics ou autres avantages, varie d'environ 36% à près de 43% des coûts salariaux selon les catégories d'emploi⁷³. De plus, la proportion des conven-

72. Pour les conventions de 1988-1991 : CENTRE DE RECHERCHE ET DE STATISTIQUES SUR LE MARCHÉ DU TRAVAIL (diverses années), *Conditions de travail contenues dans les conventions collectives au Québec*. Pour les conventions de 2006-2009 : Système d'information « Gestion des relations du travail », ministère du Travail, 31 décembre 2009.

73. Patrice JALETTE et Gilles TRUDEAU (dir.), *La convention collective au Québec*, 2^e éd., Montréal, Gaëtan Morin éditeur, 2011, p. 337.

tions collectives prévoyant des dispositions sur le congé parental a plus que quadruplé dans les périodes de référence 1988-1991 et 2003-2006⁷⁴. Aussi, près de 28% des mères québécoises reçoivent des prestations complémentaires de leur employeur en sus des prestations du Régime québécois d'assurance parentale. Ces prestations complémentaires sont versées près de quatre fois plus fréquemment en milieu syndiqué qu'en milieu non syndiqué⁷⁵.

Toutes ces exigences variées pourraient donner aux salariés ou au syndicat de multiples occasions de contester les décisions de l'employeur qui s'écarteraient des prescriptions de la convention. Entre les années 2000 et 2003, l'objet de ces griefs concerne le plus souvent les questions disciplinaires tel le congédiement ou la suspension ainsi que des questions de rémunération (indexation des salaires, primes, heures supplémentaires et assurance-salariale), la réclamation de poste ou les diverses modifications aux conditions de travail⁷⁶. De surcroît, l'accumulation des clauses dans les conventions collectives est susceptible d'amener beaucoup de lourdeur dans l'application et bien des difficultés d'interprétation. Considérés sous cet angle, les griefs syndicaux déposés en vue de dénoncer la violation ou l'apparente violation de la convention par la partie patronale risquent de devenir plus nombreux, d'où l'intérêt d'un grief incident lorsque le grief principal se révèle manifestement mal fondé ou superflu.

Deuxième constat : les griefs patronaux contestant plus spécifiquement les arrêts ou ralentissements de travail illégaux pourraient se maintenir au cours des prochaines années. Certes, les conflits de travail – constitués majoritairement de grèves – ont diminué de près de moitié depuis 2001. S'en trouve corrélativement réduit le nombre de travailleurs touchés, lequel a passé de

74. *Id.*, p. 374.

75. Katherine MARSHALL, « Prestations supplémentaires versées par l'employeur », *Perspective*, février 2010, Ottawa, Statistique Canada, p. 5 – 14.

76. Lyne JONCAS, *Le système québécois d'analyse des sentences arbitrales de grief : un aperçu*, Ministère du Travail, 2004, p. 10.

52 597 en 2001 à 11 281 en 2009⁷⁷. Cependant, la durée des conventions collectives s'est allongée de façon substantielle à la suite de son déplafonnement législatif intervenu en 1994, alors que les clauses de réouverture permettant à l'une des parties de demander une renégociation avant l'expiration de la convention collective demeurent rares. En fait, seulement 2% des conventions collectives entre 2003 et 2007 comportent de telles clauses⁷⁸. Pour les employeurs, une convention collective de longue durée est synonyme de stabilité et de certitude, les conditions qui y sont stipulées ne sont plus sujettes aux fluctuations économiques. Elle permet également de réduire les coûts associés aux négociations collectives et aux conflits de travail. Pour les syndicats toutefois, l'accroissement de cette durée suspend leur droit de négocier de meilleures conditions de travail en vue de rétablir l'équilibre rompu par des circonstances nouvelles imprévisibles, le cas échéant. Ces intérêts opposés peuvent éventuellement donner lieu à des frictions entre les parties syndicale et patronale, conduisant à l'usage des moyens de pression illégaux lorsque chacune des parties reste campée sur sa position malgré les aléas de l'économie. À cet égard, l'enjeu salarial demeure un point des plus conflictuels puisque le niveau des salaires est une des conditions les plus intimement liées aux pressions économiques et à la situation financière de l'entreprise. En fait, 44% des conflits de travail survenus durant la période 2004-2008 sont provoqués par le désaccord des parties sur cette question⁷⁹. Alors que l'employeur veut contenir les hausses salariales pour optimiser la productivité de l'entreprise et supporter la concurrence, les revendications salariales cherchent plutôt à les augmenter au profit des salariés.

Troisième hypothèse : il serait à prévoir que les entreprises seront davantage axées sur la gestion du grief à l'interne et qu'elles gagneraient à recourir à une médiation pré-arbitrale avant de se lancer sur le forum arbitral comme tel. Malgré une augmen-

77. INSTITUT DE LA STATISTIQUE DU QUÉBEC, *Annuaire québécois des statistiques du travail, Portrait des principaux indicateurs des conditions et de la dynamique du travail*, vol. 6 no. 2, 2010, p. 219 et 220.

78. P. JALETTE et G. TRUDEAU (dir.), préc., note 73, p. 53.

79. *Id.*, p. 439.

tation générale du nombre de griefs d'année en année, soit près de mille entre les années 2000 et 2003, plus de la moitié des griefs déposés ont été réglés à l'amiable. Excluant ce pourcentage élevé de règlements hors cour, la majorité des griefs – soit en moyenne 65% – ont été rejetés par l'arbitre⁸⁰. En même temps, il y a eu, au cours de la décennie, une diminution draconienne de près de 40% du nombre de griefs – toute catégorie confondue – ayant fait l'objet d'une sentence arbitrale, passant de 2591 décisions recensées en 1992-1993 à 1503 décisions rendues en 2004-2005⁸¹.

En effet, la procédure de règlement des griefs ne comporte pas que des avantages. Certes, l'arbitrage se veut avant tout une alternative pacifique de résolution des conflits qui offre aux salariés de meilleures possibilités de participer à l'élaboration des solutions, au lieu de recourir à des moyens radicaux comme la grève ou le lock-out. C'est d'ailleurs cette considération qui a incité le législateur à instituer l'arbitrage obligatoire au début des années 1960 pour faire respecter les dispositions des conventions collectives. Cependant, la procédure de règlement des griefs est parfois perçue comme « une procédure inflexible, laborieuse et dilatoire »⁸². Le délai moyen pour rendre une décision arbitrale, de la nomination de l'arbitre au prononcé de la décision, a presque doublé de 1990 à 2010, passant de 259 jours à 470 jours⁸³. Si les parties sont largement responsables de cette lenteur, n'empêche que tout le processus est en soi coûteux en temps et en ressources : outre les honoraires d'arbitre et des assesseurs, les déboursés des procureurs et des témoins experts, dont la présence risque par ailleurs d'augmenter considérablement les délais en

80. L. JONCAS, préc., note 76, p. 5.

81. COMITÉ DE TRAVAIL DE L'ORDRE DES CONSEILLERS EN RESSOURCES HUMAINES ET EN RELATIONS INDUSTRIELLES AGRÉÉS DU QUÉBEC, *Relations du travail au Québec, Bilan et perspectives d'avenir*, avril 2005, en ligne : <http://www.eri.umontreal.ca/personnel/Jalette_Patrice/bilan.pdf> (consulté le 13 juin 2011).

82. Jean-Claude BERNATCHEZ, *La convention collective, savoir la négocier, l'interpréter, l'appliquer*, Québec, Les Presses de l'Université du Québec, 2003, p. 304.

83. CONSEIL CONSULTATIF DU TRAVAIL ET DE LA MAIN-D'ŒUVRE (CCTM), *Liste annotée d'arbitres de grief, 2010-2011*, Québec, Ministère du Travail, p. 12.

raison de leur disponibilité réduite, les coûts de libération pour les employés et des témoins sont autant des éléments démotivants, et ce, sans discuter de leurs impacts sur la productivité de l'entreprise.

À l'opposé, la procédure interne de règlement des griefs se démarque par son accessibilité, en mettant en présence les personnes immédiatement impliquées. L'efficacité de ce mécanisme est démontrée par le fait que plus de 95% des griefs sont réglés par les parties elles-mêmes, sans l'intervention d'un tiers⁸⁴. Aussi, la médiation pré-arbitrale de griefs pourrait être appelée à jouer un rôle clé, en ce que, sans se substituer à la procédure d'arbitrage en tant que telle, cette démarche volontaire permet aux parties de bénéficier des conseils et de l'assistance d'un tiers neutre aux conflits pour aboutir à un règlement satisfaisant des griefs avant qu'ils ne soient portés à l'arbitrage. Ainsi, l'intervention d'une partie neutre qui n'a d'autres intérêts que de voir les griefs classés éclairera la vision dans laquelle chacune des parties est enfermée, et sa présence pourrait modifier l'attitude de chacune des parties qui, se sentant observée, aurait tendance à s'investir davantage dans une analyse plus poussée du dossier à traiter⁸⁵.

Dernière observation : dans une perspective globale, les griefs patronaux demeurerait un phénomène marginal. D'une part, le taux de présence syndicale, ce pourcentage de personnes assujetties à une convention collective, s'est stabilisé au cours de la décennie, malgré une légère régression. En 2010, 39,6% des salariés québécois étaient assujettis à une convention collective de travail, comparé à un taux de 40% l'année précédente et au taux moyen de 40,3% observé au Québec pour la période 2001-2010. Ce pourcentage masque pourtant l'écart flagrant entre le secteur

84. G. HÉBERT, *Traité de négociation collective*, préc., note 39, p. 204.

85. Pour une étude de cas en milieu hospitalier québécois, voir Véronique ROBERGE, *L'impact de la médiation pré-arbitrale des griefs : une étude de cas en milieu hospitalier québécois*, mémoire de maîtrise, Montréal, Faculté des études supérieures (relations industrielles), Université de Montréal, 1995.

privé et le secteur public. Si le secteur privé regroupe les trois quarts des salariés, son taux de présence syndicale a diminué de 27,9% à 25,3% depuis 2001, comparativement à une augmentation de 81,3% à 82,2% dans le secteur public⁸⁶. D'autre part, le cadre législatif des rapports collectifs de travail s'est davantage orienté vers la déréglementation au cours des trente dernières années, rendant de plus en plus difficiles la syndicalisation des travailleurs et la négociation collective. Cette volonté gouvernementale s'inscrit dans la mouvance de l'idéologie néolibérale en vogue dans les politiques publiques depuis les années 1970 et 1980 prônant la privatisation, la dérégulation du marché du travail, le retrait de l'État et le soutien aux investissements privés⁸⁷. L'abolition de la limite maximale à la durée des conventions collectives, la modification de l'article 45 du *Code du travail* – facilitant le recours à la sous-traitance dans les milieux syndiqués – et l'exclusion de certains travailleurs de l'application des décrets de convention collective en constituent des exemples flagrants. Aussi, un cadre législatif de plus en plus précis, prescrivant avec minutie les conditions minimales de travail, risquent d'amenuiser le rôle de la convention collective dans la régulation des conditions de travail. Référons-nous à la *Loi sur l'équité salariale*⁸⁸, à la *Loi favorisant le développement et la reconnaissance des compétences de la main-d'œuvre*⁸⁹ et au renouvellement de la *Loi sur les normes du travail*. Tous ces facteurs ne plaident pas pour une croissance importante du taux de couverture conventionnelle et des effectifs syndicaux⁹⁰. Or, pas de syndicat, pas de convention et partant, plus de grief.

86. Alexis LABROSSE, *La présence syndicale au Québec en 2010*, Québec, Ministère du Travail, 2011.

87. Sophie FONTAINE-BÉGIN, *Influence du néolibéralisme de l'État sur les stratégies de l'acteur syndical dans le secteur public québécois : l'étude du cas de la FIIQ*, mémoire de maîtrise, Montréal, École de relations industrielles, Université de Montréal, 2007.

88. L.R.Q., c. E-12.001.

89. L.R.Q., c. D-8.3.

90. P. JALETTE et G. TRUDEAU (dir.), préc., note 73, p. 53.

Conclusion

La convention collective vise à préserver les droits des salariés qui y sont assujettis contre l'autorité intrusive de l'employeur, qui, au sein de l'entreprise, occupe le haut du pavé. Résultat d'une négociation laborieuse entre le syndicat et la direction, elle est avant tout l'engagement de l'employeur à respecter ses propres obligations en reconnaissant les concessions faites aux employés, depuis les bénéfiques traditionnels comme la sécurité syndicale, l'ancienneté, les mesures disciplinaires et les avantages sociaux jusqu'aux revendications plus innovatrices comme la formation continue et la conciliation travail-vie personnelle. En raison de sa nature même, une convention collective impose plus d'obligations pour l'employeur que les salariés assujettis, d'où la fréquence beaucoup plus élevée des griefs syndicaux dénonçant la violation par l'employeur d'une ou de plusieurs stipulations, notamment en ce qui concerne les questions de rémunération ou de mesures disciplinaires jugées déraisonnables.

Cette dynamique fondamentale des rapports collectifs limite grandement les causes d'action des griefs patronaux. La négociation, puis la conclusion d'une convention collective, emporte inévitablement une dissolution, plus ou moins prononcée, du pouvoir patronal dans bien des domaines qui relèveraient autrement et normalement de son ressort exclusif. À l'opposé, qu'est-ce que l'employeur pourrait trouver à redire contre un syndicat ou ses salariés? Visiblement, l'éventail des motifs d'insatisfaction se rétrécit, si ce n'est l'exercice inadéquat d'activités syndicales qui risque de causer du tort à l'employeur et de troubler le climat général de travail. Après tout, en contrepartie des gains syndicaux, la première obligation imposée au syndicat est bel et bien l'interdiction de perturber les activités de l'entreprise pendant la durée d'une convention collective en recourant à des moyens de pression préjudiciables à l'employeur. La violation de cet engagement, surtout dans les périodes de ralentissement économique, explique la genèse des premiers griefs patronaux.

Depuis, les cas de ces griefs se diversifient avec la complexité croissante des conventions collectives, dictant à l'une et à l'autre partie de nouveaux engagements. Outre les actions en dommages à la suite d'arrêts de travail illégaux, l'on recense les réclamations de l'employeur exigeant le remboursement des salaires versés pour activités syndicales ou de salaires par erreur, lorsque les salariés abusent, sciemment ou par mégarde, des avantages concédés dans les conventions collectives. Puis, lassés des griefs syndicaux contestant l'application légitime des mesures disciplinaires, dont le recours à l'arbitrage est souvent lourd de conséquences pécuniaires, les employeurs répliquent de plus en plus fréquemment en invoquant, comme demande reconventionnelle au grief principal, l'abus de procédure du syndicat dans le dépôt des griefs frivoles qui n'ont aucune chance raisonnable d'être accueillis. Cette tendance découlerait quelquefois d'un exercice parfois « excessif » du devoir de représentation du syndicat vis-à-vis des salariés compris dans l'unité de négociation, tel qu'édicte à l'article 47.2 du *Code du travail* et circonscrit par la jurisprudence de la Cour suprême du Canada, alors que la « banalisation » du contrôle de l'action syndicale pourrait inciter certains syndicats du secteur privé à renvoyer à l'arbitrage nombre de griefs de leurs salariés à l'encontre de l'employeur, au risque de commettre un abus de droit à son égard.

En définitive, l'on pourrait raisonnablement inférer que les sentences arbitrales disposant des griefs patronaux demeureront rarissimes dans un avenir rapproché. Les causes d'action, qu'elles soient légales ou conventionnelles, s'y révèlent de prime abord beaucoup moindre que les motifs de reproche à l'égard d'un employeur qui outrepasserait les limites tracées par les conventions collectives quant à l'exercice de ses droits de direction. Malgré la compétence exclusive de l'arbitre en la matière et l'efficacité de ce forum en tant qu'institution, la baisse du taux de syndicalisation ne favoriserait vraisemblablement pas une prolifération numérique des griefs patronaux.

RDUS

Revue de DROIT
UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : LES SITUATIONS DE FAIT EN DROIT DES SOCIÉTÉS DE L'OHADA

Auteur(s) : François BIBOUM BIKAY

Revue : *RDUS*, 2013, volume 43, numéro 3

Pages : 827-865

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/10226>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/10226>

Page vide laissée intentionnellement.

ARTICLE

**LES SITUATIONS DE FAIT EN DROIT
DES SOCIÉTÉS DE L'OHADA**

par François BIBOUM BIKAY*

L'ensemble des disciplines du droit connaît le phénomène des situations de fait. Ces dernières constituent des cas de malformation des institutions promues et protégées par le droit. En réaction, celui-ci les répugne souvent en les privant d'effets. Mais la rencontre des situations de fait avec le droit des sociétés vient bouleverser cet état de choses. En effet, non seulement elles y prolifèrent, mais encore elles ne sont pas systématiquement combattues comme dans les autres disciplines juridiques. Cette étude ambitionne donc de montrer comment le droit des sociétés, en s'appuyant sur les situations de fait, atteint son efficacité. La problématique est alors orientée vers le point de savoir qu'elle est la place qu'occupent les situations de fait dans le droit des sociétés. La réponse en est donnée à travers le constat de leur acceptation par la discipline et à travers l'examen de leur contribution à l'efficacité de cette dernière.

