Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Volume 44 – Numéro 2-3

Année : 2014

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/10204>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/10204>

Page vide laissée intentionnellement.

Articles

LE DROIT SELON LE MODÈLE DE LA LOI DE LA LOI : LES LIMITES DE LA THÉORIE DE LA RECONNAISSANCE DE HONNETH ET DE L'INTERPRÉTATION ANTHROPOLOGIQUE DU DROIT DE SUPIOT.....	233
Par Jacques LENOBLE	
LES DÉBATS CONCERNANT LE DROIT FRANÇAIS ET LE DROIT ANGLAIS ANTÉRIEUREMENT À L'ADOPTION DE L'ACTE DE QUÉBEC DE 1774	259
Par Michel MORIN	
LA DÉMOCRATIE ÉTUDIANTE, LA GRÈVE ÉTUDIANTE ET LEUR RÉGULATION PAR LE DROIT.....	307
Par Finn MAKELA	
CONTRIBUTION À LA RÉFLEXION SUR LA GRÈVE ÉTUDIANTE ET LE DROIT DES CONTRATS : OU COMMENT CONCILIER L'AUTONOMIE DES INDIVIDUS, DES ASSOCIATIONS ET DES ÉTABLISSEMENTS.....	417
Par Guillaume ROUSSEAU Marie Danielle ALARIE	
LE PRÊT ENTRE PARTICULIERS PAR INTERNET	463
Par Marc LACOURSIÈRE Arthur OULAÏ	
ANALYSE DES BÉNÉFICES PUBLICS TANGIBLES OFFERTS PAR LES ORGANISATIONS RELIGIEUSES	531
Par Luc GRENON	
DES CONTOURS DE L'INTÉRÊT DE L'ENFANT À SON INSTRUMENTALISATION : EXEMPLE D'UNE RÉFORME ANNONCÉE EN MATIÈRE D'ADOPTION	569
Par Andréanne MALACKET	

Page vide laissée intentionnellement.

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

- Titre :** LE DROIT SELON LE MODÈLE DE LA LOI DE LA LOI : LES LIMITES DE LA THÉORIE DE LA RECONNAISSANCE DE HONNETH ET DE L'INTERPRÉTATION ANTHROPOLOGIQUE DU DROIT DE SUPLOT
- Auteur(s) :** Jacques LENOBLE
- Revue :** *RDUS*, 2014, volume 44, numéro 2-3
- Pages :** **233-258**
- ISSN :** 0317-9656
- Éditeur :** Université de Sherbrooke. Faculté de droit.
- URI :** <http://hdl.handle.net/11143/9936>
- DOI :** <https://doi.org/10.17118/11143/9936>

Page vide laissée intentionnellement.

LE DROIT SELON LE MODÈLE DE LA LOI DE LA LOI : LES LIMITES DE LA THÉORIE DE LA RECONNAISSANCE DE HONNETH ET DE L'INTERPRÉTATION ANTHROPOLOGIQUE DU DROIT DE SUPIOT

par Jacques LENOBLE*

Cet article montre les limites de la démarche épistémologique privilégiée par la théorie de la reconnaissance d'Axel Honneth. Pour interroger cette démarche, l'auteur s'intéresse à la conception anthropologique du droit d'Alain Supiot qui subordonne, tout comme la théorie de la reconnaissance, la possibilité du droit à une condition qui lui est extérieure, à une métarègle, une loi de la loi. En s'appuyant sur un principe extérieur qui en garantirait l'opérativité et l'effectivité, le droit ainsi pensé présuppose la capacité du social à s'auto-transformer en fonction des exigences de la raison. Chez Honneth, l'existence de l'opération d'apprentissage des sujets individuels et collectifs demeure supposée, tandis que chez Supiot, la loi de la loi est assurée par ce Tiers garant mis en position de condition transcendentale de tout ordre juridique. Tout en insistant sur le caractère problématique du modèle de la loi de la loi, le présent article propose un déplacement épistémologique prenant acte de la dimension pragmatique de l'indétermination. La finitude de la raison implique qu'il n'est pas possible, ni dans la perspective de la norme elle-même ni dans celle du juge au moment interprétatif, de formaliser les conditions de l'application. La possibilité du droit à se réaliser effectivement dépend plutôt à la fois de l'usage qui en est fait par ceux qui ont charge de l'appliquer et de sa construction coopérative par tous les acteurs concernés

---

This article sets out the limits of the epistemological approach favored by the theory of recognition of Axel Honneth. In examining this approach, the writer looks at the anthropological conception of law by Alain Supiot, which points out, like the theory of recognition, the possibility of law being dependent upon an external condition, a meta-rule, a law of the law. By relying on an external principle which would ensure its operability and effectiveness, the law so conceived presupposes the capacity of social actors to transform themselves, based on the requirements of reason. For Honneth, the existence of the learning operation of individual and collective subjects is still supposed, while for Supiot, the law of the law is guaranteed by the "Other" put in a transcendental position of any legal order. While emphasizing the problematic nature of the model of the law of the law, this paper proposes an epistemological shift based on the pragmatic dimension of indeterminacy. Finitude of reason means that it is not possible, neither in the context of the norm itself nor in the perspective of the judge at the time of interpretation, to formalize the conditions of application. Rather, the possibility of the law becoming effective depends on both the use made of it by those responsible for its implementation as well as its cooperative construction by all stakeholders.

---

*. Professeur au Centre de philosophie du droit, UCL.

SOMMAIRE

- 1. Le droit et la théorie de la reconnaissance 235**
- 2. Dynamique du droit et contractualisation 240**
- 3. Le droit et les conditions de l'autonomie du sujet..... 243**
- 4. Un nécessaire déplacement épistémologique ou
les limites du modèle de la loi de la loi 248**

1. Le droit et la théorie de la reconnaissance

La théorie de A. Honneth peut être synthétisée à l'aide de trois idées simples. La première est celle d'une reconstruction du processus de transformation sociale comme un processus guidé par les « exigences normatives structurellement inscrites dans la relation de reconnaissance mutuelle »¹. En ce sens, A. Honneth entend prolonger Hegel qui « a inauguré un mouvement de pensée dans lequel les dissensions sociales sont rapportées, contre Machiavel et Hobbes, à l'expérience du rejet de certaines exigences morales »².

Ces exigences normatives – et c'est la seconde idée – se déploient sur les trois formes de reconnaissance par autrui (l'amour, le droit et l'estime sociale) qui conditionnent, pour toute personne, « la possibilité de relation harmonieuse à soi-même »³. Le droit moderne, pour se limiter à lui, répond à la question suivante : quels sont les droits et obligations qu'il y a lieu de reconnaître aux personnes alors que celles-ci se respectent comme des êtres égaux ? Dans le cadre postconventionnel du droit moderne, le système juridique ne peut être compris que comme l'expression d'intérêts universalisables, comme l'expression de droits et d'obligations adoptés par des personnes libres et égales. La relation de réciprocité qu'implique cette reconnaissance juridique de type universaliste signifie donc qu'une même autonomie juridique est reconnue à toute personne. Cette fondation universaliste de la reconnaissance juridique qui fonde dorénavant l'obligation d'obéissance à la loi implique cependant un travail de « concrétisation ». C'est que, en effet, si, dans le droit moderne, les sujets libres et égaux se reconnaissent comme mutuellement moralement responsables, il reste à définir les capacités – et donc les droits et les devoirs – qu'il y a lieu de reconnaître au titre de cette qualité de personne moralement responsable. Comme le dit A. Honneth, « l'indétermination essentielle de ce qui constitue le statut d'une personne responsable inscrit au cœur du droit moderne une ouverture structurelle à des précisions et des élargissements progressifs »⁴. Cet élargissement sera le fruit d'un processus historique orienté par la lutte pour le « respect de sa qualité de personne juridique » et des droits qu'il y a lieu de se faire

-
1. Axel HONNETH, *La lutte pour la reconnaissance*, trad. française par P. RUSCH, Paris, Cerf, 2008, p. 9.
  2. *Id.*, p. 173.
  3. *Id.*, p. 8.
  4. *Id.*, p. 135.

reconnaître au nom de l'égalité des sujets de droit. Cette lutte pour le respect prend la forme de conflits qui sont à la base de la transformation de la normativité juridique et de l'extension des droits reconnus aux sujets de droit⁵.

Enfin – et c'est la troisième idée –, si « la lutte pour la reconnaissance constitue la force morale qui alimente le développement et le progrès de la société humaine »⁶, elle trouve son point d'ancrage motivationnel dans les trois formes de mépris (la violence physique, l'exclusion juridique et l'atteinte à la dignité humaine) qui peuvent affecter les trois formes de reconnaissance : « l'expérience du mépris est à l'origine d'une prise de conscience, affectivement marquée, d'où naissent les mouvements de résistance sociale et les soulèvements collectifs »⁷. L'idée est que les « réactions émotionnelles négatives » au mépris « constituent les symptômes psychiques à partir desquels un sujet peut prendre conscience qu'il est illégitimement privé de reconnaissance sociale »⁸. Et A. Honneth de s'appuyer sur la théorie des émotions développée par Dewey en rapport avec sa théorie de l'action : « les émotions, d'une manière générale, sont donc pour Dewey les réactions affectives au succès ou à l'insuccès de nos intentions »⁹. Par voie de conséquence, souligne A. Honneth, de telles « émotions négatives suscitées par l'expérience du mépris des exigences de reconnaissance », permet d'induire, chez le sujet, « un motif de résistance politique »¹⁰. Sans doute, une telle résistance ne se développera que là où cette prise de conscience peut s'appuyer sur un « mouvement social déjà constitué » ; mais, le développement de tels mouvements collectifs nécessite d'être explicité au départ de « la dynamique des expériences morales »¹¹.