De facto situations may be encountered in all fields of law. They tend to deform institutions promoted and protected by law. In reaction, the law rejects them by depriving them of legal effect. However, these encounters between de facto situations and company law in particular do not adhere to the principle of rejection. Not only is there a proliferation of these situations in company law, they are not systematically opposed as they would be in other legal branches. The writer seeks to illustrate how company law, by embracing de facto legal situations, has in fact become more effective. The article then goes on to explain why situations of fact have been openly recognized in company law. The answer may be found in the acceptance and in the contribution of situations of fact to the efficacy of company law.

* . Docteur en droit privé, assistant à la Faculté des sciences juridiques et politiques de l'Université de Douala.

SOMMAIRE

INTRODUCTION	829
§ I- L'accueil des situations de fait par le droit des sociétés	834
A- Les groupements d'affaires sans personnalité morale	834
1- La société de fait	835
<i>a- La prise en compte de la volonté des associés de fait.....</i>	<i>836</i>
<i>b- L'office décisif du juge dans la qualification de la société de fait.....</i>	<i>838</i>
2- Les autres groupements sans personnalité morale	840
<i>a- La société en participation</i>	<i>840</i>
<i>b- La société avant son immatriculation.....</i>	<i>843</i>
B- L'administration des sociétés sans mandat	844
1- Les critères de la direction de fait tenant à la personne	845
2- Les critères de la direction de fait tenant aux actes	847
§ II- La contribution des situations de fait à l'efficacité du droit des sociétés	849
A- L'efficacité atteinte par la protection de la société et des parties	850
1- La protection de la société	850
<i>a- La protection de la société dans sa réalité existentielle</i>	<i>850</i>
<i>b- La protection de la société dans sa réalité patrimoniale</i>	<i>853</i>
2- La protection des parties	857
B- L'efficacité atteinte par la protection des tiers	859
1- L'existence d'une action en reconnaissance de société de fait au profit du tiers	860
2- L'application aux associés de fait de la solidarité de la société en nom collectif	862
CONCLUSION	864

INTRODUCTION

Les juristes ont la coutume d'opposer les faits au droit¹. Pourtant, la distance entre les deux catégories n'est pas facile à matérialiser. On peut définir les faits comme des événements soit naturels, soit de l'homme qui n'ont pas un caractère juridique². À partir de là, il est compréhensible que la catégorie des faits juridiques renvoie à ceux pour lesquels le droit a prévu des conséquences juridiques indépendamment de la volonté humaine³. Ainsi, une situation est de pur fait lorsqu'on ne peut pas lui attacher des conséquences de droit. C'est alors là que réside la difficulté de la ligne de démarcation entre le fait et ce qui est juridique. Comme cela a été justement remarqué, aucun fait n'est pour le juriste inséparable du droit; il est même une réalité que les juristes, lorsqu'ils veulent disqualifier une situation juridique, la réduisent presque toujours, par un procédé normatif, en un simple fait⁴. Cela veut dire en fait que telle situation est un

-
1. Voir Maurice TANCELIN, *Sources des obligations : l'acte juridique légitime*, vol. 1, Montréal, Wilson & La fleur, 1993, p. 12. Dans la recherche d'un critère de distinction entre les notions d'acte juridique et de fait juridique auxquels il préfère substituer celles d'acte juridique légitime et acte juridique illégitime, cet auteur est amené à constater que « [d]ans l'usage juridique, le mot fait est antonyme du mot droit. En l'employant également comme antonyme d'acte, on crée un risque de confusion entre les mots acte et droit »; Raymond MARTIN, « Le fait et le droit ou les parties et le juge », (1974) I *JCP G.*, 2625; Gabriel MARTY, *La distinction du fait et du droit, essai sur le pouvoir de contrôle de la Cour de cassation sur les juges du fait*, thèse de doctorat, Toulouse, Sirey, 1929.
 2. Les auteurs préfèrent celles selon lesquelles le fait désigne une circonstance qui tombe sous l'un des cinq sens. Voir par exemple Jean GATSI, *Nouveau Dictionnaire Juridique*, 2^e éd., Douala, Presses Universitaires Libres, 2009, p. 146; Serge BRAUDO, *Dictionnaire du droit privé français*, en ligne : <www.dictionnaire-juridique.com> (consulté le 12 mars 2012). Malgré cette posture érudite, il jaillit une idée commune que le fait décrit toute situation à l'état brut de sa considération. À l'égard du droit, elle n'est qu'un fait simple, pour produire des effets juridiques, il faut une qualification en fait juridique par exemple.
 3. Raymond GUILLIEN et Jean VINCENT (dir), *Lexique des termes juridiques*, Paris, Dalloz, 2007, p. 301.
 4. Bernard S. JACKSON, *Law, Fact and Narrative Coherence*, Merseyside, Deborah Charles, 1988, p. 16; François RIGAUX, « L'opacité du fait face à

fait parce que le droit la répute comme telle, mais inversement aussi, la situation de droit n'apparaît que comme un ensemble de faits reconnus par le droit⁵. Il s'en suit une telle imbrication qui frise la fongibilité, l'homogénéité des deux phénomènes.

Toutefois, l'opposition n'est pas moins justifiée, tant elle est porteuse de distinction entre ce qui est conforme à la norme et qui mérite la protection projetée d'une part, et ce qui ne satisfait pas aux conditions prévues par la norme et ne peut donc être éligible au chapitre de la protection de la loi, d'autre part. Il faut se représenter toute situation qui, lorsqu'elle remplirait certaines conditions exigées par la loi, pourrait revêtir la qualification de situation de droit. Une opposition a ainsi toujours été entretenue entre situations de droit et situations de fait⁶. Il est alors aisément compréhensible que ces dernières renvoient à un ensemble de situations juridiques irrégulières, dégradées, dégénérées, constituant des doublets de situations régulières, mais ne remplissant en général pas leurs conditions de formalisme⁷. La réaction du droit ne s'est pas souvent limitée à leur simple qualification en situation de fait.

Une démarche sanctionnatrice caractérise justement cette réaction à l'égard des situations de fait qui sont privées d'effets et donc du bénéfice de la protection prévue pour la situation juridique correspondante. Malgré cette position du droit, l'existence des situations de fait semble s'imposer. Celles-ci tendent à envahir toutes les sphères du droit, se développant soit de manière originelle⁸, soit de manière dérivée⁹. Le droit des

l'illusoire limpidité du droit », (1999) 41 *Revue Droit et société* 85, 86; Théodore IVAINER, *L'interprétation des faits en droit*, Paris, LGDJ, 1988.

5. Voir Roger HOUIN, « Extrait du rapport général aux Journées de Lille de l'Association Henri Capitant », (1958) 10 *RIDC* 82, 83.

6. Voir Laurent LEVENEUR, *Situations de fait et droit privé*, Paris, LGDJ, 1990; R. HOUIN, préc., note 5, 82

7. Voir Jean CARBONNIER, *Flexible droit, pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10^e éd., Paris, LGDJ, p. 35; R. HOUIN, préc., note 5, 84.

8. C'est le cas d'un associé commanditaire qui, n'ayant justement pas qualité, choisit de poser des actes de gestion. C'est également le cas des

affaires, en général, en recèle un grand nombre. La notion de commerçant de fait y est bien connue¹⁰ comme caractérisant la situation d'une personne qui exerce les actes de commerce sans requérir son immatriculation au registre du commerce et du crédit mobilier^{11,12}. Une telle personne s'est mise en marge de la législation et pose le problème du régime des actes qu'elle a passés à l'égard des tiers. En règle générale, le droit le prive du bénéfice desdits actes tout en permettant aux tiers de s'en prévaloir contre lui¹³. Cette solution trouve sa raison d'être en droit des sociétés.

La législation des sociétés connaît particulièrement l'existence de nombreuses situations de fait à côté des situations de droit que sont la société commerciale et le dirigeant social. Pourtant, le droit des sociétés a un caractère poussé d'ordre public¹⁴. Malgré cela, l'on doit se rendre à l'évidence des institutions comme la société de fait, le dirigeant de fait, la société

personnes qui choisissent de créer une société soumise à la formalité de l'immatriculation et qui s'abstiennent de le faire.

9. La situation de fait est dérivée lorsqu'elle découle d'une dégénérescence de situation de droit. C'est le cas de la société devenue de fait par suite de son annulation par le juge (Combinaison des articles 201 et 253 de l'Audsc et Gie).
10. Voir Guité DIOP, « Le commerçant de fait », mémoire de maîtrise, Dakar, Université Cheikh Anta Diop, 2007.
11. Il ressort de la lecture combinée des articles 34 et 36 de l'Acte uniforme de l'OHADA, relatif au droit commercial général (Audcg, tel que révisé le 15 décembre 2010), que le registre du commerce et du crédit mobilier (RCCM) est un système, composé des fichiers nationaux et d'un fichier régional, destiné à permettre l'immatriculation des professionnels et l'information des tiers. Yvette-Rachel KALIEU ELONGO, « Le rôle du registre du commerce et du crédit mobilier OHADA dans l'amélioration de l'accès au crédit », dans A. AKAM AKAM (dir), *Les mutations juridiques dans le système OHADA*, Paris, l'Harmattan, 2009, p. 133.
12. L'immatriculation au RCCM est une obligation professionnelle pour tout commerçant, ainsi que pour l'entrepreneur nouvel exploitant de l'activité commerciale introduit par la révision du 15 décembre 2010. Cette obligation est exprimée aux articles 44 et 46 de l'Audcg.
13. Art. 61 Audcg.
14. Pascal NGUIHE KANTE, « Le caractère d'ordre public du droit uniforme des sociétés commerciales en Afrique », dans A. AKAM AKAM (dir), *Les mutations juridiques dans le système OHADA*, Paris, l'Harmattan, 2009, p. 181.

créée de fait, le groupe de sociétés¹⁵, etc. Ces institutions sont même légalement aménagées avec parfois un régime bien construit. Il est, par exemple, prévu pour la société de fait, qu'elle soit soumise au régime de la société en nom collectif¹⁶, comme la société en participation. Pourtant, les deux entités constituent des sociétés sans personnalité morale. L'on s'attendrait normalement, dans le cas par exemple de la société créée de fait, que les acteurs en soient privés du bénéfice des effets de la constitution d'une société. Or, l'article 866 de l'Acte uniforme de l'OHADA, relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique, donne la possibilité à quiconque y ayant intérêt de faire la preuve de l'existence d'une société de fait entre elle et d'autres, afin de pouvoir en obtenir la liquidation¹⁷. Le régime de la société en nom collectif qui est ici appliqué est reconnu pour être des plus sévères. On pourrait donc légitimement créditer le législateur d'un souci de protection des parties faibles. Il ne serait pas *a contrario* exagéré de lui objecter une certaine complaisance à l'égard des parties devant leur refus d'accomplir les formalités exigées afin de se mettre sous la protection de la loi. En tout état de cause, la démarche décrite ci-dessus est particulière au droit des sociétés.

À l'observation donc, la position de cette législation se situe au carrefour de deux approches alternatives qui caractérisent souvent les pouvoirs publics dans le traitement des situations de fait : soit la loi ou le juge évince la situation de fait pour protéger la situation juridique correspondante, tel est le cas du regard

15. Le groupe de sociétés, par exemple, a toujours été considéré comme une situation de fait à cause de son défaut de personnalité morale. Voir Jean GATSI, « Filiale, succursale, groupe de sociétés », dans P.-G. POUGOUE (Dir.), *Encyclopédie du droit OHADA*, Lamy, 2011, p. 793; Mayatta Ndiaye MBAYE, « Les groupes de sociétés dans l'OHADA », (2004) 848 *Penant*, 265; Mamadou KONE, « La notion de groupe de sociétés en droit OHADA », (2006) *Penant* 285; Yves GUYON, *Droit commercial et des sociétés*, 9^e éd., Paris, Economica, 1996, n° 613, p. 639 et suiv; Bruno OPPETIT et Alain SAYAG, « Méthodologie d'un droit des groupes de société », (1973) *Revue des sociétés* 577.

16. Art. 868 Audsc et Gie.

17. *Infra*, p. 18.

porté dans notre pays, au concubinage, à l'enfance naturelle¹⁸, etc.; soit ils admettent la situation de fait en marge de la situation de droit tout en pondérant les effets de la première. C'est donc cette dernière approche qui semble avoir prévalu en droit des sociétés.

La présente étude vise à comprendre cette position du droit par rapport aux situations de fait sur le point de savoir si la réceptivité du droit des sociétés à l'égard des situations de fait, notamment la prolifération de ces entités au sein de son champ d'application, affecte-t-elle son efficacité ou alors en est-elle un élément de renforcement? Quelle est la place des situations de fait dans le droit des sociétés? En d'autres termes, quel est le sort qui leur est réservé par le droit des sociétés? La problématique ainsi posée a un intérêt certain dans la mesure où elle vise à justifier le choix du législateur des sociétés et du juge quant au traitement réservé aux situations de fait.

À tout prendre, la position du droit des sociétés paraît logique. Elle participe vraisemblablement d'une certaine souplesse indispensable dans le domaine des affaires. En effet, une indifférence à l'égard des situations de fait conduirait probablement à l'exacerbation des difficultés d'une entreprise si, par exemple, le dirigeant de fait qui a posé des actes ruineux ne peut pas être condamné au même titre qu'un dirigeant de droit. L'insécurité caractériserait la situation des tiers s'ils ne pouvaient obtenir la condamnation, à leur profit, des personnes qu'ils ont cru constituer une société et avec lesquelles ils ont été en relations d'affaires; ou si la nullité d'une société avec laquelle ils ont contracté devait produire des effets rétroactifs du régime classique des nullités.

18. Sous le droit camerounais, par exemple, la concubine délaissée n'a aucun recours contre son amant, sa situation étant non reconnue par le droit de la famille.

Le droit sait en effet corriger sa rigueur pour s'adapter progressivement aux faits¹⁹. Comme le soulignait un auteur, il est fort « salutaire que le droit ne soit pas cette massue, ce sceptre qu'on voudrait qu'il fût »²⁰. C'est certainement cette logique qui sous-tend le législateur des sociétés dans l'accueil qu'il réserve aux situations de fait (§I), contrairement aux autres disciplines du droit. Il faut dire que cette démarche n'est pas complaisante à l'égard des situations de fait, elle vise l'efficacité du système, la prise en compte des situations de fait contribuant à l'essor du droit des sociétés (§II).

§ I- L'accueil des situations de fait par le droit des sociétés

Le postulat que le droit des sociétés accueille les situations de fait doit être compris dans le sens de l'aménagement qu'il leur apporte en termes de régime juridique. Il ne s'agit pas d'un jugement de valeur contre les autres législations, les situations de fait demeurant des cas de méconnaissance du formalisme de certaines institutions juridiques. La démarche du droit des sociétés en recourant à cette technique est, d'une part, d'encadrer un maximum de situations dans le circuit de l'économie afin de réduire l'informel et, d'autre part, de traquer les auteurs de la violation des normes afin de protéger efficacement les parties faibles. Pour cela, il faut reconnaître que les situations de fait constituent en droit des sociétés de véritables catégories, peut-être à part, que l'on peut étudier sous deux grands ensembles à savoir, d'une part, les groupements d'affaires sans personnalité morale (A) et, d'autre part, l'administration des sociétés sans mandat (B).

A- Les groupements d'affaires sans personnalité morale

Les groupements d'affaires sans personnalité morale sont une réalité en droit des sociétés²¹ alors que cet attribut est, en

19. *Contra*, Christian ATIAS, « Le mythe de l'adaptation du droit au fait », (1977) *Revue Dalloz*, 251.

20. Jean CARBONNIER, préc., note 7, p. 379.

21. Béranger Yves MEUKE, « La société non personnalisée dans l'OHADA. Étude de l'impact de l'absence de personnalité morale dans la société en

droit OHADA, le stade de complétude de la fiction juridique qui caractérise les sociétés²². Leur existence constitue une entorse à la théorie actuelle de la personnalité morale²³ et en fait des situations de fait à côté des catégories normales dotées de la personnalité morale. Cette réalité se vérifie à propos de la société de fait (1) et d'autres groupements sans personnalité morale (2).

1- La société de fait

La société de fait est l'une des situations à propos desquelles le législateur des sociétés commerciales s'est toujours expressément illustré. Le droit OHADA, en particulier²⁴, permet de l'entendre comme celle qui existe en marge des formalités légales prescrites à cet effet. Évidemment, ce postulat contraste d'apparence avec les définitions telles que proposées par le législateur. Un auteur y voit même avec insistance une confusion des deux notions classiques de société de fait et société créée de fait²⁵. Mais cet état de choses est sans influence sur la

-
- participation », (2006) 12 *Revue juridique tchadienne* 6; Claude BOUTRY, « L'absence de personnalité morale dans les sociétés », (2000) 51/52 *Semaine Juridique* 1855; éd. E, 2001, n° 7/8, p. 310.
22. Cette conception de la société n'est certainement pas universelle. Au Québec par exemple, le Code civil semble dénier la personnalité juridique à plusieurs types de sociétés à l'instar de la société en nom collectif, en commandite ou en participation. Seule bénéficie de la personnalité morale la société par actions encore appelée compagnie (art.2188 C.c.Q). Voir, Donald A. RIENDEAU, « La "société" en droit québécois », (2003) 63 *Revue du Barreau* 127.
23. Sous la législation des sociétés de l'OHADA, la personnalité morale constitue une disposition légale. Elle ne tombe plus de tout sens comme la jurisprudence l'a voulu en son temps. L'article 98 de l'Audsc et Gie dispose d'ailleurs que « [t]oute société jouit de la personnalité juridique à compter de son immatriculation au RCCM, à moins que (l'Acte uniforme) n'en dispose autrement ». Voir, Denis POHE TOPKA, « Personnalité morale des sociétés », dans P.-G. POUGOUE (dir.), *Encyclopédie du droit OHADA*, Lamy, 2011, p. 1344; voir également Jean PAILLUSSEAU, « Le droit moderne de la personnalité morale », (1993) *RTD. civ.* 705;
24. Les articles 864 et suivants de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique.
25. Voir, Charles MBA-OWONO, « Société de fait et société créée de fait : une distinction empreinte de confusion en droit uniforme OHADA », dans X.

catégorisation de la société de fait en situation de fait d'autant plus que le législateur semble simplement entériner la volonté des parties qui se mettent en marge des règles impératives (a), même si c'est au juge qu'il reviendra en définitive de déterminer s'il y a ou non société de fait (b).

a- La prise en compte de la volonté des associés de fait

La lecture des dispositions de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés révèle justement que le législateur prend en compte la volonté des associés de fait de créer une société de fait. Cela résulte très facilement, dans deux séries de dispositions, de la nomination de cette situation à laquelle un régime est construit.

Ainsi, selon l'article 864 : « Il y a société de fait lorsque deux ou plusieurs personnes physiques ou morales se comportent comme des associés sans avoir constitué entre elles l'une des sociétés reconnues par (l'Acte uniforme) »²⁶. Il y a également société de fait aux termes de l'article 865 « [l]orsque deux ou plusieurs personnes physiques ou morales ont constitué entre elles une société reconnue par (l'Acte uniforme), mais n'ont pas accompli les formalités légales constitutives ou ont constitué entre elles une société non reconnue par (l'Acte uniforme) ». Ces hypothèses laissent assurément entrevoir la société créée de fait qui existe « [s]i contrairement aux dispositions (de l'Acte uniforme), le contrat de société ou, le cas échéant, l'Acte unilatéral de volonté n'est pas établi par écrit et que, de ce fait, la société ne peut être immatriculée »²⁷. En effet, le dénominateur commun entre les deux catégories de sociétés, telles que prévues à l'Acte uniforme,

HENRY (dir), *Des contrats civils et commerciaux aux contrats de consommation*, Mélanges en l'honneur du Doyen Bernard Gross, Presses Universitaires de Nancy, 2009, p. 467 et suiv.; *Ohadata D-10-19*; « Sociétés de fait », dans P. G. POUGOUE (dir) *Encyclopédie du droit OHADA*, éd. Lamy, 2011, p. 1958-1967.

26. TGI Ouagadougou (Burina Faso), Jugement commercial n° 215 du 21 février 2001 : STTP Sarl c/ Société africaine de services SA et SOFITEX, dans Jean GATSI, *OHADA, Code des sociétés commenté et annoté*, Douala, PUL, 2011, note sous art. 864 de l'Audsc et Gie, p. 186.

27. Art. 115 de l'Audsc et Gie.

est l'existence de la société en marge des formalités légales édictées pour la constitution des sociétés commerciales de l'OHADA. C'est ce qui entraîne d'ailleurs leur absence de personnalité morale. Il est difficilement pensable que l'absence de contrat de société écrit ne laisse pas déduire l'existence de la société du comportement des associés ou que le défaut d'accomplissement des formalités légales même en présence d'une société reconnue par l'Acte uniforme ne s'assimile pas à la société créée de fait dès lors qu'elle n'aura pas la personnalité morale pour défaut d'immatriculation. Sur cette base, la distinction n'est pas très nette entre la société de fait proprement dite et la société dite créée de fait²⁸. D'autant plus que le législateur OHADA semble avoir adopté le modèle de société de fait, au moins au plan terminologique, tel qu'il existe en droit français. À propos de ce système juridique justement, il est reconnu que la distinction entre société de fait et société créée de fait est définitivement clarifiée.

La société de fait est communément reconnue comme une société de droit dégénérée, issue de l'annulation d'une société grevée d'une cause de nullité, mais bénéficiant du privilège de non-rétroactivité du régime de nullité des sociétés²⁹. C'est certainement l'hypothèse prévue à l'article 253 de l'Acte uniforme qui dispose : « Lorsque la nullité de la société est prononcée, elle met fin, sans rétroactivité, à l'exécution du contrat. Il est procédé à sa dissolution et, pour ce qui concerne les sociétés pluripersonnelles, à leur liquidation ». En règle générale, la personnalité de la société subsiste lors de la dissolution, pour les besoins de la liquidation³⁰.

28. François-Xavier LUCAS, « La société dite "créée de fait" », dans *Mélanges offerts à Guyon*, Dalloz, 2003, p. 738.

29. Art. 253 de l'Audsc et Gie sur la nullité des sociétés. Voir, Kassia BI OULA, « Le recul de la nullité dans l'Acte uniforme sur les sociétés commerciales et le GIE », (2004) 848 *Penant* 252; R. GUILLIEN et J. VINCENT, préc., note 3, p. 611; Rep. Soc. Dalloz, 1971, V° *Société de fait*, n° 1; Joseph HEMART, *Traité des nullités de sociétés et des sociétés de fait*, Paris, Sirey, 1926.

30. Art. 201 al. 3 de l'Audsc et Gie.

La distinction entre société de fait et société créée de fait ne résiderait qu'à l'égard de leurs processus de création respectifs. À ce titre, la société créée de fait peut être considérée comme un avorton du droit des sociétés. Elle n'a donc jamais pu atteindre le stade normal de l'espèce à laquelle elle appartient³¹; alors que la société de fait a atteint ce stade, a même fonctionné avant d'en avoir été déchue par l'annulation. C'est ce qui fait qu'elle existe dans les faits pour éviter l'effet de la rétroactivité et permettre la liquidation des opérations restant en cours. Tout au plus pourrait-on admettre que le législateur OHADA traite de la société créée de fait comme d'un cas de société de fait, ce qui est fondé en théorie du droit.

Dans le sens de cette théorie générale du droit, la société de fait appartient bien à la catégorie des situations de fait, et la distinction sus-évoquée n'y change rien. Il s'agit bien d'une société sans personnalité morale³² qui ne peut donc être qualifiée de société de droit. C'est cette caractéristique des sociétés de fait et société créée de fait qui nous intéresse ici au regard du sort que leur réserve finalement le droit des sociétés. En complément de la construction légale ci-dessus, c'est au juge de déterminer s'il y a ou non société de fait.

b- L'office décisif du juge dans la caractérisation de la société de fait

Quelle que soit la place faite à la volonté des parties dans la création d'une société de fait, c'est au juge qu'il appartient de dire s'il y a ou non société de fait. En prévoyant qu'il puisse être reconnu l'existence d'une société entre des personnes physiques ou morales qui se comportent comme des associés sans avoir constitué entre elles l'une des sociétés reconnues par l'Acte

31. Il s'agit de l'espèce des sociétés en général.

32. L'article 115 de l'Audsc et Gie dispose pour la société créée de fait qu'elle n'a pas la personnalité juridique. Même la société devenue de fait par application de l'article 253 de l'Audsc et Gie ne dispose de la personnalité morale que pour les besoins de sa liquidation (201, al. 3).

uniforme relatif au droit des sociétés³³, le législateur s'adresse assurément au juge. Il en va de même lorsque deux ou plusieurs personnes physiques ou morales auront constitué entre elles une société reconnue par l'Acte uniforme, mais n'ont pas accompli les formalités légales constitutives ou ont constitué entre elles une société non reconnue par l'Acte uniforme³⁴.

L'article 868 de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique est d'ailleurs fort éloquent à ce propos lorsqu'il précise que « [l]orsque l'existence d'une société de fait est reconnue par le juge, les règles de la société en nom collectif sont applicables aux associés ».

La reconnaissance de la société de fait intervient à titre de sanction, notamment pour les besoins de la liquidation entre associés ou pour le désintéressement des créanciers. En réalité, les associés ont cru créer entre eux une société de droit en ignorant le vice qui entache leur structure. L'annulation pour ce vice doit laisser subsister la société à laquelle seront appliquées les règles dévolues aux sociétés de droit. Le droit des sociétés impose donc aux associés l'existence de leur société dans les faits. De l'autre côté, les associés ignorent leur appartenance à une société, mais les actes qu'ils posent en tout cas, à l'égard des tiers, les y maintiennent. Lorsque le juge est saisi d'une demande de reconnaissance de l'existence d'une société de fait, il pourvoit ainsi que l'y habilite la loi.

Cependant, les définitions, telles que suggérées par le législateur, ne rendent pas totalement compte du contenu de la notion de société de fait. En effet, un certain nombre de conditions sont nécessaires pour cette reconnaissance. Il s'agit des conditions de validité d'une société à savoir les apports, la volonté commune d'exploitation et la volonté de partager les bénéfices ainsi que de

33. Art. 864 de l'Audsc et Gie. Même la société devenue de fait par application de l'article 201, al. 3 de l'Audsc et Gie.

34. Art. 865 de l'Audsc et Gie.

contribuer aux pertes³⁵, qu'il appartient au juge de vérifier afin de juger s'il y a ou non société de fait. En dehors des cas évoqués ci-dessus, certains autres groupements constituent des situations de fait.

2- Les autres groupements d'affaires sans personnalité morale

Il n'y a pas que la société de fait qui puisse être étudiée dans la catégorie de groupement d'affaires sans personnalité morale et donc des situations de fait. La législation des sociétés vise également la société en participation (a) au chapitre consacré à la société non immatriculée. Ce dernier concept nous permet d'étudier la société avant son immatriculation comme une situation de fait (b).

a- La société en participation

La société en participation est celle dans laquelle les associés conviennent qu'elle ne sera pas immatriculée au registre du commerce et du crédit mobilier et qu'elle n'aura pas la personnalité morale³⁶. Cette définition est celle fournie par l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique. De manière expresse donc, la société en participation est dispensée de la formalité de l'immatriculation. Quand on sait l'effet que produit cette formalité

35. Art. 4 de l'Audsc et Gie : CA Ouagadougou, Arrêt n° 86 du 21/04/2006, Affaire : ADOKO Sessinou Bernard c/ NACOUUMA Désiré, YANOGO B. Michael, SONGNABA / COMPAORE Claudine, *www.ohada.com*; CA Daloa, 1^{ère} Civ & Com., n° 195/2000 du 24 Mai 2000 : WAN KIL LEE c/ JEON KUK HYUN, dans J. GATSI, *OHADA, Code des sociétés commerciales et du GIE commenté et annoté*, préc., note 15, p. 187; Bakary DIALLO, « La société créée de fait dans l'OHADA », note sous CCJA n° 31, 04 novembre 2004 : Ayant droit de B. c/ Madame A, art. précité, p. 18; À titre de droit comparé Marie-Hélène MALEVILLE, « Sociétés et groupement particuliers - Société créée de fait », note sous Cass. com., 5 avril 2005, en ligne : <www.institut-idef.org>.

36. Art. 854 Audsc et Gie. Voir Antoine DELABRIERE, « La société en participation dans l'OHADA », (2004) 848 *Penant* 396; B.-Y. MEUKE, préc., note 21, p. 6.

sur l'existence de la société, il est aisé de conclure que la société en participation est une situation de fait. La raison d'un tel postulat découle d'une comparaison avec les sociétés de droit et la société de fait évoquée plus haut.

Comparée à la société de fait qui correspond à la catégorie de situation de fait, la société en participation contient tous les éléments d'assimilation à cette dernière³⁷. Elle est une société voulue selon l'une des formes de sociétés prévues à l'Acte uniforme³⁸. Il est permis de penser ainsi du moment qu'elle est régie dans le même corps de règles qui organisent les sociétés en nom collectif, à responsabilité limitée, en commandite simple et anonyme. Sauf à présumer les futurs associés en participation titulaires de l'érudition nécessaire pour imaginer une forme particulière d'organisation qu'ils soumettront au régime de la société en participation, ceux-ci auront simplement à l'esprit les modèles de sociétés que leur fournit la législation en vigueur. Or, ces sociétés ont été bien aménagées en termes de conditions de forme et de fond. Seulement, la société en participation doit évoluer en marge de ces conditions. Elle n'a donc pas la personnalité morale; elle n'est pas davantage soumise à publicité. Par voie de conséquence, elle n'a pas d'existence ostensible, seules les parties en ont connaissance. De plus, à l'égard des tiers, chaque associé contracte en son nom personnel et est seul responsable, mais comme dans la société de fait, par application de la théorie de l'apparence³⁹, les tiers peuvent engager la responsabilité indéfinie et solidaire des associés qui ont agi ès qualités.

37. Par exemple, Jocelyne VALLANSAN et Éric DESMORIEUX, *Société en participation et société créée de fait : aspects juridiques et fiscaux*, Coll. « Pratique des affaires », Paris, GLN-Joly, 1996.

38. Art. 6, al. 2 : La société en nom collectif (SNC), la société à responsabilité limitée SARL, la société en commandite simple (SCS) et la société anonyme (SA).

39. Selon l'alinéa 2 de l'article 854, l'existence de la société en participation est prouvée par tout moyen.

Comparée aux sociétés de droit, la société en participation ne peut pas être assimilée à ces dernières dès le moment qu'elle est introduite par le législateur comme une société constituant une exception par rapport à la forme rigoureuse des quatre sociétés prévues dans l'Acte uniforme sur les sociétés et le groupement d'intérêt économique. Le législateur indique bien pour l'instituer que « [p]ar exception aux dispositions qui précèdent, les associés peuvent convenir que la société ne sera pas immatriculée »⁴⁰. Les dispositions visées ici, faut-il le rappeler, imposent à toute société de droit qu'elle soit immatriculée au registre du commerce et du crédit mobilier et font de cette formalité la condition d'acquisition de la personnalité morale⁴¹. Plus encore, elles sont d'ordre public ainsi que le prévoit l'article 2 de l'Acte uniforme⁴².

La formulation des articles 114 et 854 de l'Acte uniforme sur les sociétés induit que les associés peuvent déroger par leurs conventions particulières aux dispositions d'ordre public du droit des sociétés. Cela ne pose pas de problème de cohérence du système, car la loi qui l'interdit peut encore l'autoriser. Mais la qualification, la catégorisation de ce type de société n'ont pas été réglées. La position qui paraît donc évidente, au vu des développements qui précèdent, est celle selon laquelle la société en participation est une situation de fait. Ce d'autant plus que, même résultant d'une habilitation à méconnaître le formalisme des sociétés, elle ne constitue pas une organisation rigoureusement particulière. Il s'agit d'une société voulue selon l'un des modèles prévus par l'Acte uniforme⁴³, mais qui ne jouira pas de la personnalité morale du fait du défaut d'immatriculation. Cette conséquence la déchoit de la catégorie des sociétés de droit, quelle que soit l'alchimie concevable, pour la maintenir dans celle des situations de fait. C'est la même déduction qui est faite à propos de la société avant son immatriculation.

40. Art. 114 Audsc et Gie.

41. Art. 97 et 98 Audsc et Gie. Voir, D. POHE TOPKA , préc., note 23, p. 1344.

42. Voir, P. NGUIHE KANTE, préc., note 14, p. 181.

43. Rappelons que selon l'article 856 de l'Acte uniforme son régime, par défaut, est celui de la société en nom collectif.

b- La société avant son immatriculation

Comme nous l'avons rappelé en amont, la société acquiert le statut de situation de droit dès lors qu'elle est immatriculée au registre du commerce et du crédit mobilier⁴⁴. Cela a pour conséquence qu'elle acquiert la personnalité morale. Or la vie de la société ne commence pas que dès l'acquisition de la personnalité morale, cette dernière formalité ne devant être regardée que comme le critère de sa complétude⁴⁵. Deux stades de la société et non des moindres lui permettent de poser les jalons de son existence et qui constituent de véritables situations de fait. Il s'agit de la société en formation et de la société constituée, mais non encore immatriculée.

La société en formation est définie par le Nouveau Dictionnaire Juridique comme étant la société non encore constituée⁴⁶. Cette définition, conforme à l'article 100 de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique, cache mal toute la dynamique qui caractérise la société en formation. Ne l'entrevoir que sous l'angle de sa différence d'avec la société constituée, c'est vouloir lui nier toute existence. Or la société en formation existe, vit et prend des engagements, au moins par l'intermédiaire des fondateurs, qui sont susceptibles d'engager la future société devenue situation de droit à la suite de l'immatriculation.

Du fait donc que les actes pris lors de la société en formation soient susceptibles d'être repris avec effet rétroactif au jour de la société en formation, ne peut que conforter la thèse de l'existence (latente si l'on veut) de la société. En tout état de cause, le droit des sociétés n'est pas indifférent à la réalité que constitue la société en formation, comme semble l'être le droit civil à l'égard des fiançailles qui précèdent le mariage civil.

44. Art. 98 et 29 de l'Ausdc et Gie; D. POHE TOPKA, préc., note 23, p. 1344.

45. Ce point de vue doit même être tempéré dès le moment que le législateur a habilité la société en participation à fonctionner sans personnalité morale

46. J. GATSI, *Nouveau Dictionnaire Juridique*, préc., note 2, p. 295.

L'on doit seulement s'intéresser à sa catégorisation entre situation de fait et de droit. Il est alors évident que la société en formation est une situation de fait, même s'il faut lui reconnaître une existence sur le plan économique au moins.