---

5. « L'élargissement cumulatif des exigences juridiques individuelles, tel qu'il s'est produit dans les sociétés modernes, peut être compris comme un processus au cours duquel le champ des qualités universelles attribuées à une personne moralement responsable s'est progressivement étendu, parce qu'il a été nécessaire, sous la pression d'une lutte pour la reconnaissance, d'augmenter le nombre des conditions dont dépend la participation à la formation d'une volonté collective rationnelle. » (*Id.*, p. 140).

6. *Id.*, p. 171.

7. *Id.*

8. *Id.*, p. 166.

9. *Id.*, p. 167.

10. *Id.*, p. 169.

11. *Id.*, p. 170. Ceci conduit d'ailleurs A. Honneth à caractériser différemment l'enjeu des trois formes de reconnaissance du point de vue de la dynamique des conflits sociaux. « Ces trois sphères n'induisent certes pas toutes des tensions morales susceptibles de déclencher des conflits ou des confrontations sociales : car on ne peut qualifier une « lutte » de sociale

Ces trois idées traduisent l'opération épistémologique de A. Honneth. La société moderne repose sur un fondement d'exigence normative qu'exprime l'idée d'autonomie kantienne sous sa double forme de liberté et d'égalité universalistes. Cette idée d'autonomie ne s'exprime cependant qu'à travers un processus d'autoréalisation et qu'à travers l'effectuation historique progressive des exigences normatives portées par l'idée de reconnaissance. Cette autoréalisation du principe d'autonomie à travers les progrès du droit traduit ainsi un processus de rationalisation progressive du réel social, permettant, par les conflits sociaux, d'assurer un dépassement progressif des pathologies sociales de la liberté.

Enfin, et c'est ce qu'exprime la troisième idée, ce processus de rationalisation, comme chez J. Habermas, repose sur une opération d'apprentissage moral. Certes, à la différence de Habermas, cette opération d'apprentissage ne repose pas ici sur les compétences communicationnelles des acteurs et les exigences normatives qu'elles sont supposées impliquer. Chez A. Honneth, l'opération d'apprentissage repose sur la dynamique des affects liés à l'expérience « de l'offense liée à la violation des principes intuitifs de la justice »¹². Mais, cette opération d'apprentissage est conçue comme liée à une capacité supposée donnée, sans, par conséquent, qu'aucune attention ne soit apportée à l'opération qui consisterait à apprendre à apprendre. Le seul ressort de l'expérience affective du mépris est supposé enseigner le sujet de ses attentes normatives de reconnaissance et susciter le besoin ressenti de modifier ce qui cause leur non réalisation.

Ainsi, s'agissant du concept de droit, A. Honneth entend dépasser les approches habituelles du droit qui le réduisent au seul jeu formel de la normativité étatique. Il s'inscrit ici dans ce qu'il définit lui-même comme le geste théorique posé par Hegel dans sa *Philosophie du droit*.

Hegel a voulu entendre par « droit » quelque chose qui ne recouvre pas ce que ses contemporains en philosophie

---

qu'au sens où ses objectifs sont généralisables par-delà l'horizon des intentions individuelles, pour servir de base à un mouvement collectif. L'amour, comme forme élémentaire de reconnaissance, n'implique pas d'expériences morales capables par elles-mêmes d'entraîner l'émergence de conflits sociaux » (*Id.*, p. 193).

12. Olivier VOIROL, Préface à Axel HONNETH, *La Société du mépris*, trad. française par O. VOIROL, P. RUSCH et A. DUPEYRIX, Paris, La Découverte, 2008, p. 17.

entendaient par là : contrairement à Kant ou à Fichte¹³ – qui désignaient tous deux par le concept de « droit » l'ordre étatique de la vie collective régulée par la loi et qui, en conséquence, insistaient sur le moment de la contrainte étatique –, Hegel entend par le même concept l'ensemble des présuppositions sociales dont on peut montrer qu'elles sont indispensables à la réalisation de la « volonté libre » de chaque sujet singulier¹⁴.

Ce sont ces présuppositions sociales que Hegel vise par l'expression de « *Sittlichkeit* », cet ensemble éthique des conditions sociales de l'autoréalisation individuelle. C'est cette même idée que Honneth reprend à son compte et s'efforce de penser dans un cadre post-métaphysique. Le droit ne peut assurer sa finalité régulatoire (assurer la réalisation des exigences normatives du principe d'autonomie) qu'en s'appuyant sur une opération d'apprentissage moral garantissant l'intériorisation par les sujets des conditions motivationnelles requises pour le respect des exigences normatives de la reconnaissance. Mais, dans le même temps, comme on l'a vu, si le droit formel est ainsi subordonné à une condition qui lui est extérieure, cette condition est toujours supposée déjà réalisée. Sans doute, cette supposition n'empêche pas la dynamique historique. Le droit n'arrête pas de se transformer en parallèle à la dynamique des conflits sociaux par laquelle se construit historiquement l'autoréalisation des exigences de la reconnaissance intersubjective. Mais, cette dynamique est conçue en termes de règles. Elle est elle-même l'effet d'une opération dont les conditions de réussite sont supposées toujours déjà données. Ainsi, pourrait-on dire, le droit reste pensé en termes de règles : la capacité des règles légales à assurer le vivre-ensemble dépend d'une condition qui leur est externe et qui fonctionne comme une garantie externe. C'est le jeu d'une métarègle (celle qui garantit l'opération d'apprentissage exigée pour l'autoréalisation sociale des conditions de la reconnaissance) qui assure la capacité de la règle légale du droit à assurer sa fonction régulatoire et, dans ce cadre, à traduire la prise

---

13. C'est à tort que A. Honneth cite ici Fichte. M. Maesschalck a bien montré combien Fichte aussi entendait, quoique de manière d'ailleurs plus radicale et épistémologiquement plus conséquente, relier la capacité régulatoire du droit à une opération d'apprentissage moral que le seul jeu de la formalité juridique ne pouvait assurer par elle-même. Voir sur ceci, Marc MAESSCHALCK, *Droit et Création sociale chez Fichte*, Louvain-Paris, Peeters, 1996.

14. Axel HONNETH, *Les pathologies de la liberté. Une réactualisation de la Philosophie du droit de Hegel*, trad. française par F. FIESBACH, Paris, La Découverte, 2008, p. 42.

en compte progressive des exigences normatives portées par la liberté et l'égalité universalistes.

Pour interroger la démarche de A. Honneth et en montrer les conséquences problématiques, nous allons faire le détour par un auteur qui aide à approfondir la conception du droit que cette démarche implique. Cet auteur est Alain Supiot, principalement dans les réflexions développées récemment dans son ouvrage *Homo Juridicus*¹⁵. Quels sont, en effet, les avantages de ce « détour » ? Tout d'abord, la réflexion de Supiot prend pour point de départ l'évolution actuelle du droit des démocraties avancées. Or, cette évolution – marquée par une diminution du rôle de la loi étatique et une extension du rôle du contrat dans un contexte dit de « mondialisation » et de valorisation d'une régulation par le mécanisme du marché –, loin de traduire la poursuite de l'autoréalisation croissante des exigences de reconnaissance sociale, semble, au contraire, constituer une menace pour les droits sociaux et les mécanismes de solidarité sociale qu'avaient promus nos démocraties sociales. La thèse de Supiot est que cette évolution, malheureuse donc au regard des exigences portées par une théorie de la reconnaissance sociale (pour reprendre l'expression de Honneth), repose sur une conception inadéquate du droit et une méconnaissance des conditions juridiques requises pour que le droit puisse assurer sa fonction anthropologique et régulateur. Déjà cette première observation permet d'interroger la thèse de A. Honneth. Le fait que le droit se transforme en un mode de normativité qui semble menacer le processus d'autoréalisation des conditions de la reconnaissance n'oblige-t-il pas à nuancer la thèse d'une dynamique auto-réalisatrice et de sa manifestation quasi automatique dans le droit ? Cela n'indique-t-il pas qu'à tout le moins, une des conditions d'une telle dynamique serait conditionnée par l'adoption, au sein d'un groupe social, d'une approche du droit qui respecte les conditions de ce que Supiot appelle la fonction anthropologique du droit, c'est-à-dire les conditions nécessaires à l'émergence d'une subjectivation des individus et, par conséquent, au maintien d'un lien social ? Mais, le caractère problématique de la thèse de A. Honneth est plus profond encore. En effet, l'avantage du détour par la thèse de Supiot est que celui-ci adopte, pour dégager ce que seraient, selon lui, les conditions nécessaires, une même démarche épistémologique que celle opérée par Honneth : le droit ne pourrait assurer sa finalité d'instauration d'un vivre-ensemble répondant à nos attentes normatives qu'en s'appuyant sur un

---

15. Alain SUPIOT, *Homo Juridicus : Essai sur la fonction anthropologique du Droit*, Paris, Seuil, 2005.

principe extérieur qui en garantirait l'opérativité. L'avantage des réflexions de Supiot est cependant qu'elles déploient de façon plus explicite, sur le plan proprement juridique, les présupposés et la nature de ce renvoi à une métarègle qui garantirait la capacité de la norme juridique à réaliser sa fonction sociale, ce renvoi donc à une « loi de la loi ». Et, ce faisant, elles nous permettront aussi de montrer le caractère fortement problématique d'une telle démarche épistémologique.

Reprenons donc ces divers éléments. Nous esquisserons d'abord le phénomène dit de la contractualisation récente du droit (2); nous développerons ensuite la nature des éléments essentiels du concept de droit que l'idéologie sous-jacente à cette contractualisation méconnaîtrait et qui conditionneraient cependant, selon A. Supiot, la capacité du droit à assurer la réalisation effective des exigences portées par les principes de liberté et d'égalité universalistes (3); enfin, nous montrerons le caractère problématique de la démarche épistémologique mobilisée par une telle approche du concept de droit (4).