S'agissant de la société constituée, il est vrai qu'elle est le stade où la société est véritablement mise sur pied, à travers la signature des statuts, la nomination des organes dirigeants, leur prise de fonction, mais cela ne change pas grand-chose à sa nature juridique. En effet, justement, la société constituée, mais non encore immatriculée ne devient une situation véritable de droit qu'à partir de son immatriculation⁴⁷. C'est à partir de cet instant qu'elle peut jouer son rôle public, qu'elle peut agir envers les tiers. S'agissant de son existence juridique, c'est avec l'immatriculation que la société est véritablement consolidée. La société est soumise à une sorte de condition résolutoire de l'immatriculation dans un délai de six mois à compter du premier dépôt des fonds chez un notaire ou dans un compte à cet effet. Il s'en suit que si la société n'a été immatriculée chaque souscripteur peut se faire autoriser, par la juridiction compétente, à retirer ses fonds. Sachant que la société ne peut exister sans capital social et que l'immatriculation est elle-même conditionnée par l'existence d'un capital souscrit et libéré au moins pour fraction⁴⁸, elle existe depuis avant cette immatriculation, mais dans les faits. Il s'en suit donc que la société constituée, mais non encore immatriculée est une situation de fait.

B- L'administration des sociétés sans mandat

Le système d'administration des sociétés prévu dans l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés et du groupement d'intérêt

47. Michel GERMAIN, « Naissance et mort des sociétés commerciales », dans X. BLANC-JOUVAN (dir), *Aspects actuels du droit commercial français. Études dédiées à René Roblot*, Paris, LGDJ, 1984, p. 217.

48. La précision est donnée à ce sujet, pour la société anonyme, à l'article 388 de l'Acte uniforme : CA Abidjan, n° 1060 / 2000 du 1^{er} Décembre 2000, K. c/ Z et T, *Le Juris-Ohada*, n° 3/2003, Juillet-Septembre 2003, p. 43.

économique, à l'instar de la grande majorité des législations sur les sociétés, est fondé sur le mandat du dirigeant social. Celui-ci ne pose des actes que pourvu qu'il ait reçu pouvoir soit des associés en situation normale, soit du juge en situation de crise. En dehors de ces deux cas, toute immixtion dans la gestion d'une société est interdite. Mais il arrive qu'en violation de cet interdit, une personne, associée ou non, participe de manière significative à la gestion de la société. Le droit des sociétés a qualifié cette situation de direction de fait qui est caractérisée aussi bien au regard de la personne du dirigeant de fait (1) que de ses actes (2).

1- Les critères de la direction de fait tenant à la personne

Le dirigeant de fait est toute personne qui, sans avoir reçu un mandat social ou, alors que le mandat qui lui a été donné était nul ou n'était plus valable, s'est immiscé dans la gestion d'une société⁴⁹. De la définition, l'on déduit que le dirigeant de fait peut être soit un ancien dirigeant dont le mandat n'est plus valable, soit une personne n'étant aucunement pressentie à la direction d'une société, mais qui pose des actes de gestion. Son existence est le signe véritable d'une méconnaissance des règles d'ordre public concernant le système d'administration des sociétés.

Le cas de l'ancien dirigeant de droit qui devient de fait peut être compréhensible du moment qu'ayant été aux affaires, il garde quelques liens avec la société. Il peut lui être plus facile d'influer sur la direction de la société, soit de façon directe, soit de façon indirecte. Dans la plupart des cas d'ailleurs, le dirigeant de droit peut être un associé⁵⁰. Il demeure donc dans la société même

49. Jean-Louis RIVES-LANGE, « La notion de dirigeant de fait (au sens de l'art. 99 de la loi du 13 juill. 1967 sur le règlement judiciaire et la liquidation des biens) », (1975) 5 *Revue Dalloz* 41; Jean-Marie MACQUERON, « La notion de dirigeant de fait : étude de la jurisprudence française de ses origines à 1981 », thèse de doctorat Rouen, Université de Rouen, 1982; Daniel TRICOT, « Les critères de la gestion de fait », (1996) *Droit et patrimoine* 24; Serge BRAUDO, *Dictionnaire de droit privé*, en ligne : <www.dictionnaire-juridique.com> (consulté le 30 décembre 2011).

50. Art. 276 (SNC), 298 (SCS) et 323 (SARL). Cette faculté n'est pas exclue pour les sociétés anonymes.

ayant perdu son mandat. Malgré tout, rien ne justifie sa gestion de fait, pas plus n'y a droit la personne qui n'a jamais été pressentie à la fonction d'administrateur. Le cas de cette dernière personne désigne la situation soit d'un tiers à la société, soit même d'un associé, qui sans avoir de rapports avec l'administration de la société, s'immisce dans la gestion. Le phénomène de l'administration des sociétés sans mandat constitue donc une réalité en droit des sociétés.

Curieusement, il n'en existe pas de grande évocation dans l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique. Tout au plus pourrait-on le déduire des dispositions de l'article 300 (à propos de la société en commandite simple) de l'Acte uniforme qui étendent la responsabilité d'un dirigeant à un associé commanditaire qui aurait posé un acte de gestion⁵¹. Évidemment, cette extension ne suffit pas pour rendre compte de la notion de dirigeant de fait. Il faut se tourner vers l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif⁵² et surtout de la jurisprudence pour comprendre la notion de dirigeant de fait existant en droit des sociétés.

À l'origine, c'est justement à la jurisprudence que l'on doit d'avoir systématisé la notion de dirigeant de fait⁵³. Il faut alors s'y référer pour en avoir une vue complète que possible.

Ainsi, lorsque des actionnaires réussissent à mettre le conseil d'administration dans une telle situation de dépendance que ses décisions s'avèrent soumises aux résultats de leurs recherches et leurs avis, l'on doit retenir la qualité de dirigeant fait contre eux. De même, une personne morale tierce à la société peut avoir la qualité de dirigeant de fait, pour avoir en fait et par l'intermédiaire

51. André AKAM AKAM, « La responsabilité civile des dirigeants sociaux en droit Ohada », (2007) 21 (2) *Revue internationales de droit économique* 234.

52. Ce corps de règles sera examiné dans la deuxième partie de ce travail.

53. Voir, Jean GATSI, « La jurisprudence, source du droit OHADA », (2012) 64 (2) *Revue internationale de droit comparé* 477; www.juriscope.org, 2012.

d'un administrateur dépourvu de toute autonomie à son égard, réalisé en toute indépendance, des actes positifs de gestion. Tel est le cas d'une société holding à l'égard de laquelle la qualité de dirigeant de fait des filiales de la société mère, avait été reconnue, après qu'est été mise en évidence l'absence totale d'autonomie de ces filiales à l'égard du holding »⁵⁴.

2- Les critères de la direction de fait tenant aux actes

Pour qu'une personne soit qualifiée de dirigeant de fait, il faut qu'elle ait accompli des actes positifs de gestion. Par acte positif de gestion, il faut entendre un acte soit de gestion courante, soit d'administration, soit conservatoire ou de disposition. L'acte doit donc être accompli en situation d'immixtion, c'est-à-dire à la place ou aux côtés des personnes normalement autorisées à l'accomplir. En effet, pour une raison ou une autre, une personne n'en ayant pas qualité peut participer à la prise des décisions. C'est généralement dans le but de faire passer ses intérêts. Tel un banquier qui impose à son client l'orientation de l'activité en raison de la relation de crédit dont l'autre est dépendant⁵⁵.

L'acte doit être accompli de manière continue telle que la personne soit réputée avoir exercé le contrôle effectif et constant de la marche de la société. Le propre de la direction de fait, c'est justement la prise de contrôle informelle de la marche de l'entreprise. Cette prise de contrôle se fait soit de manière directe, par prise de décision ou participation à des décisions, soit de manière indirecte par l'exercice d'une pression sur les décideurs. C'est le cas souvent d'un associé majoritaire ou du banquier dispensateur de crédit. Il est vrai que les juges se montrent particulièrement prudents quant à la qualification d'une banque, de dirigeant de fait. Ils recherchent l'étroitesse des relations caractérisée, par exemple, par l'existence d'un pacte d'actionnaires

54. Pour l'ensemble de ces questions, lire J. GATSI, préc., note 53.

55. Monique Aimé MOUTHIEU, *L'intérêt social en droit des sociétés*, Paris, l'Harmattan, 2009, p. 141; Anne Laure CAPOEN, « La responsabilité du banquier à l'égard des entreprises en difficultés », thèse de doctorat Toulouse, Université de Toulouse, 2008, p. 299 et suiv.

entre une société et la banque, ayant une participation financière dans la première, au terme duquel cette dernière aurait le droit de nommer au moins un administrateur dans la société. Par un tel pacte, une banque a pu nommer deux de ses cadres dans l'entreprise, c'est tout naturel lors du traitement des difficultés de l'entreprise, elle fut déclarée dirigeante de fait, en raison justement du lien de subordination entre elle et les administrateurs désignés et la faute de gestion qu'ils ont commise⁵⁶.

Dans la pratique, le dirigeant de fait pose les actes suivants : la passation des commandes, la conclusion des emprunts, l'intervention dans la conclusion de contrats, l'organisation de la situation financière de l'entreprise et la négociation avec ses différents partenaires financiers, la tenue de la comptabilité avec détention d'une procuration sur les comptes bancaires de l'entreprise, la fixation des salaires, des primes et promotions, la décision de l'opportunité des investissements et des prises de participations, etc.

Tous ces actes présentent justement des caractéristiques de continuité pour emporter la qualification contre son auteur de dirigeant de fait. En effet, un acte isolé n'ôtant pas aux organes normaux de gestion leurs pouvoirs ne saurait être déterminant pour la qualification de dirigeant de fait⁵⁷. L'intérêt pour la jurisprudence de se déterminer ainsi est de savoir quelle est la personne susceptible d'engager sa responsabilité pour d'éventuelles fautes de gestion, d'autant plus qu'il n'existe pas de solidarité entre le dirigeant de droit et celui de fait dans la mise en œuvre de cette responsabilité⁵⁸.

56. Pour l'ensemble de ces questions, lire : A. L. CAPOEN, préc., note 55, p. 304 et suiv.

57. Pour toutes ces considérations, lire : Beauclair NJOYA KAMGA, « Dirigeants sociaux », dans P.-G. POUGOUE (dir.), *Encyclopédie du droit OHADA*, Lamy, 2011, p. 648 et suiv.

58. Jean-Pierre LEGROS, « Redressement ou liquidation du dirigeant », (2009) 81 (4) *Revue Droit des sociétés* 38.

Même si l'on pourrait penser que le dirigeant de fait puisse intervenir pour poser des actes pouvant contribuer à la bonne marche de la société, il demeure, à tout prendre, une situation à haut risque⁵⁹. Cela vaut pour la société qui ne peut valablement préjuger de la bonne foi d'un acteur de fait, de sorte que l'encourager peut conduire à la ruine de l'entreprise, dès lors qu'il ne sent pas statutairement obligé à une gestion saine; cela vaut également pour le dirigeant étant ou devenu de fait au regard des sanctions qui le guettent. C'est précisément le sens de cette institution du dirigeant de fait qui permet à la société de rattraper les erreurs commises par une personne sans mandat.

§ II- La contribution des situations de fait à l'efficacité du droit des sociétés

La réception des situations de fait en droit des sociétés ne s'est pas faite sans une finalité utilitaire. En retour justement, les situations de fait contribuent à l'essor du droit des sociétés⁶⁰. On peut dès l'abord entrevoir cet essor dans l'enrichissement quantitatif de la discipline avec ces entités d'un autre genre qui permettent au droit des sociétés d'encadrer les rapports économiques complexes même aménagés de manière malencontreuse par les parties. Mais ce volet contributif peut être marginalisé puisque nous convenons du caractère irrégulier des situations de fait par rapport aux situations juridiques qu'elles singent, encore qu'ici, le reproche pourrait être tempéré, certaines de ces situations bénéficiant d'une consécration législative avec un régime bien construit.

Mais l'essor du droit des sociétés doit davantage être pressenti dans l'efficacité atteinte par ce système qui protège,

59. Philippe BOUCHEZ EL GHOZI, « Les nouveaux risques des directeurs financiers », (2010) 726 *Revue Banque* 68; Aurélie VAUDRY, « Dirigeant de fait : une situation à haut risque », 2007, en ligne : <<http://www.netpme.fr/creation-entreprise/1023-dirigeant-fait-situation-haut-risque.html>>.

60. Voir par exemple, Jean-Marie DE BERMOND DE VAULX, « L'empire des faits et l'émergence de la notion de société », (1996) 22 *Revue Dalloz*, 18.

d'une part, la société et les parties (A) et, d'autre part, les tiers à la société (B).

A- L'efficacité atteinte par la protection de la société et des parties

Les situations de fait prévues par le droit des sociétés protègent la société et les parties. Il faut, pour s'en rendre compte, se placer sur le terrain de la société qui doit se prévaloir des actes passés lors de sa formation, des actes du dirigeant de fait ou des opérateurs qui recherchent des règles efficaces pour régir leur rapport élaboré sous forme sociétaire, de la concubine qui souhaite bénéficier de son apport dans l'union de fait. La société étant distincte de ses membres, il importe d'examiner séparément sa protection (1) et celles des parties à la société (2).

1- La protection de la société

La protection de la société par l'admission des situations de fait doit être envisagée aussi bien au plan existentiel (a) qu'au plan patrimonial (b).

a- La protection de la société dans sa réalité existentielle

Même régulièrement constituée, la société passe par une phase où elle peut être considérée comme situation de fait en tout cas, jusqu'à son immatriculation, condition de sa personnalité morale⁶¹. Cette phase comprend la société en formation et la société constituée, mais non encore immatriculée, puisqu'à ce stade la société n'est pas encore dotée de la personnalité morale, elle n'est donc pas encore une situation juridique régulière. Les articles 100 et suivants de l'Acte uniforme distinguent justement, à l'intérieur de la période précédant l'immatriculation, entre la société en formation et la société constituée, mais non encore immatriculée.

61. Art. 98 de l'Audsc et Gie.

L'intérêt de la distinction est de présenter d'une part, pour la société en formation, la situation où la personne morale en devenir n'existe qu'en projet, dans les idées des fondateurs, qui ne deviennent même pas systématiquement associés. D'autre part, s'agissant de la société constituée, mais non encore immatriculée, le stade où elle est déjà matérialisée par la position des actes constitutifs, notamment la souscription, l'évaluation et la réalisation des apports, la publication de la note d'information exigée des sociétés faisant un appel public à l'épargne⁶², la rédaction et la signature des statuts, etc.

Il demeure toutefois que les deux situations décrivent un état de fait dans lequel se trouve la société en ce moment, car elle n'a pas encore acquis la personnalité morale par l'immatriculation qui la transforme en une situation de droit.

Il se trouve fatalement que dans la chronologie des actes de création d'une société, l'immatriculation au RCCM intervient seulement lorsque tous les actes de constitution ont été accomplis. Elle peut même intervenir jusqu'à six mois après le dépôt des fonds dans un compte ouvert au nom de la société en formation ou chez un notaire⁶³. Il s'ensuit que la totalité des actes de constitution de la société est posée sous l'empire des faits⁶⁴, de sorte que l'immatriculation n'est qu'un acte déclaratif et non constitutif de l'existence de la société. Celle-ci remonte donc au jour des actes de constitution et même ceux de formation.

-
62. Art. 86 et suivants de l'Audsc et Gie. Sur cette note, instruction Générale n° 002/CMF/04 relative à la note d'information exigée des émetteurs faisant un appel public à l'épargne (en application de la loi 99/015 du 22 décembre 1999 portant création et organisation d'un marché financier au Cameroun. Voir Jean GATSI, « Le marché financier au Cameroun », (2001) 45 *Juridis périodique* 63); également, art. 825 du même Acte uniforme.
63. Art. 314, al. 3 pour la SARL, art. 393 pour la SA, mais 399 et suivants pour la SA constituée avec apport en nature ou autres avantages particuliers.
64. J.-M. DE BERMOND DE VAULX, préc., note 60, 18.

Le fait que le droit des sociétés ne combatte pas la situation de fait dans laquelle se trouve la société avant son immatriculation la conforte dans son existence. En réalité, pour que la société existe, il faut ce passage obligatoire par la situation de fait où tous les actes concourant à sa mise sur pied sont accomplis. S'il fallait ne pas tenir compte des actes posés à ce stade du fait que la société n'a pas encore acquis la personnalité juridique, l'existence de la société en serait compromise. Cette période revêt même une importance capitale pour les pouvoirs publics qui exercent un contrôle sur les actes pris au nom de la société en formation ou la société constituée, mais non encore immatriculée, afin que la personne morale puisse partir sur des bases réelles. En effet, des conditions minimales sont exigées pour que la société soit réputée continuer avec les actes accomplis pour elle sous l'empire des faits⁶⁵. Ces conditions ne ressortent pas clairement de la lecture de la loi, mais de l'office du juge. Il faut, pour que la société immatriculée reprenne les actes accomplis pour elle au jour de sa formation ou de sa constitution, que lesdits actes aient été nécessaires et utiles. Cela veut dire qu'ils aient été posés dans l'intérêt de la société et que cet intérêt puisse être justifié. Dans le cas contraire, si les fondateurs ont accompli des actes ruineux, et là, la société est en droit de les rejeter, ils engagent leur responsabilité solidaire et indéfinie pour les obligations qu'ils comportent⁶⁶. En revanche, lorsque la société a accepté reprendre un acte à son compte, même si celui-ci a dépassé les pouvoirs des mandataires commis à cet effet, ledit acte est réputé avoir été accompli de manière utile⁶⁷.

65. Voir Richard CRÔNE, « Conditions de reprises des engagements d'une personne ayant agi au nom de la société en formation », Note sous Cass. civ. 1^{re}, 26 avril 2000, I, n° 123, p. 82; *Rép. Defrénois*, 2001, n° 9, p. 569; Corinne BOISMAIN, « Reprise des engagements d'une SARL en formation : ratification par un mandat postérieur à l'acte », (2008) 43 *Semaine Juridique*, n° 2299, p. 29-32.

66. Art. 110 al. 2 de l'Audsc et Gie.

67. Marie-Laure COQUELET, « Validité et modalités de la reprise de l'enchère faite au nom d'une société en formation », (2009) 12 *Revue Droit des sociétés*, commentaire n° 217, p. 12-13, note sous Cass. civ., 2^e 10 septembre 2009.

Un tel contrôle exercé par les pouvoirs publics permet d'éviter que le patrimoine de la société nouveau-né ne soit pas anormalement grevé d'un passif, ce qui nuirait fatalement à son existence future.

b- La protection de la société dans sa réalité patrimoniale

En prenant en compte la réalité que constituent les situations de fait, le droit des sociétés met en place un système de protection du patrimoine de la société commerciale. Les développements précédents ont été consacrés à la période avant l'acquisition de la personnalité morale, et au cours de laquelle le capital social est constitué par les souscriptions de parts suivies de leur libération. Point n'est besoin d'y revenir ici. Seule nous intéressera, dans ce paragraphe, la protection du patrimoine courant un risque du fait d'une situation de fait. À ce titre, l'encadrement du dirigeant de fait fournit d'importants éléments d'analyse de la situation. En effet, les actes posés par un dirigeant de fait peuvent avoir deux effets, tous importants pour le droit des sociétés.

D'une part, les actes peuvent être ruineux, c'est-à-dire de nature à compromettre le patrimoine de la société. Il est évident que l'un des risques importants courus par la société commerciale est l'atteinte à son patrimoine par les personnes qui y exercent une fonction de direction du fait de leur position privilégiée. Le problème ne se pose pas s'agissant du dirigeant de droit; le droit des sociétés qui l'a suffisamment réglementé a justement prévu un régime pour sanctionner ses fautes de gestion⁶⁸. Dans cette optique, il faut voir comme une marque d'efficacité le fait d'étendre le régime de sanction du dirigeant de droit au dirigeant de fait qui est une situation de fait.

68. Le dirigeant de droit est, par exemple, aux termes de l'article 891 de l'Audsc et Gie, passible des poursuites pour abus des biens et du crédit de la société.

En effet, le système mis en place par le droit des sociétés permet, au regard de la théorie générale du droit, d'attribuer d'abord à cette personne qui s'est irrégulièrement immiscée dans la gestion de la société la qualification de dirigeant. Le dirigeant de fait est avant tout un dirigeant, cela permet donc de lui appliquer les règles prévues pour les fautes de gestion d'un dirigeant de droit⁶⁹.

C'est en prolongeant ce souci que le législateur OHADA des procédures collectives prévoit l'extension des procédures collectives au dirigeant même de fait⁷⁰. L'article 180 de l'Acte uniforme relatif aux procédures collectives d'apurement du passif énonce justement « [l]es dispositions du présent chapitre sont applicables, en cas de cessation des paiements d'une personne morale, aux dirigeants de personnes physiques ou morales, de droit ou de fait, apparents ou occultes, rémunérés ou non et aux personnes physiques représentants permanents des personnes morales dirigeantes ». Ce texte fait référence au chapitre VI du Titre II et porte des dispositions particulières aux dirigeants de personnes morales. Les dispositions dont il s'agit sont le comblement du passif et l'extension des procédures collectives. Cela veut dire que le dirigeant de fait peut être condamné au comblement du passif⁷¹, tout comme il peut lui être étendue la procédure collective ouverte contre la personne morale au sein de laquelle il a posé des actes positifs de gestion⁷². Le Titre III va plus loin pour prévoir le prononcé de la faillite personnelle du dirigeant de fait. Pour toutes ces hypothèses, il subit le même sort que le dirigeant de droit.

69. A. AKAM AKAM, préc., note 51, 214 et 234.

70. Art. 180 Aupc.

71. Art. 183 Aupc.

72. Art. 189 Aupc. Voir, Filiga Michel SAWADOGO, « Sanctions civiles et commerciales des procédures collectives d'apurement du passif », dans P.-G. POUGOUE, *Encyclopédie du droit OHADA*, Lamy, 2011, p. 1805.

C'est ainsi qu'il peut être condamné au comblement du passif de la société⁷³ dès que certaines conditions sont réunies, à savoir l'existence d'une faute de gestion, la preuve d'une insuffisance d'actif et un lien de causalité entre la faute et le préjudice de la société⁷⁴. Il n'y a pas de définition légale de la faute de gestion. Toutefois, on peut considérer que c'est une faute dans la gestion de la société se caractérisant, par exemple, par des initiatives irréfléchies, l'incurie ou la négligence dans les opérations, la poursuite abusive d'une exploitation déficitaire, le défaut de réaction alors qu'une alerte a été déclenchée, la non-teneur d'une comptabilité ou sa mauvaise tenue, toute chose résultant à un préjudice pour la société⁷⁵.

Dans la même perspective, il peut lui être étendue la procédure collective ouverte contre la personne morale. Cette sanction dépasse le cadre de l'obligation de combler le passif. En effet, pour cette dernière, le dirigeant peut n'être condamné qu'à supporter une partie du passif, en tout cas, la partie qui est imputable à sa faute de gestion. L'extension de la procédure collective se révèle être plus grave, car ici, l'obligation du dirigeant comprend, outre son propre passif, celui de la personne morale. Quatre conditions sont nécessaires pour cette sanction⁷⁶, dont les trois premières décrivent une confusion de son patrimoine par le dirigeant, avec celui de la société. Il s'agit, en premier lieu, de l'exercice d'une activité commerciale personnelle, soit par personne interposée, soit sous le couvert d'une personne morale masquant ses agissements; en second lieu, du fait de disposer du

73. Art. 180 et 183 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif. Voir, A. AKAM AKAM, préc., note 51, 234; En droit comparé : Cass. com. 9 novembre 1993, *Dalloz* 1995, sommaires commentés, p. 79; voir B. FEUGERE, « Le dirigeant d'une personne morale cité devant le tribunal de commerce pour comblement du passif (Article 180 de la loi du 25 janvier 1985) », (1999) *RJ com.* 333.

74. A. AKAM AKAM, préc., note 51, 235 et suiv.

75. Pour toutes ces questions : F. M. SAWADOGO, « Sanctions civiles et commerciales des procédures collectives d'apurement du passif », préc., note 72, p. 1805.

76. Art. 189 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif.

crédit ou des biens de la personne morale comme des siens propres; en troisième lieu, de la poursuite abusive par le dirigeant social, dans son intérêt personnel, d'une activité déficitaire qui ne pouvait conduire qu'à la cessation des paiements de la personne morale. La quatrième condition vient compléter l'obligation de combler le passif et se réalise lorsque le dirigeant soumis à cette condamnation ne s'acquitte pas de son montant⁷⁷.

En outre, il peut être tenu de supporter ses engagements à l'égard des tiers. En règle générale du droit des sociétés, lorsque le dirigeant social a posé des actes qui ne relèvent pas de l'objet social, il engage sa responsabilité personnelle à l'égard des tiers si surtout la société prouve l'existence d'une collusion frauduleuse entre ces tiers et le dirigeant⁷⁸. C'est l'application du principe jurisprudentiel de la faute détachable des fonctions⁷⁹. Cette règle est extensible au dirigeant de fait dans la perspective de la protection du patrimoine de la société.

D'autre part, les actes du dirigeant de fait pourraient être bénéfiques pour la société, même s'il demeure évident que le dirigeant de fait est une situation à haut risque⁸⁰. Dans ce cas, il n'est point tenu compte de sa qualité de dirigeant de fait, les actes sont purement et simplement repris par la société à son compte comme s'ils avaient été posés par un dirigeant régulier. Le droit des sociétés ne sanctionne donc la direction de fait que lorsqu'il y a un acte de gestion ayant entamé le patrimoine de la société. En

77. Pour toutes ces questions : F. M.SAWADOGO, préc., note 72, p. 1805.

78. Art. 122, 330 et 740 de l'Audsc et Gie.

79. Sur la définition de la notion, l'on peut emprunter au juge Français dont le système est proche de l'Ohada : Cass. com., 20 mai 2003, pourvoi n° 99-17092, *Bull.* 2003, IV, n° 84 p. 94; voir, MASCRE HEGRY et al., « Responsabilité personnelle des dirigeants sociaux : Une nouvelle définition de la faute séparable des fonctions? », *Mascre Hegry associés*, octobre 2003, en ligne : <www.mascre-hegry.com>; Bénédicte BOUVIER, « La responsabilité du dirigeant pour faute "séparable de l'exercice de ses fonctions" », en ligne : <<http://capitalinvest.gramond.pro>>, 9 février 2011 (consulté le 26 mars 2012); A. AKAM AKAM, préc., note 51, 228; Gilles AUZERO, « L'application de la notion de faute personnelle détachable des fonctions en droit privé », (1998) *Revue Dalloz affaires* 502.

80. Ph. BOUCHEZ EL GHOZI, préc., note 59, p. 68; A.VAUDRY, préc., note 68.

effet, l'article 300 de l'Acte uniforme (à propos de la société en commandite simple) qui donne la référence au dirigeant de fait permet de le penser dès le moment qu'il ne vise l'engagement de la responsabilité du commanditaire ayant participé à la gestion que pour le passif résultant de cette gestion et non de l'actif. Il n'y a pas un régime de sanction du simple chef de la gestion de fait, mais du résultat préjudiciable à la société⁸¹.

2- La protection des parties

La notion de parties doit être entendue dans le sens de ceux qui participent à la situation de fait. Leur protection sera alors envisagée dans le cadre d'une société de fait qui, comme nous allons l'observer, n'est pas négligeable. En effet, l'un des mérites de l'accueil des sociétés de fait réside dans l'aménagement des rapports des parties. La reconnaissance d'une société de fait entre des personnes permet justement de les départager.

Mais plus qu'un simple calcul arithmétique, il s'agit au plan de la théorie générale du droit de la possibilité d'appliquer les règles du droit des sociétés à des situations qui n'en remplissent pas les conditions. Cela constitue un avantage de cette discipline qui réussit à encadrer les relations d'affaires des parties, même formées de manière malencontreuse.

Il s'agira donc de liquider la société reconnue de fait entre les parties⁸², afin que chacune puisse retrouver son investissement. Liquider dans ce contexte signifie partager⁸³. C'est que la société est l'un des rares modèles d'organisations où les

81. Voir par exemple, Renaud SALOMON, « Les conditions de la répression du dirigeant de fait en droit pénal des sociétés », (2004) 11 *Revue Droit des sociétés*, 34-36.

82. En marge de la volonté de créer une société de fait manifestée par les parties et que nous avons explorée en amont, c'est la sanction du juge quant à la nature de la société qui est déterminante. C'est au juge qu'il revient en fait de décider s'il y a ou non société de fait et d'en tirer les conséquences.

83. Voir, Jean HERAIL, *Pratique des liquidations-partages*, Paris, Litec, 1999.

intérêts des parties sont communs et non opposés⁸⁴; c'est ce qui va justifier le partage, entre associés de fait, du patrimoine de la société. Le juge va donc soit ordonner le partage du patrimoine commun en nature, soit en ordonner la vente pour la distribution du produit net⁸⁵. Partager le patrimoine doit s'entendre de son actif et de son passif. L'accueil des situations de fait est surtout intéressant, car dans le cas de la société de fait, un régime particulier a été prévu par rapport aux effets quant aux droits des parties. Ce régime est celui de la société en nom collectif. Le liquidateur nommé va donc payer les créanciers et répartir entre les associés de fait le solde disponible⁸⁶.

Une telle technique est intéressante entre concubins⁸⁷. L'ensemble des législations des pays membres de l'OHADA ne connaît pas un régime juridique du concubinage. Cette situation est même combattue par le droit qui encourage le mariage civil, en tout cas, le mariage légal, que ce soit selon la coutume ou selon les lois civiles. À l'heure actuelle, s'agissant des droits pécuniaires des concubins en fin d'union, cet écueil peut être réputé corrigé par l'institution de la société en participation. Si les concubins créent une telle société, le problème de preuve de leur participation dans une affaire commune ne se posera pas, l'existence même de la société en participation se prouvant par tout moyen⁸⁸. Pareille rigueur n'est pas imposée à la femme mariée délaissée qui pourtant peut être moins patrimonieusement active qu'une concubine amoureuse.

84. Voir, Dominique SCHMIDT, « De l'intérêt commun des associés », (1994) I *JCP* 3793; Paul DIDIER, « Le consentement sans l'échange, contrat de société dans l'échange des consentements », (1995) *Rev. Jurisp. Com.* 74; Yves GUYON, « La fraternité dans le contrat de société », (1989) *Revue des sociétés* 439.

85. Cass. com. 16 juin 1998, pourvoi n° 96-12337, Bull. 1998, IV, n° 203, p. 168.

86. Art. 223 et suiv.; particulièrement, 231 de l'Audsc et Gie.

87. Voir Audrey MELLAC, « Techniques de droit commun applicables à la rupture du concubinage et du PACS », master II recherche, Strasbourg, Université Robert Schuman, 2007, p. 36.

88. La société en participation est le type d'organisation qui permettrait aux concubins d'aménager leurs rapports sans devoir s'encombrer du formalisme du droit des sociétés.

À défaut d'une société en participation, et cela vaut pour les opérateurs économiques qui n'auront pas pris la peine de formaliser leur relation, le droit des sociétés révèle son efficacité en fournissant aux juges les moyens de régler les rapports des parties. Les juges peuvent ainsi recourir à la technique de la société créée de fait afin de liquider le patrimoine des parties. Le problème s'est justement posé en jurisprudence assez récente où les juges ont pu fixer conditions de la reconnaissance d'une société créée de fait entre des parties⁸⁹. La CCJA a même été sollicitée à propos d'une affaire pareille; malheureusement, à cause d'un vice de procédure, elle n'a pas eu l'occasion de se prononcer sur les mérites du pourvoi⁹⁰.

La précision des conditions de qualification en société créée de fait est tout à fait révélatrice de la possibilité du recours à la notion de société créée de fait et de l'efficacité du droit des sociétés à aménager les rapports de fait des parties, même à l'égard des tiers.

B- L'efficacité atteinte par la protection des tiers

L'essor du droit des sociétés s'affirme au travers des situations de fait, particulièrement sur les droits des tiers. La technique de la société de fait joue encore un rôle important ici. Il est en effet important pour un tiers que soit reconnue l'existence d'une société créée de fait entre des personnes qui on traité avec lui, pour les voir tous participer à l'exécution de l'obligation née de leur activité à son profit. Le système est tout à fait intéressant en ce qu'il donne le droit au tiers d'intenter une action en vue de la reconnaissance d'une société de fait entre ses débiteurs (1); cette

89. Par exemple, CA Centre, Arrêt n° 380/CIV du 05 Novembre 2008 : KAGO LELE J. c/ TCHOUPO Ch., Ohadata J-10-134, *www.ohada.com*; CA Ouagadougou, Arrêt n° 86 du 21 Avril 2006 : ADOKO Sessinou Bernard c/ NACOULMA Désiré, YANOGO B. Michael, SONGNABA / COMPAORE Claudine, en ligne : <*www.ohada.com*> (consultés le 18 Février 2013).

90. Boubakar DIALLO, « La société créée de fait dans l'OHADA », note sous CCJA n° 31, 04 novembre 2004 : Ayant droit de B. c/ Madame A », *Rev. Jurifis Infos*, n° 2, Mars-Avril, 2009, chron. OHADA, p. 18.

action aboutit à l'application de la responsabilité solidaire des associés en nom collectif (2).

1- L'existence d'une action en reconnaissance de société de fait au profit du tiers

En vue de la reconnaissance d'une société de fait entre des personnes, le tiers dispose d'une action en justice. Cette action est fondée sur l'article 866 de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés qui dispose « [q]uiconque y ayant un intérêt peut demander à la juridiction compétente du lieu principal de l'activité d'une société de fait, la reconnaissance de la société de fait entre deux ou plusieurs personnes dont il lui appartient d'apporter l'identité ou la dénomination sociale »⁹¹. Par l'usage du pronom *quiconque*, le législateur laisse ainsi suggérer que l'action est ouverte à toute personne. Il suffit que le demandeur à cette action puisse justifier d'un intérêt. Le tiers peut être présumé avoir un intérêt à voir déclarer l'existence d'une société de fait entre ses débiteurs, lorsque la créance qu'il détient contre eux est née d'une activité à laquelle chacun d'eux a participé. Ainsi, comme cela est notoirement connu, l'intérêt à agir en justice désigne le profit, l'utilité ou l'avantage que l'action est susceptible de procurer au plaideur⁹². La reconnaissance d'une société de fait entre ses débiteurs lui permettra à coup sûr de bénéficier des règles de la responsabilité indéfinie et solidaire des associés en nom ainsi que le prévoit l'article 868 de l'Acte uniforme. Cette application est de nature à favoriser le recouvrement efficace de sa créance.