2. Dynamique du droit et contractualisation

La démarche d'A. Supiot consiste à dénoncer les effets dommageables de l'orientation actuelle du droit, à tout le moins là où elle s'appuie sur la représentation dominante qui en est donnée. Cette orientation est celle dite de la « contractualisation » et la représentation dominante – qui trouve évidemment sa formulation la plus explicite dans le mouvement *Law and Economics* – consiste à valoriser la substitution de la régulation par l'échange et le contrat à celle par la loi.

Le contrat « serait en train de devenir une catégorie universelle, témoignant par là que la manière occidentale de penser l'homme et la société aurait vocation à s'étendre au monde entier. Tel est du moins le credo de la « mondialisation » qui célèbre d'un même mouvement les vertus du libre-échange et celles du contrat, réputé flexible, égalitaire et émancipateur, par opposition aux pesanteurs des États et aux tares de la loi réputée rigide, unilatérale et asservissante. On peut à bon droit parler à ce sujet de contractualisme, c'est-à-dire d'une idéologie, qu'il ne faut pas confondre avec la contractualisation. Le contractualisme, l'idée selon laquelle le lien contractuel serait la forme la plus achevée du lien social et aurait vocation à se substituer partout aux impératifs unilatéraux de la loi, est une composante de l'idéologie économique, qui conçoit la société comme un amas d'individus mus par la seule

vertu du calcul d'intérêts. La contractualisation, elle, désigne l'extension objective du recours aux techniques contractuelles. Elle dévoile en s'opérant des effets souvent différents des promesses du contractualisme »¹⁶. Cette différence d'effets se constate sur deux plans.

Sur le plan de la technique normative et de la technique contractuelle elle-même d'abord. « Loin de désigner la victoire du contrat sur la loi, la « contractualisation » de la société est bien plutôt le symptôme de l'hybridation de la loi et du contrat et de la réactivation des manières féodales de tisser le lien social »¹⁷. Premièrement, « l'affaiblissement des États ne peut que s'accompagner d'un démembrement de la figure du Tiers gardien des pactes, d'où notamment la prolifération des Autorités indépendantes, chargées de la police contractuelle dans un ensemble régional (Commission européenne) ou dans un domaine d'activité déterminé (énergie, bourse, transports, télécommunications, audiovisuel, biotechnologies, informatique, sécurité alimentaire, hôpitaux, médicaments etc.) »¹⁸. Deuxièmement, le renvoi vers le contrat et la négociation des questions anciennement traitées par la loi « conduit à une diversification du régime juridique du contrat selon son objet, c'est-à-dire à un pullulement de « contrats spéciaux » qui nous ramène à la technique des « contrats nommés » du droit romain »¹⁹. Bien plus, des traits constitutifs du modèle contractuel conçu comme un échange librement consenti entre égaux font progressivement défaut. En témoignent la multiplication des entorses au principe de l'effet relatif des contrats²⁰, au principe d'égalité des parties²¹, ou encore l'usage de

---

16. *Id.* p. 142 et 143. Notons que l'auteur semble ranger le mouvement de procéduralisation du droit sous le chapeau du « contractualisme » puisqu'il qualifie ce mouvement « d'avatar du paradigme du marché » (p. 131). Mais l'appellation semble ailleurs, par contre, identifier un processus de transformation technique des dispositifs normatifs indépendamment de la lecture théorique et de sa légitimation (p. 167).

17. Alain Supiot reprend ici une expression de Pierre LEGENDRE, « Remarques sur la reféodalisation de la France », dans les *Études offertes à Georges Dupuis*, Paris, L.G.D.J., 1997, p. 201 et suiv.

18. *Id.*, p. 166.

19. *Id.*, p. 167 et 168.

20. « Le principe de l'effet relatif des conventions est mis en échec avec le développement d'accords qui, sur le modèle de la convention collective, ne lient pas seulement les personnes contractantes, mais qui engagent les collectivités représentées par elles. Le contrat s'hybride alors de règlement et étend ses effets à des groupes. » (*Id.*, p. 168 et 69).

21. « C'est aussi le principe d'égalité qui peut régresser, notamment dans le cadre des politiques de décentralisation des organisations (publiques ou privées), lorsque le contrat a pour objet de hiérarchiser les intérêts des

la technique contractuelle non pas pour échanger des biens ou conclure une alliance entre égaux mais pour « légitimer l'exercice d'un pouvoir »²².

Mais cette différence d'effets se constate aussi et même surtout sur le plan des conséquences sociales. L'optimisation de l'efficacité recherchée par l'extension du domaine du contrat débouche sur la destruction des anciennes politiques de solidarité et la diminution des protections sociales²³. Ensuite, et peut-être plus profondément, le fait que la contractualisation soit aujourd'hui

---

parties ou de ceux qu'ils représentent, de fonder un pouvoir de contrôle des uns sur les autres, ou de mettre en œuvre des impératifs d'intérêt collectif non négociables dans leur principe. Du contrat d'insertion aux contrats de plan, des conventions de la Sécurité sociale aux contrats de sous-traitance, les exemples abondent de telles figures contractuelles, en Droit public, en Droit social, en droit international ou en Droit des affaires » (*Id.*, p. 169).

22. *Id.* Et A. SUPROT de noter qu'émergent ainsi deux nouveaux types de contrats qui répondent à cette vocation d'être un « instrument d'assujettissement » : les « contrats de dépendance » (telles les nouvelles formes d'organisation de la vie économique dans les secteurs de la distribution, de la sous-traitance, de l'intégration agricole qui « prennent à revers le Droit du travail et le Droit de la responsabilité et ouvrent la voie à des formes inédites de pouvoir sur les hommes », p. 170 et 171) et les « contrats dirigés » qui, sous la forme d'accords-cadres, « définissent des règles d'intérêt collectif auxquelles devront se plier les contrats entrant dans leur champ d'application » (ainsi, par exemple, « les contrats de plan, les conventions médicales ou les conventions légiférantes introduites dans le Droit social communautaire ») (p. 171).

23. « Les États sont invités (par les organisations internationales) à démanteler toutes (les lois nationales) qui, organisant des solidarités « locales » (services publics, mutuelles, aides publiques), apparaissent comme un obstacle au libre-échange des produits, des services et des capitaux. Les organisations chargées du « social » (OIT, UNESCO, OMS, etc.) n'ont en revanche à distribuer ni argent ni certitudes et ne cessent de réviser leurs ambitions à la baisse. Hier il s'agissait de faire accéder tous les hommes au bien-être occidental; aujourd'hui on se replie sur les revendications minimales qui furent celles des premiers philanthropes sociaux du XIX^e siècle : cantonner les épidémies, interdire le travail forcé, limiter le travail des enfants... Cette tendance du contrat à déborder des cadres où l'enfermait l'État se manifeste par un recul de tout ce qui, dans la définition des personnes, des choses ou du temps, pourrait entraver le libre jeu de sa négociation. Sont ainsi remises en cause les constructions juridiques qui, sous l'égide des États, réunissaient les dimensions « économique » et « sociale » du travail. La déréglementation du Droit du travail, d'un côté, et la généralisation des minima sociaux, de l'autre, apparaissent ainsi comme les deux faces d'une même médaille où le travail figurerait comme chose débarrassée de la personne, libre à l'achat et à la vente, et où la personne n'apparaîtrait qu'en cas de « besoins » assez criants pour ne pas pouvoir être ignorés par la collectivité » (*Id.*, p. 164 et 165).

principalement associée et réfléchie dans les termes de l'idéologie contractualiste débouche sur la menace d'une dissolution progressive du lien social. Même si la fonction de Tiers garant des pactes peut ne pas être indissolublement liée à l'État, le primat donné à la seule figure du contrat et la promotion d'un ordre social pensé au départ du calcul d'utilité individuelle rendent malaisée et oblitérée cette fonction de Tiers garant de la parole donnée et de la confiance. Or, cette fonction

structurale de gardien des pactes [...] ne pourrait rester vacante sans ruiner l'idée même d'ordre juridique car sans gardien de la parole donnée, seule la force compte. [...] La confiance, étant une valeur incalculable, ne compte ici plus pour rien. [...] Car un monde où chacun ne se trouve ainsi tenu par ses engagements que dans la mesure où cela l'arrange est un monde où la parole ne vaut plus rien. Une société fondée sur de telles prémisses ne peut que devenir de plus en plus violente et de plus en plus policière²⁴.

3. Le droit et les conditions de l'autonomie du sujet

Cette menace de dissolution du lien social que génère l'idéologie contractualiste est liée à ce que Supiot appelle la fonction anthropologique du droit. C'est qu'en effet, cette référence à un Tiers garant traduirait, selon Supiot, une dimension constitutive de toute subjectivité. À ce titre, elle conditionnerait la possibilité d'identité d'un sujet, qu'il soit individuel ou collectif. À ce titre donc, un système juridique qui ne la respecterait pas se révélerait incapable de fonder le lien social, c'est-à-dire de rendre possible l'existence même d'une société avec ce qu'elle implique de sens partagé. Cette dimension révèle, note Supiot, ce que P. Legendre appelle la dimension « dogmatique » où s'enracine toute subjectivité, individuelle ou collective.

« C'est à Pierre Legendre que l'on doit d'avoir remis ce concept de dogmatique au cœur de l'analyse de la modernité. [...] la dogmatique est aujourd'hui perçue comme l'antithèse de la raison. Et pourtant la raison humaine repose, aujourd'hui comme hier en Occident comme ailleurs, sur des fondements dogmatiques, c'est-à-dire sur l'existence d'un "lieu de la vérité légale, postulé et

---

24. *Id.*, p. 173-175.

socialement mis en scène comme tel²⁵. L'accès à la parole, qui est le propre de l'humanité, est aussi une porte ouverte à tous les délire. La dogmatique est là pour fermer cette porte. Cette dimension dogmatique de la raison humaine n'échappait pas aux pères fondateurs des sciences de l'Homme. Selon Tocqueville, "les croyances dogmatiques [...] peuvent changer de forme et d'objet; mais on ne saurait faire qu'il n'y ait pas de croyances dogmatiques, c'est-à-dire d'opinions que les hommes reçoivent de confiance et sans les discuter"²⁶ »²⁷.

Cette dogmaticité du droit²⁸ ne serait d'ailleurs que l'expression de la dogmaticité de la langue : « la liberté de parole et la possibilité de communiquer n'y seraient pas possibles sans la dogmaticité de la langue »²⁹. Comment, en effet, serait-il possible d'user du langage sans accepter ce déjà-là des règles de la sémantique et de la syntaxe? Cette antériorité qui s'impose à nous est révélatrice, relève Supiot, de cette dimension de la structure dogmatique et normative qui conditionnerait toute identité. La subjectivité, individuelle ou collective, ne serait possible qu'à la condition de reconnaître cette limitation constitutive de la loi qui s'impose. C'est bien là qu'apparaît, continue Supiot, le « délire fantasmatique » de l'idéologie contractualiste qui domine notre présent, l'idée que tout serait dorénavant l'effet de notre libre choix et de notre volonté³⁰. Une telle idéologie méconnaît le rapport constitutif que toute autonomie entretiendrait avec une dimension

-
25. *Id.*, p. 21. Pierre LEGENDRE, *Sur la question dogmatique en Occident*, Paris, Fayard, 1999, p. 78. En ce sens, dit SUPLOT, « l'homme ne naît pas rationnel, il le devient en accédant à un sens partagé avec les autres hommes. Chaque société humaine est ainsi à sa manière l'instituteur de la raison » (*Id.*, p. 9), dans le même moment où il nous faut constater que « tout être humain vient ainsi au monde avec une créance de sens, du sens d'un monde déjà là, qui confère une signification à son existence » (*Id.*, p. 7).
26. Alexis DE TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique*, t. 2, Paris, Gallimard, 1961, p. 20.
27. A. SUPLOT, *Homo Juridicus: Essai sur la fonction anthropologique du Droit*, préc., note 15, p. 21.
28. « En fin de compte, aucun État, pas même ceux qui se proclament absolument laïcs, ne saurait se maintenir sans mobiliser un certain nombre de croyances fondatrices, qui échappent à toute démonstration expérimentale et déterminent sa manière d'être et d'agir » (*Id.*, p. 18).
29. *Id.*
30. « Mais, coupée de sa racine religieuse, la loi a aussi libéré le « désir de puissance qui habite l'homme et qui nie toute distance ». La place de la loi divine étant devenue vacante, l'Homme ne pouvait manquer de chercher à l'occuper, et de tenir lui-même le discours fondateur de toute loi » (*Id.*, p. 102).

d'hétéronomie. Elle méconnaît la limite qui affecterait et conditionnerait toute subjectivité. L'identité, individuelle ou collective, serait ainsi à double face. La conception de l'être humain « qui est une part de l'histoire de l'Occident chrétien [et] dont nous sommes les héritiers, est celle de l'*imago Dei*, de l'homme conçu à l'image de Dieu et appelé comme tel à se rendre maître de la nature. Comme lui, c'est un être un et indivisible; comme lui, c'est un être souverain, doué de la puissance du Verbe; comme lui, enfin, c'est une personne, un esprit incarné. Mais, conçu à l'image de Dieu, l'homme n'est pas Dieu. Sa dignité particulière procède, non de lui-même, mais de son Créateur, et il la partage avec tous les autres hommes. D'où l'ambivalence de ces trois attributs de l'humanité que sont l'individualité, la subjectivité et la personnalité. Individu, chaque homme est unique, mais aussi semblable à tous les autres; sujet, il est souverain mais aussi assujéti à la Loi commune, personne, il est esprit, mais aussi matière. Ce montage anthropologique a survécu à la sécularisation des institutions occidentales, et ces trois attributs de l'humanité se retrouvent, dans leur ambivalence, chez l'Homme des déclarations des droits. La référence à Dieu a disparu du Droit des personnes, sans que disparaisse la nécessité logique de référer tout être humain à une Instance garante de son identité... »³¹.

---

31. *Id.*, p. 48. « Ce montage anthropologique ne peut être fondé sur la science puisque la science elle-même résulte de ce montage lorsqu'elle postule que l'Homme est un sujet connaissant capable de s'observer lui-même comme objet de connaissance. Notre foi dans cette conception de l'Homme n'est pas une affaire privée, comme l'est devenue la foi religieuse aujourd'hui, mais une croyance partagée par tous. Elle suppose l'existence d'une Référence ultime qui symbolise et garantisse ce que la Déclaration d'indépendance des États-Unis appelle des « vérités évidentes en elles-mêmes » et leur confère une valeur dogmatique » (*id.*, p. 67). C'est aussi pour cette même raison qu'à la suite de P. Legendre, A. Supiot considère que, dans notre cadre contemporain de l'idéologie contractualiste, « privé de la foi dans un Tiers garant des identités, le montage anthropologique occidental continue donc de se défaire sous nos yeux et des discours délirants prospèrent sur ses résidus. Dépourvus de leur socle institutionnel, de leur ancrage dans une loi commune qui s'impose à tous et ne dépend du bon plaisir de personne, les principes d'égalité et de liberté individuelle peuvent en effet servir à justifier l'abolition de toute différence et de la vérité limite, c'est-à-dire faire l'objet d'interprétations folles. Les revendications en vogue dans les pays occidentaux en offrent de nombreux témoignages, comme par exemple celle de l'abolition de la différence des sexes... » (*Id.*, p. 79 et 80). C'est d'ailleurs aussi cette dimension d'un lieu de la vérité légale inaccessible à l'humain, d'un Tiers garant du sens qui fait dire à Supiot que « l'Occident a fait de l'Histoire le moteur de la compréhension que l'on peut avoir de lui. De même que l'esprit de la personne se révèle dans son histoire individuelle, de même l'Histoire de l'humanité a toujours eu un sens aux yeux des Occidentaux, qu'il s'agisse

Dans un tel cadre de pensée, on comprend dès lors les conséquences qui s'en dégageraient pour le droit. Tout d'abord, la dénonciation d'une approche de type positiviste qui prétendrait pouvoir rendre compte des normes sans les inscrire dans la référence aux valeurs qui les nourrissent et leur servent d'arrière-plan fondateur. L'idée n'est pas ici qu'il y aurait soit un fondement divin, soit rationnel au sens du droit naturel; mais, qu'à défaut de prendre en compte ces valeurs « dogmatiques » qui seraient le socle dogmatique livré par notre tradition, on manquerait à nouveau la limite et la structure « ternaire » qui sert de garantie constitutive à toute subjectivité.

Le Droit n'est ni révélé par Dieu, ni découvert par la science, c'est une œuvre pleinement humaine, à laquelle participent ceux qui font profession de l'étudier, et qui ne peuvent l'interpréter sans prendre en considération les valeurs qu'il véhicule³².

Ces valeurs, qui se sont progressivement construites au cœur de notre Tradition, constitueraient le socle de la cohérence interne où le Droit se constitue comme système. C'est aussi là que se laisserait comprendre le travail de la sécularisation. Aux anciens fondements de type religieux se seraient progressivement substitués des fondements sécularisés, qu'il s'agisse de l'État ou, aujourd'hui, de la supposition que le Droit fait système. Quelle que soit cette substitution, subsiste cependant, dans une telle approche « dogmatique » du droit, la supposition d'un fondement qui en garantit l'unité dogmatique, même si, bien évidemment, cette unité est toujours à réinterpréter. La référence transcendante n'interdit pas, malgré son statut de postulat, qu'elle soit projetée dans un horizon que seul le travail de l'interprétation permet d'approcher et cela même si ce chemin est toujours inachevé. Dans une formule imagée, l'on pourrait ainsi dire que la dimension théologique s'est muée, sans perdre sa religiosité prophétique, en une herméneutique qui temporalise l'unité comme promesse d'une parousie à la fois espérée et garantie³³. C'est aussi dans ce même

---

de la marche vers le Salut, de la révélation de l'esprit humain à lui-même ou du progrès scientifique et technique. L'histoire a pour nous une dimension prophétique [...]. L'idéologie du progrès repose ainsi sur des présupposés théologiques qui nous ont été légués avec la conception chrétienne de la personne. » (p. 64).

32. *Id.*, p. 24.

33. A. SUPIOT, de ce point de vue, n'a pas tort de souligner l'importance qu'a constitué le XII^e siècle dans cette lente mutation qu'a connu le sens de la Loi en Occident, dans cette relecture de la loi comme système qui a fait de

esprit qu'A. Supiot considère qu'en alternative à l'idéologie de la contractualisation, la stratégie à mener, pour faire pièce aux conséquences néfastes qu'elle entraîne et assurer ainsi une extension des exigences normatives des principes de liberté et d'égalité universalistes (c'est-à-dire dans le langage de A. Honneth, des exigences d'une théorie de la reconnaissance), consisterait à convoquer à nouveau le fondement dogmatique de notre Droit, c'est-à-dire les valeurs des droits de l'Homme et, sur cette base, reprendre la dynamique de réalisation des exigences axiologiques qui les fondent³⁴.