Doit-on réfléchir sur sa qualité? Les deux notions de qualité et d'intérêt s'imposent en effet comme conditions *sine qua non* de

91. CA Ouagadougou, Arrêt n° 86 du 21 avril 2006, préc.

92. Voir J. GATSI, *Nouveau dictionnaire juridique*, préc., note 2, p. 181; Gilbert KERE KERE, *Droit civil processuel. La pratique judiciaire au Cameroun et devant la CCJA*, SOPECAM, 2006, p. 19; Loïc CADIET et Emmanuel JEULAND, *Droit judiciaire privé*, Lexis Nexis, Paris, Litec, 2006, p. 218; Louis GARAUD, « L'intérêt pour agir en justice. Contribution à la notion d'intérêt en droit positif » thèse de doctorat, Poitiers, Université de Poitiers, 1959.

l'action en justice⁹³. La qualité est le titre juridique qui confère le droit d'agir, c'est-à-dire de solliciter du juge qu'il examine le bien-fondé d'une prétention⁹⁴. Le système anglo-saxon ne distingue certainement pas entre intérêt et qualité à agir⁹⁵. Les deux notions se retrouveraient peut-être dans l'expression de *cause of action* qu'un juge a définie comme étant : « [e]very fact which must be proved if traversed to support his right and the judgment of the court ». Une autre définition a été fournie pour dire : « [t]he factual situation the evidence of which justifies a person to obtain from a court a remedy against another person »⁹⁶. Elle se déduit souvent de l'intérêt, notamment si le tiers intente une action personnelle fondée sur un intérêt né et actuel. Les auteurs pour caractériser cette induction se situent dans les actions banales⁹⁷. Il va de soi que dans les actions dites complexes, notamment où l'intérêt peut ne pas être direct, la qualité devra être justifiée indépendamment de l'intérêt. Le tiers justifiant d'un intérêt personnel à agir a donc la qualité pour le faire.

Il ne lui restera qu'à rapporter la preuve dont les conditions pas faciles ont été facilitées en jurisprudence. Les juges accordent, par exemple, aux créanciers de fonder leur action sur l'apparence de l'existence de la société de fait. Cette apparence s'apprécie globalement, indépendamment de l'existence apparente de chacun

93. Art. 2 et suivants du Code de procédure civile et commercial: CS, Arrêt n° 50/CC du 18 janvier 1982, dans S. NGUE, *Code de procédure civile et commerciale*, Yaoundé, MINOS, 2001, p. 9; CSCO, Arrêt n° 103/C du 7 avril 1970, BACS, n° 22, p. 2691.

94. G. KERE KERE, préc., note 92; L. CADIET et E.JEULAND, préc., note 92, p. 224.

95. Le Cameroun a la particularité d'être bi-jurial pour avoir subi les deux colonisations française et anglaise et donc a hérité aussi bien de la tradition civiliste que de celle d'inspiration common law. Voir Roger SOCKENG, *Les institutions judiciaires au Cameroun*, Macacos, 2005, p. 5 et suiv..

96. Pour l'ensemble de ces questions, lire Michael Akomaye YANOU, *Practice and procedure matters in the courts of records in Anglophone Cameroon*, Wusen Publishers, 2012, p. 21.

97. L. CADIET et E.JEULAND, préc., note 92, p. 225.

des éléments constitutifs de la société⁹⁸. La loi elle-même a permis de déduire l'existence de la société de fait du comportement des associés de fait⁹⁹. Évidemment, la théorie de l'apparence ne bénéficie qu'aux tiers demandeurs à l'action en reconnaissance de société de fait. Les parties n'y sont pas admises. Il leur est exigé de rapporter la preuve de l'existence matérielle des éléments constitutifs d'une société. En effet, la partie qui demande la reconnaissance de l'existence d'une société de fait entre elle et son partenaire devra prouver l'existence d'apports de chacun, la volonté de collaborer sur un pied d'égalité, la volonté de contribuer aux pertes et celle de partager les bénéfices.

S'agissant des moyens de preuve recevable au bénéfice du tiers comme celui de parties d'ailleurs, la loi précise que « [l]'existence de la société de fait est prouvée par tout moyen »¹⁰⁰. Lorsque le juge reconnaît l'existence de la société de fait, les règles de la société en nom collectif sont appliquées aux associés.

2- L'application aux associés de fait de la solidarité de la société en nom collectif

L'intérêt de la reconnaissance de l'existence d'une société de fait entre des personnes est pour le tiers de les voir soumis aux règles de la société en nom collectif¹⁰¹. Cette applicabilité du droit des sociétés appelle au moins deux observations.

98. De manière générale, on peut emprunter cette précision au juge français : Cass. com., 29 mars 1994, *Bull. Joly*, 1994, p. 665, note J. Vallansan; Cass.com 8 juillet 2003, pourvoi n° 99-19821; Cass.com 8 juillet 2003, pourvoi n° 02-12035, *courdecassation.fr*; lire Michel DE GAUDEMARIS, « Théorie de l'apparence et sociétés », (1991) *Revue des sociétés* 465.

99. Art. 864 de l'Audsc et Gie; CA Ouagadougou, ch. civ. & com., n° 86, 21 avril 2006, préc., *www.ohada.com*, Ohadata J-09-24; CA Daloa n° 195/2000 du 24 mai 2000 : WAN KIL LEE c/ JEON KUK HYUN, préc., note 35.

100. Art. 867 de l'Audsc et Gie : CA Centre, Arrêt n° 380/CIV du 05 Novembre 2008, préc., Ohadata J-10-134, *www.ohada.com*; CA Ouagadougou, Arrêt n° 86 du 21 avril 2006, préc.

101. Art. 868 de l'Audsc et Gie.

D'une part, elle révèle l'attractivité de ce corps de règles qui intègre dans son champ d'application les situations non conformes, pour la plupart, à ses exigences, afin de leur faire produire des conséquences juridiques. Tel auteur pourrait y voir une marque de la bonté du législateur¹⁰² qui prête ainsi son office pour l'encadrement des situations de fait. Tel autre y verrait une marque de simplification du droit des sociétés¹⁰³ qui se départit ainsi de sa trop grande propension au formalisme. Tout cela a, pour nous, un but d'efficacité du système.

D'autre part, le choix des règles qui combinent le droit des obligations avec le système spécifique du droit de sociétés renforce cette efficacité. Le recours aux dispositions applicables en matière de société en nom collectif en est justement le signe. Quelle est la particularité de ces règles? La particularité de la société en nom collectif est justement que les associés sont indéfiniment et solidairement responsables des dettes sociales¹⁰⁴. Il est peut-être inadapté de parler, s'agissant d'une société de fait, de responsabilité des dettes sociales. En effet, la plupart du temps, les engagements n'ont été contractés que par une seule personne, même si les autres en ont profité, et puis la société n'ayant pas d'existence ostensible n'a pas pu agir personnellement. La reconnaissance de l'existence de la société de fait a pour effet de postuler une fiction de la personnalité morale à ce groupe et faire agir les règles du droit des sociétés.

Concrètement, chacun des associés de fait va devoir participer à la dette contractée par l'un d'eux. Le tiers aura donc la possibilité de s'adresser à l'un quelconque d'entre eux pour le tout, jusqu'à pouvoir pratiquer l'exécution forcée sur ses biens. Évidemment, la décision qui reconnaît l'existence d'une société de fait entre des personnes condamne celles-ci à répondre solidairement des engagements de cette société. Après leur avoir signifié la décision pour faire courir les délais de recours, le tiers

102. Gérard CORNU, « La bonté du législateur », (1991) 90 (2) *RTD. Civ.* 283.

103. Bernard SAINTOURENS, « La simplification du droit des sociétés », (1994) *RIDC* 93.

104. Art. 270 de l'Audsc et Gie.

peut, si sa créance est menacée, pratiquer d'abord une saisie conservatoire sur les biens de celui auquel il s'est adressé. Dès l'obtention de la grosse du jugement, il ne lui reste qu'à transformer sa saisie conservatoire en saisie-exécution. Ce système ne peut que conforter l'idée selon laquelle la réception des situations de fait en droit des sociétés est un gage de l'efficacité de cette discipline.

CONCLUSION

Au terme de cette étude, l'enseignement que l'on peut retenir, en substance, est que le droit des sociétés et les situations de fait font plutôt bon ménage. L'abondance de ces catégories « juridiques »¹⁰⁵ dans le droit des sociétés se justifie par les finalités qu'elles permettent d'atteindre. En effet, en adoptant les situations de fait comme des entités créatrices de droit, ce qui est original en théorie du droit, la discipline atteint l'efficacité qui en est attendue, s'agissant de l'encadrement des relations d'affaires et de la protection de certaines parties faibles.

Le droit des sociétés prend ainsi à profit la violation des règles de formation des institutions du droit pour en retirer un minimum de substance nécessaire à la satisfaction des parties, des tiers et même de la société commerciale. La construction du dirigeant de fait permet justement de protéger la société des fautes de gestion d'une personne ayant posé des actes positifs de gestion alors qu'elle était dépourvue de mandat pour l'administrer¹⁰⁶. De même, l'appartenance d'une société à un groupe peut contribuer à sa croissance. L'existence de la société en participation permet aux parties de bénéficier des règles du droit des sociétés sans avoir à s'en embarrasser du formalisme. La reconnaissance de

105. Nous osons employer l'expression « catégorie juridique » parce que les situations de fait, au-delà de tout, sont reconnues par le droit des sociétés, ne serait-ce que dans l'optique d'en tirer les conséquences exposées dans la présente étude.

106. A. AKAM AKAM, préc., note 51, 234; L. CAPOEN, « La responsabilité du banquier à l'égard des entreprises en difficultés », op. cit., p. 304 et suiv.

l'existence d'une société de fait permet de protéger aussi bien les associés de fait que les tiers.

Toutes ces considérations font assurément du droit des sociétés un droit adapté aux besoins des entreprises. Sa flexibilité¹⁰⁷ à l'égard de certaines catégories juridiques participe d'un souci de simplification¹⁰⁸ permettant aux destinataires de la législation sur les sociétés commerciales d'en tirer le plus grand bénéfice.

L'on peut regretter l'incertitude entretenue par le législateur quant à la différence à établir par exemple entre société de fait et société créée de fait¹⁰⁹, mais celle-ci est corrigée par la jurisprudence qui, elle, emploie les deux expressions indifféremment pour caractériser la situation de fait. Cela n'exclut cependant pas une révision législative à l'effet de clarifier cette distinction.

107. Sur l'expression, Bernard SAINTOURENS, « La flexibilité du droit des sociétés », (1987) *RTD. Com.* 455.

108. Sur l'expression, B.SAINTOURENS, préc., note 103..

109. Sur la question Ch. MBA-OWONO, préc., note 25, p. 467 et suiv.; *Ohadata D-10-19*.

RDUS

Revue de DROIT
UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : OBSERVATIONS CONCERNANT CERTAINS CHANGEMENTS
APPORTÉS AU CODE CIVIL PAR LA LOI MODIFIANT LE CODE CIVIL
ET D'AUTRES DISPOSITIONS LÉGISLATIVES EN MATIÈRE DE
RECHERCHE

Auteur(s) : Robert P. KOURI

Revue : *RDUS*, 2013, volume 43, numéro 3

Pages : **867-886**

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/10450>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/10450>

Page vide laissée intentionnellement.

**OBSERVATIONS CONCERNANT
CERTAINS CHANGEMENTS APPORTÉS AU CODE
CIVIL PAR LA LOI MODIFIANT LE CODE CIVIL ET
D'AUTRES DISPOSITIONS LÉGISLATIVES EN
MATIÈRE DE RECHERCHE**

par Robert P. KOURI*

L'auteur commente les modifications apportées au Code civil du Québec concernant la recherche sur les êtres humains. Certains changements sont d'une portée relativement importante, tel le remplacement du mot « expérimentation » par l'expression « recherche susceptible de porter atteinte à l'intégrité de la personne », ainsi que l'exigence que toute recherche de ce genre doive désormais être approuvée par un comité d'éthique de la recherche. D'autres changements concernent quelques situations ponctuelles et servent surtout à corriger certaines lacunes du Code civil dans ce domaine.

The writer enunciates a number of observations concerning recent amendments made to the Civil Code of Quebec in relation to changes regarding research involving human subjects. Certain modifications are very significant such as the replacement of the word « experiment » with the expression « research that could interfere with the integrity of the person », as well as the requirement that in all cases, this type of research must first be approved by a research ethics committee. Others are less so and serve to correct certain lacunae in the previous provisions of the Civil Code.

*. Docteur en droit, professeur titulaire à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke et membre du GREDSUS (Groupe de recherche en droit de la santé de l'Université de Sherbrooke).

SOMMAIRE

Introduction	869
1 – Le remplacement de l'expression « expérimentation » par « recherche susceptible de porter atteinte à l'intégrité »	869
2 – La modification des règles concernant le consentement	875
A – Le consentement et les personnes vulnérables.....	876
Le majeur inapte	877
Le mineur	879
B – Le consentement à la recherche autrement que par écrit.....	880
C – Utilisation des tissus à des fins de recherche.....	881
3 – Le rôle des comités d'éthique en matière de recherche	882
Conclusion	884

Introduction

Le 28 mars 2013, le projet de loi 30 intitulé *Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives en matière de recherche* fut déposé, étudié puis adopté le 14 juin 2013 (2013 L.Q. c. 17). Le but de ce commentaire n'est pas d'entreprendre une analyse exhaustive de certaines notions et certains concepts admis par la littérature bioéthique, mais plutôt d'articuler certaines observations et critiques concernant ces nouvelles dispositions et leurs conséquences juridiques¹.

Aux fins de commodité, nous regrouperons nos commentaires sous trois rubriques en lien avec les principales modifications apportées au *Code civil*, à savoir : le changement majeur occasionné par la substitution de la notion « expérimentation » par celle de « recherche susceptible de porter atteinte à l'intégrité », puis la révision de certaines règles concernant le consentement, et enfin, l'élargissement du rôle des comités d'éthique de la recherche.

1 – Le remplacement de l'expression « expérimentation » par « recherche susceptible de porter atteinte à l'intégrité »

Cette nouveauté constitue la pièce maîtresse de la législation. Mais il convient de se demander s'il s'agit tout simplement d'un changement de vocabulaire concernant le consentement - tant pour les adultes aptes ou non que pour les mineurs - afin de rajeunir le texte du *Code civil* ou cherche-t-on à y apporter un changement fondamental dont le but serait d'accroître la pertinence des dispositions du Code à toute forme de recherche ayant trait à la personne humaine.

1. Soulignons cependant que nos remarques ne porteront pas sur la modification apportée à la *Loi sur les services de santé et les services sociaux* (L.R.Q. c. S-4.2, art. 34.) permettant à toute personne, usager ou non de l'établissement, qui participe à une recherche, ainsi qu'à ses représentants et ses héritiers, de formuler une plainte; ces dispositions étant assez limpides.

Pour répondre à cette question fondamentale soulevée par l'ajout de l'expression « recherche » aux articles 20, 21, 22, 24 et 25 C.c.Q., il serait utile de se rappeler que d'après Deleury et Goubau, « [c]ette section [du *Code*] concernant spécifiquement les soins se présente comme un cas d'application particulière du principe inscrit à l'article 10 C.c.Q. et qui concerne l'inviolabilité de la personne humaine »². Le mot « soins » est généralement défini dans les dictionnaires comme « les actes par lesquels on soigne quelqu'un » ou « [l]ensemble des actions et pratiques mises en œuvre pour conserver ou rétablir la santé » ou encore « les actions par lesquelles on conserve ou on rétablit la santé »³. Donc, à première vue, l'insertion de l'expression « recherche » à la place de l'expression « expérimentation » aux articles 20 et suiv. C.c.Q., serait de restreindre sa portée aux soins seulement. Mais l'on ne doit pas faire fi de l'article 10 alinéa 1 C.c.Q. lequel affirme que « [t]oute personne est inviolable et a droit à son intégrité ». Comme démontré par Emmanuelle Lévesque dans un article publié en 2006⁴, la notion d'intégrité est plus étendue que celle d'inviolabilité, cette dernière notion n'étant que le complément de la première⁵. À cet égard, il y a lieu de souligner qu'à strictement parler, la recherche purement scientifique sur un volontaire sain ne constitue pas un « soin » comme tel⁶. Pourtant l'article 11 alinéa 1 C.c.Q. énumère les actes susceptibles d'être considérés comme

-
2. Édith DELEURY et Dominique GOUBAU, *Le droit des personnes physiques*, 4^e éd. (par Dominique Goubau), Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008, n° 94, p. 96.
 3. CENTRE NATIONAL DE RESSOURCES TEXTUELLES ET LEXICALES, www.cnrti.fr/définition/soin (consulté le 10 septembre 2013).
 4. Emmanuelle LÉVESQUE, « Les exigences légales entourant le consentement dans la recherche avec des enfants et des adultes inaptes : une piste de solution aux difficultés posées par les articles 21 et 24 C.c.Q. », (2006) 51 *R.D. McGill* 385.
 5. *Id.*, 394. Elle cite en appui de son affirmation Edith DELEURY et Dominique GOUBAU, *Le droit des personnes physiques*, 3^e éd., Cowansville, Yvon Blais, 2002, p. 100, dans la 4^e éd. (préc., note 2) n° 99, p. 103.
 6. L'exemple classique est la vérification de la sécurité d'un nouveau médicament (le « testing » phase 1). Voir Dany JONCAS et Suzanne PHILIPS-NOOTENS, « Le malentendu thérapeutique : un défi pour le consentement en recherche clinique », (2005-06) 36 *R.D.U.S.* 133, n° 22.

des « soins », en concluant que ces actes comprennent « toute autre intervention »⁷.