Comme on le voit, par-delà évidemment leurs différences de contenu, les démarches de Supiot et de Honneth reposent sur une démarche épistémologique analogue et aboutit, par conséquent, à un résultat politique apparenté. Le résultat politique d'abord. La convocation par les acteurs sociaux du potentiel axiologique contenu dans les principes de liberté et d'égalité portés par l'exigence de reconnaissance intersubjective et le principe d'autonomie qui lui est lié, génère une dynamique juridique qui assure et garantit, à terme, la traduction juridique et l'autoréalisation de ces exigences normatives. Et cette assurance ou automaticité de l'autoréalisation à travers le droit est garantie – c'est ici qu'intervient le cadre épistémologique – par l'existence présumée d'une disposition du social à s'auto-transformer en fonction des exigences de la raison. Cette disposition est pensée chez A. Honneth dans les termes d'une garantie de réussite de l'opération d'apprentissage qui permet aux sujets individuels et collectifs d'auto-adapter leurs pratiques en vue de construire progressivement un social conforme aux exigences d'une

---

notre société une société du texte et de l'interprétation. « La révolution de l'interprète a consisté non seulement à penser la Loi comme principe de causalité, mais aussi à inscrire l'ensemble des lois dans un corps systématique de textes. Le concept de *Corpus Iuris* est absent de la compilation de Justinien et a été introduit par les médiévaux. Était ainsi posée l'idée qu'aucune loi ne se suffit à elle-même, qu'une loi n'a de sens et de valeur que rapportée à un ensemble qui la dépasse. La notion de *relativité des lois* était donc déjà présente, de même que celle de *système de règles*, de *matrice logique des lois* » (*Id.*, p. 110).

34. Bien entendu, A. SUPIOT souligne que ces Droits de l'Homme, comme ressource dogmatique, doivent être conçus comme source d'une interprétation ouverte à l'ensemble des cultures convoquées par la mondialisation. Dans cet esprit, il tente aussi de montrer que ces valeurs, tout en étant issues et portées par notre tradition occidentale, sont néanmoins aujourd'hui devenues une ressource universelle, ne fût-ce que par ce qu'on peut aujourd'hui prendre « acte de la diffusion objective du modèle de l'État et de la reconnaissance des droits de l'homme par la société internationale » (*Id.*, p. 301).

reconnaissance intersubjective de leurs libertés et égalités réciproques. Pour le dire en termes plus rigoureux, on pourrait dire que A. Honneth suppose l'existence d'une loi de l'esprit garantissant le succès de l'opération d'apprentissage requise pour que les acteurs sociaux produisent et respectent la réalisation progressive par le droit des exigences de reconnaissance intersubjective. En ce sens, A. Honneth suppose une loi de la loi. Un modèle épistémologique analogue fonctionne chez A. Supiot. La loi de la loi est ici assurée par cette instance externe à toute norme positive, par ce Tiers garant mis en position de condition transcendante de tout ordre juridique. La reconnaissance de cette limite à la toute-puissance des sujets individuels ou collectifs garantit en même temps la réussite supposée de l'herméneutique juridique par laquelle se dégagent les significations en extension constante des fondements anthropologiques et dogmatiques que sont les Droits de l'Homme.

4. Un nécessaire déplacement épistémologique ou les limites du modèle de la loi de la loi

La démarche de A. Supiot aide à en voir le caractère problématique. Sans doute est-ce à raison qu'il souligne l'erreur foncière et les conséquences néfastes d'une idéologie qui supposerait la toute-puissance des sujets. Nul doute que la reconnaissance de notre finitude ou d'une limite constitutive conditionne toute possibilité de subjectivation. La nécessaire reconnaissance de la différence et l'impasse de toute *mimésis* narcissique portée par l'image du semblable ne sont d'ailleurs que l'expression de cette exigence à la fois anthropologique et épistémologique. Mais c'est faire fi de bien des réflexions tant psychanalytiques que philosophiques que de supposer que la seule manière de penser la finitude de la raison ou, ce qui revient au même, la limite constitutive de toute subjectivité consiste à les réfléchir en termes de Tiers garant, en termes de loi de la loi. Bien au contraire, on peut considérer que cette manière de penser la finitude est contradictoire et restaure la position qu'elle s'efforçait de dépasser. Car si toute pensée est marquée par la finitude, d'où viendrait que l'on puisse même penser l'existence d'une instance qui échapperait à cette finitude? C'est d'ailleurs bien le geste posé par Fichte lorsqu'il exigeait de radicaliser Kant. Si effectivement toute objectivation de l'être méconnaît qu'elle est posée par un sujet connaissant, comment ne pas voir qu'en retour toute supposition d'un sujet, fût-il pensé comme sujet transcendantal (ou comme Tiers garant), consisterait à nouveau à succomber au mirage d'une objectivation possible de l'être? Disons-le en une autre forme : si

effectivement l'être est radicalement divisé (dans le langage de Supiot, si tout sujet est radicalement limité) et ne peut donc être identique à lui-même, comment ne pas voir que poser l'existence d'un Tiers garant consiste à méconnaître cette « loi de l'être » qui le rend non identique à lui-même? C'est d'ailleurs cette restauration d'une possible identité de soi à soi – contradictoire donc – qui explique pourquoi la croyance en un tel lieu qui fait exception à la non-identité de soi à soi conduit à poser l'histoire comme prophétique, comme promesse d'une parousie.

C'est pour avoir pris acte de cette contradiction interne à toute approche en termes de Tiers garant ou de loi de la loi que, dans le champ de la psychanalyse, J. Lacan a reconnu, dès 1959 et en opposition à ses premières positions, devoir abandonner sa théorie de la métaphore paternelle et reconnaître qu'il n'y a pas d'Autre de l'Autre, qu'il n'y a pas de Tiers garant de la loi, qu'il n'y a pas de loi de la loi³⁵. Ce n'est évidemment pas pour autant que Lacan succombe au fantasme de la supposée toute-puissance du sujet, mais cela va l'obliger à redéfinir la nature du fantasme, la fin de l'analyse et le statut du réel dans sa différence avec le symbolique et l'imaginaire. Ce n'est pas le lieu ici d'approfondir cette dynamique interne à la pensée lacanienne, mais il importait de signaler cette importante rupture interne à la théorie lacanienne car A. Supiot, en endossant la manière de penser de Pierre Legendre, laisse entendre, comme une vérité établie par la psychanalyse lacanienne, que la croyance au statut d'exception de ce Père freudien interdicteur, ce Tiers garant de l'interdit de l'inceste, est une condition de toute subjectivation.

La finitude est à penser de façon plus radicale que ne le fait A. Supiot. Comme on vient de le dire, celui-ci se rend incapable de voir qu'en définissant la finitude comme limite par rapport à un Tiers extérieur au sujet (individuel ou collectif), il laisse non interrogé l'acte même par lequel il se représente cette instance externe, ce Tiers supposé garant. Non seulement il transgresse cette loi de la non-identité de soi à soi, mais, ce qui revient au même, il méconnaît de façon radicale qu'en se représentant cette instance externe « limitante », il en fait un objet susceptible d'être représenté. Ce faisant, comme on l'a dit, il méconnaît cette vérité qu'a permis d'entrevoir déjà Kant, à savoir que toute représentation est l'effet d'une activité de conscience ou de pensée. Pour le dire correctement,

---

35. Jacques-Alain MILLER, « L'Autre sans Autre », (2013) *Mental – Revue Internationale de Psychanalyse* 30 (disponible aussi sur le site de la *New Lacanian School*, http://amp-nls.org/downloads/JAM_Athenes2013.pdf).

toute représentation est un « voir » et, à ce titre, vous ne pouvez supposer que le « ce qui est vu » serait ce supposé objet « extérieur dans son objectivité » à la dimension de pensée qui est constitutive de toute représentation. C'est cette « externalisation » de la finitude qui vicie le raisonnement de Supiot (et de Legendre). La limitation est à réfléchir comme « autolimitation ». La finitude, dans cette perspective, doit être « internalisée ». Elle tient précisément dans ce fait que toute représentation n'est jamais qu'un voir; elle tient dans cette dimension du « voir du voir » comme dit Fichte. L'effectuation dans le « réel » de cette représentation reste une opération qui ne peut jamais être supposée résolue par les conditions internes à l'activité de représentation. Et cette finitude de l'être (qui n'est donc pas représentable) a des conséquences radicales qui génèrent beaucoup de suspicion sur les propositions de A. Supiot et de A. Honneth.

Tout d'abord, cela permet de voir que vous ne pouvez jamais vous représenter les conditions de réussite de la rationalisation du réel. Et c'est une autre manière de dire qu'il n'y a pas de loi de la loi. On a vu qu'en supposant toujours déjà réussie l'opération d'apprentissage qui conditionne en dernier ressort l'autoréalisation par le droit des exigences de la lutte pour la reconnaissance, A. Honneth aboutissait à supposer une règle interne à l'esprit de chaque sujet qui garantit la réussite de cette opération d'auto-adaptation par laquelle chaque sujet est supposé capable d'apprendre des échecs de la réalité sociale à satisfaire aux conditions idéales d'une reconnaissance intersubjective. C'est cette « mentalisation » des conditions de réussite du processus de rationalisation du réel qui est rendue impossible par une compréhension plus adéquate des limites de la raison. La raison (donc par exemple l'effectuation dans le réel social des exigences normatives de la lutte pour la reconnaissance) ne peut trouver dans aucune règle l'assurance de sa réussite. S'il n'y a pas de supposition possible de la réussite de l'opération d'apprentissage requise pour assurer la possibilité d'une autoréalisation croissante des exigences de la lutte pour la reconnaissance, cela veut dire qu'il faut accorder une attention spécifique à créer les conditions possibles pour que les sujets puissent « apprendre à apprendre ». D'ailleurs, la psychanalyse ici peut à nouveau être utilement convoquée. Depuis la seconde topique de Freud et ce qu'il appelle la « pulsion de mort », n'est-on pas obligé d'observer que ce qui guide les sujets est moins une capacité spontanée à changer leur représentation du monde qu'au contraire une logique de répétition. Rompre avec le phantasme d'une possible identité de soi à soi est le résultat d'une opération spécifique appelée par Freud « cure analytique », dont la

réussite (jamais assurée) ne peut être pensée sur le modèle comportementaliste d'une intervention externe garantie par la maîtrise d'une loi quelconque.

La même observation vaut pour A. Supiot. Celui-ci suppose que la seule reconnaissance de la dimension dogmatique du droit garantit l'opération d'obéissance à la loi et assure donc le succès de l'opération d'application des règles. Tout se passerait donc comme si la fonction régulatoire du droit se trouvait ainsi garantie. Les objectifs poursuivis par les normes trouveraient dans la seule formalité du dispositif juridique les conditions de satisfaction de leur effectuation dans le réel social. D'où le fait que Supiot suppose qu'il suffirait, dans le contexte de la mondialisation actuelle, aux États en voie de développement de pouvoir avoir accès aux instances internationales du type OIT, UNESCO et d'invoquer (à l'instar de ce qu'auraient fait, selon Supiot, les acteurs syndicaux dans le cadre de nos États-providence) les droits de l'homme en vue d'exiger leur effectivité pour que, conformément aux injonctions normatives, le réel social se réaménage en fonction de ces nouvelles exigences normatives. La seule convocation du cœur dogmatique du droit et le travail d'interprétation auquel il se prêterait suffiraient à assurer la capacité d'effectuation des exigences normatives et la transformation consécutive du réel social. C'est là, à nouveau, une position qui risque d'être inattentive aux opérations qu'il y aurait lieu de penser pour s'assurer des transformations effectives dans la réalité. S'en remettre au seul jeu formel des procédures juridiques basées sur la convocation des droits fondamentaux risque de ne pas accorder attention aux usages qui seront effectivement faits des solutions normatives que le droit édictera. D'où viendrait cette capacité de la norme à anticiper les effets de son application et, par conséquent, à maîtriser les conditions requises pour l'adaptation du réel à la représentation qu'elle entend en donner? Déjà la philosophie contemporaine du langage oblige à interroger une telle capacité d'anticipation. N'indique-t-elle pas, en effet, que la signification est dans l'usage? Mais, l'enjeu n'est pas tant sémantique que pragmatique. C'est que la finitude de la raison implique qu'il est impossible de maîtriser par anticipation formelle les conditions de cet usage. Trois observations finales peuvent être utiles pour expliciter cette forme d'indétermination pragmatique.

Une première observation consiste à interroger la place d'où parle A. Supiot. Tout semble se passer, dans son raisonnement, comme si la représentation critique qu'il opère de la contractualisation suffisait, par sa vérité argumentative, à modifier la manière dont fonctionne le réel social et à substituer une

représentation plus exacte à cette idéologie contractualiste jugée perverse et non conforme aux conditions de possibilité d'un système juridique. Indépendamment de l'exactitude ou non de cette dénonciation, ne faudrait-il pas aussi se demander si une attention spécifique ne devrait pas être portée à ce qui serait susceptible de modifier la représentation effective des acteurs de nos systèmes sociaux qui sont inscrits dans ce contexte aujourd'hui dominant de la contractualisation? Qu'est-ce qui rendrait possible cette transformation? Suffit-il d'une argumentation intellectuelle? Comment rendre possible cette transformation des représentations dominantes qui surdétermine la majorité des comportements des acteurs sociaux, y compris ceux qui semblent en être les victimes? Cette opération de transformation n'est en tout cas pas réglée par le seul jeu de la représentation opérée par l'intellect. Oblitérer cette question de la transformation des acteurs est typique des positions intellectuelles de ceux qui, pour en rester au seul plan « représentationnel », n'accordent pas attention à la dimension génétique de la raison, c'est-à-dire de ce qui rend possible une transformation effective des représentations souvent peu conscientes que les acteurs n'arrêtent pas de répéter et qui guident leurs comportements effectifs.

Une seconde observation porte sur la manière dont A. Supiot analyse la mutation actuelle du droit qu'il qualifie de contractualisation du droit. Son erreur épistémologique l'amène, en effet, à méconnaître la nature et l'enjeu de la transformation actuelle du droit. Supiot s'imagine que la seule alternative à une vision « économiste » du droit ancrée dans la croyance en une puissance sans limite du sujet consiste dans la restauration d'une approche traditionnelle du droit où la loi est supposée trouver dans un fondement extérieur à la seule volonté de ses destinataires (Tiers garant, loi de la loi) la garantie de son application et de sa capacité à fonder un lien social ancré dans des valeurs communes. Pour cette raison, il ne peut voir que le développement de ce qu'il dénomme « contractualisation de la loi » s'est opéré en réponse aux difficultés que les formes traditionnelles de régulation centralisée semblaient inaptes à résoudre. Comme l'enseigne une observation attentive de cette mutation de nos formes de régulation sociale et juridique, principalement en droit américain où le phénomène a d'abord émergé dès la fin des années cinquante³⁶, c'est l'insuffisance des réponses mises en place par le *New Deal* à assurer la

---

36. Voir sur ceci, Jacques LENOBLE et Marc MAESSCHALCK, *L'action des normes. Éléments pour une théorie de la gouvernance*, Sherbrooke, Éditions R.D.U.S., 2009, p. 15-42.

concrétisation effective des valeurs de liberté et d'égalité mises au frontispice de la démocratie américaine qui ont amené à tenter d'inventer de nouvelles formes de régulation. Et une des raisons invoquées pour expliquer ces insuffisances des réponses traditionnelles était que les régulations centralisées reposaient sur l'illusion d'un savoir substantiel disponible que les experts conseillers de l'État pourraient dispenser aux gouvernants. En définitive, un tel savoir « substantiel » – qui permettrait de « calculer » le contenu des mesures requises pour assurer l'optimum du bien-être collectif et l'effectivité des exigences normatives portées par les droits fondamentaux – s'avère déficient, voire inexistant, ne fût-ce que pour la raison que les effets d'une norme sont toujours fonction de l'usage qui en est fait par ceux qui ont charge de l'appliquer. Et c'est dans ce nouveau contexte que vont émerger, après la Seconde Guerre mondiale, des tentatives d'invention de nouvelles formes de régulation, plus décentralisées, en ce y compris de nouvelles formes d'exercice de la fonction de juger³⁷. Ces tentatives et les transformations consécutives de nos modes de régulation répondent donc à un problème qu'il s'agit de résoudre pour assurer de façon plus effective les exigences portées par nos démocraties. Elles renvoient donc à l'obligation qui nous est faite d'identifier de façon adéquate l'insuffisance de nos approches traditionnelles de la démocratie et des formes de régulation qu'elles appellent. Cette question est au cœur à la fois d'une recherche en sciences sociales et économiques depuis le dernier tiers du XX^e siècle et, aussi, de la recherche philosophique parce qu'elle engage une compréhension adéquate de l'opération de la raison (théorie de la raison) et de l'opération normative (théorie de la norme). Malheureusement, la théorie du droit, européenne en tout cas, soit est restée fort éloignée d'une attention sérieuse à ces recherches, soit s'est concentrée sur les seules réponses proposées par la théorie économique. Sans doute, comme nous avons tenté de le montrer ailleurs³⁸, est-il exact que ces réponses que la théorie

---

37. Songeons ainsi à cette innovation que constitue le « *public law litigation* » où le juge va tenter d'associer des délibérations entre tous les représentants des intérêts concernés pour définir ce que serait une politique publique conforme aux exigences normatives du principe d'égalité, par exemple dans le domaine des politiques scolaires, des politiques pénitentiaires ou des politiques de santé mentale. Voir pour une réflexion récente de grande qualité sur cette tentative d'innovation de la fonction de juger, Charles F. SABEL et William H. SIMON, « Destabilization Rights: How Public Law Litigation Succeeds », (2004) 117 *Harvard Law Review* 1015.

38. Voir pour une reconstruction de ces débats et pour une critique des diverses réponses que la science économique a tenté d'apporter, Jacques

économique récente a cru pouvoir apporter sont inadéquates à raison même de leurs présupposés épistémologiques. Mais, il est tout aussi erroné soit de rester inattentif aux problèmes réels que ces recherches s'efforcent de réfléchir et de résoudre, soit de caricaturer ces recherches en les réduisant à n'être qu'un « avatar du marché »³⁹.

Une dernière observation vise à revenir quelque peu sur l'idée que l'effet d'une norme est toujours fonction de l'usage qui en est fait par ceux qui ont charge de l'appliquer. Cette idée, on vient de le signaler, est au cœur de la transformation toujours en recherche de modèles d'organisation collective plus « efficaces » pour assurer les effets de la lutte pour la reconnaissance. Cette idée est aussi la traduction, au plan de la théorie de la norme, d'une compréhension adéquate de la finitude radicale de la raison. C'est ce qui est insuffisamment compris aussi bien par l'hégélianisme de A. Honneth que par l'épistémologie sous-jacente à l'approche juridique de P. Legendre et de A. Supiot. Mais cette idée doit être bien comprise.

À première vue, on pourrait croire qu'il y a déjà bien longtemps qu'une telle idée est reçue par les juristes. Dès la fin du XIX^e siècle, la critique sociologique et réaliste du positivisme a mis en évidence l'indétermination sémantique du droit et, par conséquent, l'importance du moment interprétatif du juge. Et l'accent mis sur cette dimension interprétative est devenu aujourd'hui un lieu commun de la pensée juridique. Il trouve aujourd'hui son expression la plus connue dans l'approche herméneutique du droit développée par R. Dworkin qui, d'ailleurs, par l'importance accordée à la cohérence narrative et au rôle fondateur des principes axiologiques, constitue une version théorisée de l'image du droit proposée par A. Supiot. Mais cette manière « sémantique » de comprendre l'irréductibilité de l'usage à la norme est bien insuffisante. En effet, cette approche herméneutique aboutit à définir les conditions de légalité par référence à une morale substantielle supposée partagée par le

---

LENOBLE et Marc MAESSCHALCK, *Droit, Démocratie et Gouvernance*, Sherbrooke, Éditions R.D.U.S., 2011, p. 131-373.