En généralisant l'utilisation de l'expression « recherche », il est donc conséquent de conclure que l'on vise désormais toute forme de recherche en lien avec l'intégrité humaine, y compris évidemment, l'expérimentation. D'ailleurs, l'*Énoncé de politique des trois conseils – Éthique de recherche avec des êtres humains* [ci-après EPTC2] n'affirme-t-il pas que,

[l]a recherche avec des êtres humains comprend aussi bien les efforts visant à donner un sens à l'histoire, à la compréhension du fonctionnement du corps humain et de la société que l'explication des interactions sociales et des effets de la nature sur l'humain – la liste n'a de limite que celle de notre imagination⁸.

À cet égard, l'énumération des multiples variétés de recherche, chacun ayant sa propre méthodologie, est révélatrice. Par exemple, en plus de la classification bipartite fondamentale de recherche qualitative et recherche quantitative, on pourrait mentionner la recherche comparative, la recherche descriptive, la recherche fondamentale, la recherche appliquée, la recherche expérimentale, la recherche évaluative, pour ne nommer que quelques paradigmes. L'expression « recherche » est donc on ne peut plus vaste.

Certes, il nous paraît clair que le législateur cherche à maintenir l'encadrement traditionnel des actes à caractère bio-

7. Dans *Maziade c. Parent*, [1998] R.J.Q. 1444, 1457, on a bien affirmé que « [l]'article 9 de la présente loi prévoit spécifiquement l'application du régime de protection de l'intégrité de la personne aux articles 11 et suiv. du Code civil du Québec en matière de consentement aux soins. La notion de soins est très large et inclut l'expérimentation ».

8. CONSEIL DE RECHERCHES EN SCIENCES HUMAINES DU CANADA, CONSEIL DE RECHERCHES EN SCIENCES NATURELLES ET GÉNIE DU CANADA ET INSTITUTS DE RECHERCHE EN SANTÉ DU CANADA, *Énoncé de politique des trois conseils – Éthique de recherche avec des êtres humains*, 2^e éd., Ottawa, Sa Majesté la Reine, 2010, p. 7. [ci-après EPTC2].

médical, mais qu'arrive-t-il, par exemple, en matière de recherche effectuée par des sondages ou des questionnaires sur le nombre d'heures passées devant la télévision par les adolescents, les pratiques sexuelles d'une certaine partie de la population ou les habitudes alimentaires traditionnelles des Premières Nations? La réponse nous semble évidente - l'art. 20 tel qu'amendé trouve désormais sa pertinence quant à ce genre d'investigation scientifique et s'applique à toute recherche susceptible de porter atteinte à l'intégrité de la personne, y compris la recherche à caractère psychosocial⁹.

De ce fait, une première observation s'impose – si l'on voulait vraiment restreindre la portée de l'art. 20 et suiv. aux soins seulement, il aurait été plus utile de dire par exemple, « recherche susceptible de porter atteinte à la vie ou la santé de la personne », plutôt que de faire référence tout simplement à la notion d'intégrité sans qualificatif. Pourtant, l'Assemblée nationale, lors de l'adoption des changements au Code civil, n'a pas cru bon d'agir en ce sens¹⁰. Deuxièmement, et même si l'on traite couramment les mots « recherche » et « expérimentation » comme étant des expressions synonymiques, il existe tout de même des différences significatives entre ces deux termes¹¹. L'expéri-

9. Psychosociale relève à la fois de la psychologie et de la sociologie. A trait à la psychologie des individus dans le cadre de leur vie sociale. Est relatif à l'interaction entre les faits psychologiques et les faits sociaux. Voir notamment, *Le Grand Robert de la langue française*, 2^e éd., Paris, Dictionnaires le Robert, VUEF, 2001, *verbo* «psychosocial».

10. Par ailleurs, le législateur avait déjà annoncé ses couleurs en s'éloignant d'une interprétation restrictive lors de l'adoption de certains amendements à l'article 21 C.c.Q. déjà apportés en 1998. Voir la *Loi modifiant l'article 21 du Code civil et d'autres dispositions législatives*, L.Q. 1998, c. 32., ainsi que l'analyse de E. LÉVESQUE, préc., note 4, p. 400 et suiv.. On a enlevé du projet de loi de 1998, portant notamment sur le libellé de l'article 21 C.c.Q., la mention « projet de recherche de nature biomédicale ».

11. J.-L. BAUDOUIN, dans « L'expérimentation sur les humains : un conflit de valeurs », (1981) 26 *R.D. McGill* 809, p. 810, fait allusion aux plusieurs sens du mot « expérimentation » mais sans vouloir « ... entrer dans des controverses terminologiques ». Voir également, David WEISSTUB et Simon N. VERDUN-JONES, « Pour une distinction entre l'expérimentation

mentation exige l'intervention d'un chercheur dont le rôle serait d'introduire une variable pour ensuite observer les effets sur le sujet de l'expérience¹². L'administration d'un médicament expérimental dans le cadre de tests en double aveugle en est un exemple courant. En revanche, bien qu'impliquant des êtres humains, la recherche, à la différence de l'expérimentation, ne comprend pas nécessairement la manipulation d'une variable¹³. Le simple fait d'observer le comportement d'un groupe ou de faire enquête sur les habitudes d'un segment de la population serait considéré comme de la recherche. En effet, la recherche consisterait en une évaluation destinée à établir des faits ou à collecter de l'information¹⁴.

-
- thérapeutique et l'expérimentation non thérapeutique », (1997) 27 R.D.U.S. 49, par. 17.; E. LÉVESQUE, préc., note 10, n° 10.
12. Voir Richard LEFRANÇOIS, *Dictionnaire de la recherche scientifique*, Lennoxville, Les Éditions Némésis, 1991, p. 83, sous l'expression « expérience » ou en anglais « *experiment* » selon le lexique accompagnant le dictionnaire, l'auteur propose la définition suivante : « Stratégie de recherche où le chercheur provoque et contrôle une situation d'observation susceptible de conduire à un changement. » Sous l'expression « expérimentation contrôlée » l'auteur affirme à la p. 84 qu'il s'agit d'une « stratégie de recherche qui consiste à manipuler des variables dans le cadre d'une observation provoquée ». Selon Keith PUNCH, *Introduction to Social Research, Quantitative and Qualitative Approaches*, 2nd ed., Los Angeles, Sage Publications Ltd, 2005, p. 291, le mot *experiment* est défini comme « a predominantly quantitative research design where [...] one or more independent variables are manipulated to study their effect on a dependent variable [...] ».
13. Selon J.K. MASON et G.T. LAURIE dans *Mason and McCall Smith's Law and Medical Ethics*, Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 612 et 613, « Research and experimentation are commonly used as interchangeable terms – we, however, believe that there is a distinction to be made. Research implies a predetermined protocol with a clearly defined end-point. Experiment, by contrast, involves a more speculative, ad hoc, approach to an individual subject. The distinction is significant in that an experiment may be modified to take into account the individual's response; a research programme, however, ties the researcher to a particular course of action until such time as its ineffectiveness is satisfactorily demonstrated. »
14. Selon R. LEFRANÇOIS, préc., note 12, p. 144, la recherche est défini comme une « [...] l'étude scientifique d'un sujet menée de manière systématique et planifiée ».

Troisièmement, le *Code civil* tel qu'amendé, fait désormais allusion à la recherche « susceptible de porter atteinte à l'intégrité ». La Cour suprême du Canada, lors de sa décision dans *Curateur public c. Syndicat national des employés de l'hôpital Saint-Ferdinand*¹⁵, a affirmé que la notion d'intégrité « [...] doit s'étendre au-delà de l'intégrité physique et doit comprendre, en sus de l'intégrité physique de la personne, son intégrité psychologique, morale et sociale »¹⁶. Par l'ajout à l'article 20 C.c.Q., du qualificatif général « [...] susceptible de porter atteinte à l'intégrité » le législateur entérine implicitement l'interprétation de cette expression par la Cour suprême, bien que l'interprétation de la Cour suprême portât sur le mot « intégrité » tel qu'employé à l'article 1 de la Charte québécoise¹⁷ plutôt que sur l'article 3 du Code civil¹⁸. Il est raisonnable de présumer que le terme « intégrité » serait entendu de la même façon, surtout à la lumière du principe énoncé au premier alinéa de la disposition préliminaire du Code, voulant que le « [l]e *Code civil du Québec* régit, en harmonie avec la *Charte des droits et libertés de la personne* et les principes généraux du droit, les personnes, les rapports entre les personnes ainsi que les biens ».

On pourrait ajouter que, en guise de confirmation de l'intention du législateur d'actualiser les dispositions du Code civil en matière de recherche, celui-ci a supprimé l'ancien alinéa 4 de l'article 21 C.c.Q portant sur les soins innovateurs. Le législateur a raison d'éliminer cette disposition, car auparavant, le texte du Code civil portant sur les soins innovateurs se limitait aux soins requis par l'état de santé exclusivement¹⁹, ce qui constituait une incohérence, car il est possible de concevoir de l'innovation dans le domaine des soins non thérapeutiques ou non requis par l'état de

15. [1996] 3 R.C.S. 211.

16. *Id.*, n° 95. Voir également, n° 97.

17. *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12.

18. « Toute personne est titulaire de droits de la personnalité, tels le droit à la vie, à l'inviolabilité et à l'intégrité de sa personne [...] »

19. « Ne constituent pas des expérimentations les soins qui, selon le comité d'éthique, sont des soins innovateurs requis par l'état de santé de la personne qui y est soumise. »

santé. Les causes albertaines de *Cryderman v. Ringrose*²⁰ et *Zimmer v. Ringrose*²¹ sont des illustrations des liens étroits entre les soins innovateurs et l'expérimentation. Plus fondamentalement cependant, cet alinéa comportait une faiblesse évidente : comment un comité d'éthique pourrait-il déterminer d'avance si des soins sont innovateurs ou non? Logiquement, une telle détermination en serait une de nature strictement scientifique²². Qu'il s'agisse d'innovation ou d'expérimentation, dans un cas comme dans l'autre, l'on se retrouve dans le domaine de la recherche et l'on doit, de toute façon, se conformer aux exigences du *Code civil*.

2 – La modification des règles concernant le consentement

C'est également au niveau du consentement et les conditions y afférentes que l'on se rend compte de l'importance de certains changements apportés au Code civil. D'abord à l'article 21, alinéa 1, (faisant allusion aux mineurs et majeurs inaptes), on a remplacé « [...] être soumis à une expérimentation qui comporte un risque sérieux pour sa santé » par « [...] participer à une recherche susceptible de porter atteinte à son intégrité qu'à la condition que le risque couru, en tenant compte de son état de santé et de sa condition personnelle, ne soit pas hors de proportion avec le bienfait qu'on peut raisonnablement en espérer ».

20. [1977] 3 W.W.R. 109 (Alberta Dist. Ct.), confirmé à [1978] 3 W.W.R. 481 (C.A.).

21. [1984] 4 W.W.R. 75 (Alta. C.A.), appel à la Cour suprême refusé, (1981) 37 N.R. 289 (C.S.C.). Dans les causes *Cryderman* et *Zimmer*, traitant de la responsabilité du médecin, en proposant un nouveau procédé de stérilisation.

22. D'ailleurs, c'est en partie pour cette raison que le projet de loi intitulé *Medical Innovation Bill (N° 2)*, 2013-14, (Bill 107), fut présenté en première lecture à la Chambre des Communes du R.-U. le 11 septembre 2013, voir http://services.parliament.uk/bills/2013-14/medical_innovationno2.htm (consulté le 12 septembre 2013). On y propose que tout soin innovateur doit être approuvé par une équipe multidisciplinaire de médecins (« *multi-disciplinary team of doctors* »).

En ce qui concerne cette nouvelle exigence de proportionnalité entre le risque et le bienfait, le législateur à tort de se servir de ce même critère tant en recherche thérapeutique qu'en recherche de nature purement scientifique. Dans le premier cas, le bénéficiaire de la recherche est le patient lui-même tandis que dans le deuxième, le but recherché consiste exclusivement en l'acquisition de connaissances – la recherche n'apportant aucun avantage ou bénéfice direct au sujet²³. En d'autres mots, la correspondance entre le risque et le bienfait n'a que très peu de pertinence dans ce dernier cas. Donc, afin d'assurer la protection adéquate de ces personnes vulnérables, il devrait y avoir un plafonnement ou limite supérieure quant aux risques acceptables, établi en fonction de la finalité recherchée. C'est ainsi que s'explique l'utilité de la notion de « risque sérieux pour sa santé », notion jadis articulée au premier alinéa de l'article 21²⁴, laquelle demeure toujours à propos en matière de recherche thérapeutique. Il nous semble qu'une limite en fonction du risque minimal serait certainement plus judicieuse dans le domaine de la recherche purement scientifique²⁵.

A – Le consentement et les personnes vulnérables

En ce qui concerne les mineurs et les majeurs inaptes, le principe éthique de justice exige qu'ils ne soient pas privés de l'opportunité de participer à la recherche²⁶. Leur état de vulnérabilité requiert cependant la mise en place de mesures

23. Évidemment, il pourrait en bénéficier indirectement comme tout autre membre de la société.

24. « Un mineur ou un majeur inapte ne peut être soumis à une expérimentation qui comporte un risque sérieux pour sa santé [...] »

25. Selon l' EPTC2, préc., note 8, p. 24, la notion de « risque minimal » fait allusion « [...] à la recherche où la probabilité et l'ampleur des préjudices éventuels découlant de la participation à la recherche ne sont pas plus grandes que celles des préjudices inhérents aux aspects de la vie quotidienne du participant qui sont associés au projet de recherche ». De toute façon, il importe d'ajouter que lors de l'évaluation du risque, on doit tenir compte de la situation concrète des participants et parfois de leurs milieux (communautés, sociétés, groupes culturels et autres), EPTC2, *id.*, p. 25.

26. *Id.*, art. 4.4 - 4.7

additionnelles de protection²⁷. Sur cet aspect, nous allons voir dans un premier temps la situation du majeur inapte pour ensuite passer à celle du mineur.

Le majeur inapte

Bien qu'à l'article 21, alinéa 6 C.c.Q., on ait maintenu l'exigence du consentement du représentant du majeur inapte à une recherche susceptible de porter atteinte à l'intégrité de la personne représentée, on y permet malgré tout certaines dérogations. En effet, le législateur admet deux exceptions à la nécessité que la personne inapte soit représentée avant de participer à une recherche.

La première de ces deux exceptions est déjà incluse dans la version originale de l'article 21 C.c.Q. et est reconduite par la nouvelle loi. Cette réserve, résultant d'un amendement apporté à l'article 21 en 1998, traite de l'aliénation subite du patient et l'urgence de la situation nécessitant que « l'expérimentation », devenue « recherche », doive être effectuée rapidement²⁸. On pourrait mentionner à titre d'exemple, l'utilisation d'un nouveau médicament expérimental pour le traitement de la victime d'une crise cardiaque. À vrai dire, il n'y a rien de nouveau ici, car les « proches » de l'article 15 C.c.Q. pouvaient, depuis 1998, et peuvent toujours consentir pour l'inapte à une telle recherche de nature thérapeutique, visant directement l'intérêt du patient. Il est intéressant de noter que dans ce contexte où le bénéficiaire de la recherche est le sujet lui-même, le législateur n'a pas jugé bon de faire allusion aux situations d'urgence dans lesquelles il serait impossible d'obtenir le consentement de quiconque en temps utile et dans le cas où la vie de la personne serait en danger ou son intégrité menacée. L'article 13 C.c.Q. ne pourrait suppléer à cette lacune, car à son alinéa 2, on fait bien allusion à la nécessité, malgré tout, d'obtenir un consentement lorsque les soins sont « inusités ». Et pourtant, par définition, le mot « recherche »

27. *Id.*

28. *Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives, préc., note 10, art. 1.*

implique un certain élément d'incertitude, d'où la pertinence de l'expression « inusité » à la discussion. Est-ce intentionnel ou est-ce un simple oubli? Nous oserons croire que cette difficulté potentielle n'a pas été remarquée lors de la préparation du projet de loi.

La deuxième exception, qui est de droit nouveau, permet désormais la recherche impliquant un majeur inapte sans représentant: toutefois, cela nécessite l'autorisation d'une personne autorisée à consentir aux soins requis par l'état de santé (article 15 C.c.Q.), mais à la condition que le comité d'éthique de la recherche désignée par le ministre de la Santé et des services sociaux détermine que la personne n'est pas représentée et que la recherche ne comporte qu'un risque minimal²⁹. Notons que l'on a retenu l'exigence que la recherche doive comporter un bienfait pour cette personne (recherche thérapeutique) ou que la recherche soit bénéfique aux personnes possédant les mêmes caractéristiques d'âge, de maladie, ou de handicap que les membres du groupe (recherche scientifique)³⁰, ce qui a pour effet d'accroître l'éligibilité de l'inapte à participer à la recherche.