39. Quelles que soient, selon nous, les insuffisances des réponses inspirées de Habermas qui prennent le nom de « procéduralisation du droit », il est plus que réducteur, voire absurde, de dire, comme le fait A. SUPIOT que « le mouvement de procéduralisation du droit » ne serait « qu'un avatar du paradigme du marché » (*Homo juridicus : Essai sur la fonction anthropologique du Droit*, préc., note 15, p. 131, et pour la référence à Habermas, n°4, p. 123).

groupe social et à un juge idéalisé qui serait capable d'en assurer la réinterprétation constante au vu des exigences d'adaptation aux transformations du contexte social. Le juge est censé être capable de déduire la signification du droit des exigences internes à la « moralité institutionnelle » du groupe auquel il appartient. Son approche herméneutique présuppose donner des règles dans l'esprit du juge lui permettant de subsumer la variété des situations particulières sous les catégories générales de la moralité institutionnelle (les principes). En ce sens, R. Dworkin, pour ne prendre que cet exemple contemporain, mentalise l'approche du jugement normatif en inscrivant, dans les capacités mentales du juge, les règles permettant de déduire les significations normatives du droit des exigences de la morale institutionnelle et d'y traduire, pour reprendre l'expression de P. Ricoeur, les injonctions du réel historique.

Pour éviter cette mentalisation, l'idée que l'effet d'une norme est toujours fonction de l'usage qui en est fait par ceux qui ont charge de l'appliquer doit être comprise, non pas sémantiquement, mais pragmatiquement. Et c'est à raison de cette incomplétude ou indétermination pragmatique qui vient limiter la capacité régulatoire du droit que l'on peut comprendre la limite de l'approche de A. Honneth et la nécessité qu'il y a d'adjoindre d'autres opérations que celles du droit formel pour assurer l'autoréalisation des exigences portées par la lutte pour la reconnaissance. Un exemple simple tiré de l'évolution actuelle du droit de la filiation aide à exemplifier, de façon évidemment purement allusive, une des dimensions portées par cette indétermination pragmatique.

On sait combien, sous l'influence heureuse de la Cour constitutionnelle, le principe d'égalité aboutit à ne plus pouvoir attribuer aux critères de la prescription et de la possession d'état le rôle catégorique et « absolu » que le législateur belge avait eu la tentation de leur attribuer⁴⁰. Bien sûr, cela donne au juge, appelé à

---

40. Comme le dit P. MARTENS, commentant un arrêt de la Cour constitutionnelle du 9 août 2012, la jurisprudence de la « Cour confirme la conception plus pragmatique que dogmatique qui est la sienne en matière de filiation ainsi que son approche décontractée des questions sexuelles. Elle censure une fois de plus un législateur qui, depuis l'arrêt Marckx de la Cour européenne des droits de l'homme (13 juin 1979), s'efforce de mettre le droit de la filiation en harmonie avec une société où l'émancipation de l'individu l'emporte sur la paix des familles et sur le respect des symboles, mais qui, à en croire la jurisprudence de la Cour constitutionnelle [...] a souvent une longueur de retard » (Paul MARTENS, « Inceste et filiation : égalité et tabou », (2012) 27 *J.L.M.B.* 1273, 1286 et 1287.

statuer sur des questions de lien de paternité, un pouvoir d'interprétation particulièrement large, difficile et inconfortable. Mais c'est là un effet, sans doute incontournable, d'un contentieux où la pluralité des situations particulières rendrait contraire à l'intérêt prioritaire de l'enfant la volonté de fixer des critères absolus⁴¹. C'est bien pourquoi, placer le débat sur le plan de l'hypothétique gouvernement des juges est bien inadéquat, même si l'on peut dire avec Ch. Panier, s'exprimant dans une décision du tribunal civil de Namur, qu'en cette matière, vu l'absence des « principaux critères » et des « guides les plus déterminants », l'appréciation,

en conséquence, se fera en quelque sorte en équité et en bon sens et sera nécessairement tributaire, autant des représentations symboliques propres au magistrat en ce domaine que des aléas de l'information et de la formation dont il dispose »⁴².

Et cette dimension de « bon sens » ne rend nullement illégitime l'exercice d'une fonction de décision qui s'impose dans la vie sociale. Par contre, il est une dimension autre à laquelle il faut être sensible. Dans l'exercice de cette mission, le juge, dans les situations contentieuses qu'il aura le plus souvent à trancher, aura à tenter de définir le meilleur équilibre possible entre celui qui peut se prévaloir d'une paternité biologique et celui qui pourrait se prévaloir d'une forme de paternité sociologique. Ce ne sont pas les seules hypothèses envisageables, mais elles sont les plus révélatrices des formes de « balance d'intérêts » que le juge aura à effectuer. On peut légitimement supposer (et c'est d'ailleurs bien ce qui justifiait que le législateur ait voulu en faire des critères décisifs) que le juge s'efforcera de définir la filiation paternelle en dégageant les éléments qui permettent d'assurer la plus grande effectivité dans l'exercice de cette paternité, et donc à faire prévaloir la réalité biologique là où elle s'accompagne, même minimalement, d'un encadrement affectif, mais où ferait défaut une alternative plus effective, plus stable dans le chef des éventuels partenaires de la mère. À l'inverse, là où, face au « père biologique », s'attesterait un encadrement affectif de l'enfant plus effectif dans le chef de tel ou tel partenaire de la mère, on peut supposer, comme de bon sens, que la majorité des juges feront prévaloir le « père sociologique ». Et

---

41. P. MARTENS le dit très bien, en citant CARBONNIER, « la jurisprudence a cette supériorité sur la loi : « elle écoute les mœurs » : on pourrait ajouter « et elle écoute les gens » » (*Id.*, 1287).

42. Civ. 4^e, 3 mai 1989, *JT*, 1989, p. 539.

dans la réalité contentieuse, la difficulté vient de ce que les situations sont rarement « catégorisables et clairement identifiables ». Mais, c'est aussi là que se révèle la précarité de tels raisonnements, sans, il faut le répéter, que cela n'invalide en aucune manière l'exercice d'une telle fonction de juger. En effet, la validité du raisonnement reposera toujours sur une forme de généralisation pour l'avenir (la prévalence donnée à la réalité biologique au motif d'une instabilité potentielle des « partenaires » de la mère laisse indéterminée la question de l'exercice effectif dans le futur par le père biologique de cette fonction paternelle, et inversement). Tout se passe comme si le raisonnement anticipait sur un futur qu'il ne peut cependant anticiper formellement. Il s'agit ici d'un simple petit exemple pour exemplifier la fonction de la temporalité sur la question de l'application. Mais, généralisons. Cette impossibilité d'anticiper sur le comportement est la trace de ce que formellement il est impossible de définir ce que seraient les conditions d'exercice de la « fonction paternelle comme condition de la subjectivation ». Cela ne veut pas dire que le droit ne peut définir en bon sens ce qui serait le meilleur contexte possible d'encadrement affectif de l'enfant. Cela veut dire que ce que le Père freudien avait pour fonction d'assurer, c'est-à-dire cette limite garantissant l'intériorisation par l'enfant de l'impossible identité de soi à soi, de l'impossible jouissance, est une fonction qui ne peut être définie par aucun dispositif formel.

Mais, laissons là la psychanalyse pour revenir sur le dispositif juridique. Car ce qui est très symptomatique, c'est que l'évolution récente de nos systèmes juridiques, et notamment dans les récentes réformes du droit de la famille, semble traduire la perception de la nécessaire adjonction aux mécanismes traditionnels de la fonction de juger de dispositifs associant les destinataires des règles. N'est-ce pas là, en effet, ce qui est recherché à travers l'importance croissante accordée aux dispositifs de médiation? Bien sûr, dans la réalité, les médiations se développent aussi pour des raisons de coût de la justice. Mais, leur promotion a valeur de symptôme de la perception accrue que la « réussite » des objectifs poursuivis par le droit ne peut être assurée par la seule intervention des dispositifs formels. Ceux-ci sont évidemment indispensables, ne fût-ce que là où la collaboration des acteurs est peu avérée. Mais, la satisfaction effective des objectifs idéalement poursuivis (telle par exemple la visée de ce qu'on appelle l'intérêt de l'enfant entendu comme condition de sa possible subjectivation) appelle des dispositions subjectives dans le chef de tous les acteurs concernés que seule une forme de construction coopérative et d'attention aux transformations subjectives

indispensables permet éventuellement d'assurer. Encore une fois, il faut noter le fait que les médiations se centrent souvent sur la seule obtention d'un consensus et, pour cette raison, risquent de ne pas porter attention aux transformations identitaires requises pour assurer une transformation effective des modes de comportement exigés par les objectifs normatifs poursuivis. Mais, cette valorisation de la médiation coopérative en rapport avec les formes traditionnelles d'exercice de la fonction normative est à pointer pour sa portée révélatrice des limites internes à ces formes traditionnelles.

C'est cette limite pragmatique de toute règle formelle à pouvoir assurer la réalisation de l'idéal qu'elle porte, qui oblige à dénoncer et à dépasser les approches tant herméneutiques que positivistes du concept de droit. Ce n'est pas le lieu de développer ce point⁴³. Mais c'est en même temps cette conception du droit qui est à l'arrière-plan des blocages de nos démocraties. Ce sont ces blocages que vise à dépasser la recherche de formes plus coopératives et plus décentralisées associant les acteurs privés aux dispositifs de régulation traditionnellement réduits aux seuls acteurs publics. Bien sûr, l'accent mis tant par Honneth que par Supiot sur les traditionnels acteurs collectifs des luttes sociales qui ont permis les avancées de nos États-providence participe de cette recherche. Mais, ces luttes ne peuvent être réfléchies, dans les conditions de possibilité de leur succès à générer des transformations sociales qui assurent la satisfaction d'une lutte pour la reconnaissance, comme l'expression d'un processus de rationalisation du réel social en auto-déploiement progressif. Ces conditions obligent au contraire à une attention spécifique visant à rendre capable les acteurs de transformer leurs identités, à faire donc l'expérience de leur « non-identité de soi à soi » et à adapter leurs représentations en fonction des contextes nouveaux⁴⁴. Une attention spécifique doit ainsi être apportée à leur capacité à « apprendre à apprendre », à défaut de quoi les pathologies de la liberté qu'une lutte pour la reconnaissance aurait pour enjeu de rencontrer et de dissoudre n'arrêteront pas de se répéter, à l'instar de ces formes de répétitions qui nourrissent les pathologies de la liberté sur le plan individuel.