Nous tenons à souligner que malgré tout, les changements apportés à l'article 21 touchant le consentement sont opportuns et répondent aux revendications de chercheurs travaillant dans certains champs de spécialisation, notamment celui de la gériatrie.

29. *Supra*, note 8 (EPTC2, p. 25). Pour une analyse approfondie de la notion de risque minimal et l'interprétation de cette notion, voir Lynette REID et Timothy KRAHN, « Minimal Risk in the Tri-Council Policy Statement », (2007) 15 *Health L.J.* 469, par. 18 où l'on prétend que l'application de cette notion ne serait que relative car on semble prétendre que selon les circonstances, on pourrait qualifier certains risques plus sérieux comme étant minimal selon l'état du sujet.

30. Voir l'alinéa 2 de l'article 21 C.c.Q. « Il ne peut, en outre, participer à une telle recherche qu'à la condition que la recherche laisse espérer, si elle ne vise que lui, un bienfait pour sa santé ou, si elle vise un groupe, des résultats qui seraient bénéfiques aux personnes possédant les mêmes caractéristiques d'âge, de maladie ou de handicap que les membres du groupe .»

À l'alinéa 3 de l'article 21 C.c.Q. tel qu'amendé³¹, on a maintenu le droit du majeur inapte (et du mineur) de s'opposer à la recherche, droit déjà prévu à l'ancien article 21 alinéa 1 C.c.Q. *in fine*. On a raté l'occasion de corriger une incohérence dans l'ancien texte du Code civil, car la conséquence de ce maintien du *statu quo* est d'accorder un droit de veto à la personne inapte (et au mineur) qui serait en mesure de comprendre la nature et les conséquences de la recherche. Mais si la personne n'est pas en mesure d'apprécier les éléments de l'investigation, logiquement elle ne pourrait jamais exercer ce droit de veto. Alors plus on serait « inapte », moins on serait protégé!

Le mineur

À l'article 21, alinéa 5 C.c.Q., on a maintenu l'exigence du consentement du titulaire de l'autorité parentale ou du tuteur pour ce qui concerne la participation du mineur à la recherche, mais on y a ajouté le principe selon lequel le mineur (apte) de 14 ans et plus pourrait désormais y consentir seul dans certains cas³². Cette exception à la règle du consentement parentale est admise lorsque le comité d'éthique (désigné par le ministre de la Santé et des Services sociaux) l'autorise. Pour ce faire, le comité d'éthique doit être d'avis que premièrement, la recherche ne comporte qu'un risque minimal et deuxièmement, les circonstances le justifient.

La notion de risque minimal est déjà bien connue en matière de bioéthique et ne vise que les risques inhérents à la vie quotidienne du sujet qui sont associés au projet de recherche³³. En ce qui concerne la deuxième condition relative aux circonstances justifiant le droit d'agir avec le seul consentement du mineur, il s'agirait par exemple, de projets de recherche sous

-
31. « Dans tous les cas, il ne peut participer à une telle recherche s'il s'y oppose alors qu'il en comprend la nature et les conséquences. »
32. « Le mineur de 14 ans et plus peut néanmoins consentir seul si, de l'avis du comité d'éthique de la recherche compétent, la recherche ne comporte qu'un risque minimal et que les circonstances le justifient. »
33. EPTC2, préc., note 8, p. 24.

forme de sondages, enquêtes, groupes de discussion (*focus groups*) incluant des adolescents; il pourrait alors être difficile d'obtenir des résultats probants ou même la participation de ces mineurs si le sujet à l'étude déplaisait aux parents. Mentionnons à titre d'illustration, un sondage sur l'utilisation de la drogue, sur les habitudes sexuelles des jeunes ou sur le harcèlement dans les écoles. Qui plus est, dans l'appréciation du risque pour le participant à la recherche, il pourrait y avoir des effets perturbateurs dépassant le seuil du risque minimal. Donc, en fonction de la probabilité de réalisation de l'aggravation du risque, le comité d'éthique pourrait ne pas autoriser un projet de recherche où l'on n'exigerait que le seul consentement du mineur de 14 ans.

B – Le consentement à la recherche autrement que par écrit

L'article 24 alinéa 2 C.c.Q. permet exceptionnellement, mais avec l'approbation du comité d'éthique de la recherche, la possibilité de donner un consentement verbal ou même tacite³⁴ à une recherche susceptible de porter atteinte à l'intégrité de la personne.

Cette exception s'applique uniquement à la recherche et non aux dons des parties du corps ni aux soins qui ne sont pas requis par l'état de santé de la personne. Aussi, l'exigence de l'écrit demeure la règle pour les consentements se rapportant aux activités autres que la participation à la recherche. Le comité d'éthique doit au préalable statuer sur le fait que les circonstances de la recherche justifient l'exception à cette règle³⁵. C'est le cas

34. Par exemple, le simple fait de répondre aux questions pourrait constituer un consentement tacite.

35. « Le consentement aux soins qui ne sont pas requis par l'état de santé, à l'aliénation d'une partie du corps ou à une recherche susceptible de porter atteinte à l'intégrité doit être par écrit. Toutefois, le consentement à une telle recherche peut être donné autrement que par écrit si, de l'avis d'un comité d'éthique de la recherche, les circonstances le justifient. Dans un tel cas, le comité

lorsque la recherche, selon les circonstances, se prête mal à l'obtention d'un consentement écrit, comme par exemple les questionnaires en ligne, les questionnaires sur l'utilisation de la drogue, sur les comportements sexuels, les entrevues avec les sans-abri, les prisonniers et autres personnes marginalisées. Les modalités de preuve de l'obtention d'un consentement valable autre que par écrit doivent aussi être établies par le comité d'éthique³⁶.

Donc, cette exigence de l'écrit semble laisser croire qu'*a contrario*, si la recherche ne comporte aucun risque susceptible de porter atteinte à l'intégrité de la personne, une permission verbale ou tacite suffirait, car l'alinéa 2 de l'article 24 parle de façon exceptionnelle d'un consentement autre que le consentement écrit à une recherche, mais uniquement lorsque la recherche est susceptible de porter atteinte à l'intégrité de la personne.

C – L'utilisation des tissus à des fins de recherche

On a maintenu le principe énoncé à l'article 22 C.c.Q. permettant l'utilisation des parties du corps aux fins de recherche, avec le consentement de la personne concernée ou de celle habilitée à consentir pour elle, mais en ajoutant « [...] ou, si la personne concernée est décédée, de la personne qui pouvait ou aurait pu consentir aux soins requis par son état de santé ».

détermine les modalités d'obtention du consentement qui permettent d'en constituer une preuve.

Il peut toujours être révoqué, même verbalement. »

36. D'après le document d'explications transmis par le MSSS (l'Éthique), cette disposition ne pourrait jamais déroger aux pouvoirs du fédéral d'exiger un consentement écrit pour « les essais cliniques portant sur des médicaments, des produits de santé naturelle ou des appareils médicaux ». Voir également la *Loi sur les aliments et les drogues*, L.R.C. 1985, c. F-27., *Règlement sur les aliments et les drogues*, C.R.C., c. 870, art. C.05.010 h) et C. 05.012 (3) g.).

On peut donc utiliser aux fins de recherche les tissus, organes ou autres substances prélevées « [...] dans le cadre de soins qui lui sont prodigués [...] » avec la permission de la personne elle-même ou de ses représentants, mais avec l'ajout d'une modification concernant la personne décédée. Désormais, en cas de décès, la personne qui a consenti aux soins subis ou qui aurait pu consentir aux soins, pourrait autoriser l'utilisation de ces tissus ou substances *post mortem*.

Pourquoi cet ajout est-il si utile? D'abord, par le passé, on s'interrogeait afin de savoir qui, des successeurs, des proches ou des personnes énumérées à l'article 15 C.c.Q., pouvait permettre l'utilisation après la mort, des éléments du corps prélevés sur la personne dans le cadre de soins reçus. Dorénavant, en conformité avec l'article 44 C.c.Q., accordant aux personnes habilitées à consentir aux soins, le droit d'autoriser les prélèvements *post mortem* sur le corps de celui au nom de qui il leur était permis d'agir d'une part, et en conformité avec l'article 43 alinéa 1 C.c.Q., permettant les autorisations *antemortem* par la personne elle-même aux prélèvements après sa mort d'autre part, l'article 22 admet maintenant l'utilisation après la mort de la personne, des tissus déjà prélevés avant sa mort, comblant ainsi un vide dans la loi. Cette lacune de l'ancien texte a été remarquée surtout en matière de recherche dans certains domaines comme celui de la maladie de Creutzfeldt – Jakob, où l'examen des tissus *post mortem* s'avère un outil essentiel.

3 – Le rôle des comités d'éthique en matière de recherche

En matière de recherche susceptible de porter atteinte à l'intégrité de la personne, le législateur, en ajoutant un deuxième alinéa à l'article 20 C.c.Q. faisant en sorte que « [l]e projet de recherche doit être approuvé et suivi par un comité d'éthique de la recherche », affirme désormais que, au lieu d'être une règle de régie interne d'instituts de recherche, d'universités et d'autres institutions, ou encore une condition d'obtention de subventions de recherche, l'approbation d'un comité d'éthique est devenue une condition de fond de validité de toute recherche sur la personne

humaine, quelle que soit la capacité ou l'aptitude du sujet³⁷. Cet amendement corrige une lacune importante de la loi. Aucune recherche concernant l'intégrité humaine ne devrait pouvoir échapper à une approbation par un comité d'éthique de la recherche validement constitué.

Dans les notes explicatives accompagnant une version administrative de la loi d'amendement³⁸, on mentionne avec raison que « [...] la loi n'exige pas qu'il s'agisse d'un comité d'éthique de la recherche désigné par le ministre de la Santé et des Services sociaux, contrairement à ce qui est requis pour les recherches impliquant des mineurs ou des majeurs inaptes ». D'après l'article 21, alinéa 4 C.c.Q. tel qu'amendé, on a donc retenu l'exigence selon laquelle, dans le cas d'un projet de recherche touchant les mineurs ou les majeurs inaptes, on doit obtenir l'approbation d'un comité d'éthique institué par le ministre de la Santé et des Services sociaux³⁹.

En effet, les comités d'éthique jouissent d'une compétence valable dans leur propre juridiction. Ainsi, un projet de recherche sur des mineurs ou des majeurs inaptes, destiné à être poursuivi dans une institution québécoise, mais financé par Santé Canada, aurait besoin de l'autorisation du Comité d'éthique de la recherche de cette dernière en sus de celui établi par le gouvernement québécois. Ainsi, l'approbation de chaque comité ayant compé-

37. Voir Jocelyn DOWNIE et Fiona McDONALD, « Revisioning the Oversight of Research Involving Humans in Canada », (2004) 12 *Health L. J.* 159, par. 16 où les auteurs décrivent l'état de la situation à travers le Canada, soulignant que l'absence de surveillance d'un bon nombre de projets de recherche est un problème majeur. Avec la modification apportée au Code civil, le Québec évite désormais ce problème.

38. Préparée par la Direction de l'éthique et de la qualité du MSSS (<http://ethique.msss.gouv.qc.ca/site/228.587.1.0.1.0.phtml>),

39. « Conditions d'exercice des comités d'éthique de la recherche désignés ou institués par le ministre de la Santé et des Services sociaux en vertu de l'article 21 du Code civil », *Gazette Officielle du Québec*, 29 août 1998, 130^e année, n° 35, p. 1039. « Les comités d'éthique de la recherche désignés par le ministre [...] ont pour mandat d'approuver les projets de recherche effectués auprès de personnes mineures ou majeures inaptes. »

tence serait assujettie à ses propres règles concernant sa composition et ses exigences éthiques⁴⁰.

Conclusion

À la lecture de la récente loi modifiant le *Code civil*, nous constatons que l'un de ses aspects prédominants est d'abord le remplacement du mot « expérimentation » par la notion plus générale de « recherche susceptible de porter atteinte à l'intégrité ». Loin d'être une modification banale, ce changement élargit de façon importante les genres de recherches désormais régis par le *Code civil*. Prétendre autre chose aboutirait à la conclusion que le législateur s'est mépris sur les notions fondamentales en bioéthique.

Des changements aux exigences du consentement, surtout à l'égard des majeurs inaptes et des mineurs, font aussi partie des modifications apportées au *Code civil*. Il serait dès lors possible de poursuivre des recherches sur les majeurs inaptes non représentés, mais avec la permission des personnes autorisées à consentir aux soins en vertu de l'article 15 C.c.Q. Une condition fondamentale ajoutée aux exigences de l'article 21 est l'absence de risque ou pire, que le risque soit minimal. En ce qui concerne les

40. Selon les directives du ministre de la Santé et des Services sociaux, *ibid*, les comités d'éthique doivent « [...] au minimum - s'assurer en premier lieu de la validité scientifique et de la pertinence de l'étude ainsi que la compétence des chercheurs; - déterminer s'il y a équilibre entre les risques et les avantages pour la personne et chercher, lorsque le cas s'y prête, les retombées éventuelles d'un tel projet sur la santé des personnes présentant les mêmes caractéristiques - âge, maladie ou handicap - que les personnes soumises à l'expérimentation; - examiner le mode de sélection des personnes et évaluer les modalités de consentement à la recherche; - porter une attention particulière à la confidentialité ». En ce qui concerne l'approbation du CÉR de Santé Canada, l'évaluation doit être conforme aux exigences de l'EPTC2 qui pourrait ajouter à ces exigences. En ce qui concerne les difficultés inhérentes à la nécessité d'obtenir l'approbation de plusieurs comités d'éthiques, notamment pour des recherches multicentriques, voir J. DOWNIE et F. McDONALD, préc., note 37, n° 54 - 59.

mineurs de plus de 14 ans, on leur permettra désormais, avec l'approbation du comité d'éthique de la recherche, de consentir seuls à la recherche lorsque cette recherche ne comportera qu'un risque minimal et que les circonstances le justifieront. De manière plus générale, en ce qui concerne la forme de l'acquiescement à la recherche, il serait possible de n'exiger qu'un consentement autre que par écrit si, d'après le comité d'éthique de la recherche, les circonstances le permettraient.

Une autre modification de nature fondamentale est l'exigence que tout projet de recherche susceptible de porter atteinte à l'intégrité de la personne reçoive l'approbation d'un comité d'éthique de recherche ayant la compétence à agir.

Enfin, nous remarquons qu'aucun changement n'a été apporté à l'article 25 alinéa 2 C.c.Q. interdisant une « [...] contrepartie financière hormis le versement d'une indemnité en compensation des pertes et des contraintes subies ». Malheureusement, ce texte, pourtant clair, dissimule une réalité où la pratique courante est tout autre⁴¹. Rappelons qu'en ce qui concerne les principes de la responsabilité civile, l'indemnisation des pertes et la compensation des inconvénients sont déterminées en fonction des lois du marché et de la situation réelle de la personne devant être indemnisée. En d'autres mots, l'évaluation doit se faire *in concreto*. En revanche, les entreprises privées ainsi que les établissements publics tels que les centres de recherche, les universités et les autres entités recrutant des sujets de recherche, font constamment appel aux « volontaires » pour des essais cliniques. Un montant fixe et uniforme est habituellement déterminé pour tous ceux qui accepteraient une telle proposition. Cette indemnité est censée compenser la personne pour les inconvénients résultant de sa participation à la recherche. Alors logiquement, les montants offerts devraient varier selon la

41. Selon Trudo LEMMENS et Carl ELLIOTT, « Guinea Pigs On the Payroll : The Ethics of Paying Research Subjects », (1999) 7:1 *Accountability in Research : Policies and Quality Assurance* 3, p. 4, « Often [IRBs] attempt to sidestep the ethical question by labeling the 'compensation' rather than 'payment' ».

situation réelle du volontaire, ce qui n'est pas toujours le cas, car en réalité, les tarifs offerts aux sujets sont déterminés en fonction de l'étude en question plutôt qu'en relation avec la situation financière ou personnelle de chaque participant. Habituellement, les étudiants et les personnes économiquement défavorisées sont ciblés par cette publicité. Il nous semble, peut-être naïvement, que la notion d'enrichissement ne devrait pas être présente, car en principe, lors de l'adoption du *Code civil*, le législateur voulait écarter l'esprit de lucre⁴². Et pourtant, dans certains cas, nous sommes presque en présence d'un louage de services. L'altruisme dans ce cas est une fiction⁴³. Il est évident qu'il n'y a aucune volonté politique de vouloir perturber «l'industrie» des essais cliniques au Québec.

42. *Commentaires du ministre de la justice, Le Code civil du Québec*, t. 1, Québec, Les Publications du Québec, 1993, p. 25 où il y est écrit que « [l]e second alinéa [de l'article 25] vise à étendre le principe de la gratuité des aliénations de parties ou de produits du corps aux expérimentations; il précise cependant qu'en cette matière, l'indemnisation des pertes et des contraintes subies n'est pas prohibée ». Comme l'avait remarqué Maurice TANCELIN dans « Les silences du Code civil du Québec », (1994) 39 *R.D. McGill* 747 et 755, « Ce qui est interdit directement est permis indirectement par le biais extrêmement flou des qualifications. Autrement dit, pas de prix, mais une indemnité. »

43. Pour une étude de l'historique du versement des prestations des participants à la recherche, voir Leah HUTT, « Paying Research Subjects : Historical Considerations », (2003) 12 *Health L. Rev.* 16.