---

43. Voir sur ceci, J. LENOBLE et M. MAESSCHALCK, *Droit, Démocratie et Gouvernance*, préc., note 38, p. 27-130.

44. Voir notamment sur ceci, dans le contexte des stratégies de développement que A. SUPIOT croit pouvoir rencontrer à l'aide de la seule herméneutique des droits de l'homme, Marc MAESSCHALCK, « L'éthique de l'aide publique au développement au prisme des réorientations stratégiques des partenariats institutionnels sur le terrain », (2013) 15 *Éthique Publique* 35.

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

- Titre :** LES DÉBATS CONCERNANT LE DROIT FRANÇAIS ET LE DROIT ANGLAIS ANTÉRIEUREMENT À L'ADOPTION DE L'ACTE DE QUÉBEC DE 1774
- Auteur(s) :** Michel MORIN
- Revue :** RDUS, 2014, volume 44, numéro 2-3
- Pages :** 259-306
- ISSN :** 0317-9656
- Éditeur :** Université de Sherbrooke. Faculté de droit.
- URI :** <http://hdl.handle.net/11143/10130>
- DOI :** <https://doi.org/10.17118/11143/10130>

Page vide laissée intentionnellement.

LES DÉBATS CONCERNANT LE DROIT FRANÇAIS ET LE DROIT ANGLAIS ANTÉRIEUREMENT À L'ADOPTION DE L'ACTE DE QUÉBEC DE 1774

par Michel MORIN*

Suite à l'adoption de la Proclamation royale de 1763, les Britanniques nouvellement établis au Québec exigent la convocation d'une Chambre de députés et le droit d'être jugé par un jury protestant. De leur côté, des seigneurs, des juristes et des commerçants francophones déplorent l'abrogation apparente du droit français et l'impossibilité pour les catholiques d'exercer des hautes fonctions publiques. Le gouvernement britannique sollicite ou reçoit des rapports rédigés majoritairement par des juristes britanniques dont certains exercent leurs fonctions dans la colonie. Ces documents procèdent à une comparaison du droit pénal et du droit privé de la Nouvelle-France avec celui de l'Angleterre. Plusieurs recommandent le rétablissement du droit immobilier, successoral et matrimonial antérieur ou l'intégration de règles précises d'origine française dans des ordonnances provinciales exhaustives. La préservation du droit pénal français suscite une très forte opposition. En 1774, des ébauches de projets de loi truffées d'incohérences amènent le gouvernement britannique à conclure que les règles anglaises et françaises ne peuvent être combinées à distance. L'idée d'interdire la consultation de sources françaises est également abandonnée, alors qu'au départ, elle est considérée comme un élément indispensable de la réforme. Le gouvernement est aussi irrité par l'attitude hostile des législatures coloniales américaines, ainsi que par les décisions de jurys défavorables à ses intérêts. En définitive, l'Acte de Québec de 1774 rétablit le droit privé de la Nouvelle-France et maintient en vigueur le droit pénal anglais. Il autorise les catholiques à exercer des fonctions publiques, mais crée un Conseil législatif non élu qui a le pouvoir d'introduire graduellement certaines règles du droit privé anglais.

Following the Royal Proclamation of 1763, British subjects newly established in Quebec demanded both the convocation of a legislative assembly as well as the right to trial before a Protestant jury. For their part, Francophone seigneurs, jurists and businessmen lamented the apparent abrogation of French law and the fact that Catholics could not hold high public office. The British government requested or received reports drafted mostly by British jurists, some of whom practised in the colony. These documents compared the criminal law and the private law of New France with that of England. Many recommended that the former rules pertaining to immovables, to successions and to matrimonial regimes be reinstated, or that detailed rules of French origin be integrated into extensive Provincial ordinances. The preservation of French criminal law aroused fierce opposition. In 1774, legislative drafts marred by numerous inconsistencies compelled the British government to conclude that the combination of French and English rules could not be achieved from a distance. The idea of prohibiting the consultation of French legal sources was also abandoned, even though it had initially been considered an essential element of the reform. Furthermore the Government was annoyed by the hostile attitude of the American colonial legislatures and by jury decisions that were contrary to its interests. In the end, the Quebec Act of 1774 reinstated the private law of New France while retaining English criminal law. It authorized Catholics to hold public office, but created an unelected legislative council that had the power to gradually introduce certain English private law rules.

---

* . Professeur titulaire à la Faculté de droit de l'Université de Montréal. Le présent article a fait l'objet d'une communication dans le cadre de la conférence 1774 : *L'Acte de Québec. Contextes transnationaux, interprétations et héritages* tenue à la Grande Bibliothèque de Montréal les 4 et 5 octobre 2013. L'auteur tient à remercier M. Arnaud Decroix et ses collègues Jean Leclair et Han-Ru Zhou de leurs précieux commentaires, même s'il assume évidemment l'entière responsabilité d'éventuelles erreurs ou omissions.

SOMMAIRE

INTRODUCTION	261
I. Les incertitudes découlant de la Proclamation Royale de 1763.....	268
II. Les rapports de 1766-1769	274
III. Les propositions et rapports londoniens, 1771-1774	286
IV. L'élaboration et l'adoption du projet de loi, 1773-1774	292
CONCLUSION	305

INTRODUCTION

En 1774, l'Acte de Québec rétablit les règles suivies avant la Conquête de 1760 en matière de « propriété et de droits civils ». Cette loi du parlement britannique instaure cependant une liberté illimitée pour ce qui concerne la dévolution des biens par testaments, plus exactement la « liberté de tester », qui était très limitée en Nouvelle-France¹. En revanche, ces dispositions sont inapplicables aux terres concédées sous la tenure anglaise du franc et commun socage ou à celles qui le seront à l'avenir². Par ailleurs, elle maintient en vigueur le droit criminel d'Angleterre. Elle autorise également les catholiques à exercer des fonctions publiques³. Enfin, elle crée un Conseil législatif non élu, dont les pouvoirs sont soumis à certaines restrictions. Par la suite, les tribunaux parviendront à la conclusion que l'ensemble du droit public britannique s'applique au Québec, en raison du fait qu'il n'est pas visé par l'expression « propriété et les droits civils »⁴.

1. *An Act for making more effectual Provision for the Government of the Province of Quebec in North America*, (U. K.), 14 Geo. III, c. 83 (1774) (ci-après l'Acte de Québec; traduction dans Adam SHORTT et Arthur DOUGHTY (dir.), *Documents relatifs à l'histoire constitutionnelle du Canada, 1759-1791*, (ci-après « D.C. I »), Première partie, 2^e éd., Ottawa, Imprimeur de la Reine, p. 552).
2. Voir J.E.C. BRIERLEY, « The Co-existence of Legal Systems in Quebec : "Free and Common Socage" in Canada's "pays de droit civil" », (1979) 20 *C. de D.* 277; nous ne discuterons pas de l'histoire controversée de la disposition pertinente.
3. La loi reconnaît également le libre exercice du culte et le droit du clergé catholique de percevoir la dîme des fidèles qui adhèrent à leur religion, en laissant dans l'ombre le statut et les droits de la hiérarchie ecclésiastique : voir Michel MORIN, « De la reconnaissance officielle à la tolérance des religions : l'état civil et les empêchements de mariage de 1628 à nos jours », dans Jean-François GAUDREAU-DESBIENS (dir.), *Le droit, la religion et le « raisonnable »*, Montréal, Éditions Thémis, 2009, p. 53.
4. Voir Michel MORIN, « Les changements de régimes juridiques consécutifs à la Conquête de 1760 », (1997) 57 *R. du B.* 689. Depuis 1707, le Parlement de Grande-Bretagne exerce sa compétence sur les anciens royaumes d'Angleterre et d'Écosse. Ceux-ci conservent leur propre système juridique, sous réserve des modifications que pourraient y apporter de nouvelles lois. Il existe donc un droit public britannique concernant la couronne, le Parlement et certaines caractéristiques du pouvoir judiciaire, ainsi qu'un droit anglais privé et pénal distinct du droit écossais, désigné

Ce découpage simple est l'aboutissement de plusieurs années de réflexions, de délibérations, de tergiversations et de revendications faisant suite à la Conquête de 1760. Comme on le sait, aux termes du traité de Paris de 1763, la France cède le « Canada » à la Grande-Bretagne. La population non autochtone de cette ancienne colonie française est composée très majoritairement de personnes catholiques et francophones établies dans la vallée du Saint-Laurent. Pendant une période d'environ trois ans, le gouvernement britannique espère que l'immigration provenant de la Grande-Bretagne ou des colonies nord-américaines déjà établies se dirigera vers des colonies nouvellement conquises, notamment la province de Québec et celles de Floride orientale, de Floride occidentale (située dans le sud de l'Alabama et du Mississippi actuels), ainsi que l'île de Grenade. Le modèle retenu est fondé sur la domination des élites protestantes, accompagnée d'une tolérance de fait des pratiques religieuses catholiques, comme en Irlande ou en Acadie; le maintien des institutions gouvernementales et du système juridique antérieurs est implicitement écarté, contrairement à la situation qui prévaut dans l'Île de Minorque, une ancienne possession espagnole où le nombre de personnes d'origine britannique est minime⁵.

à l'époque par l'expression « lois anglaises ». En 1800, l'addition de l'Irlande donnera naissance au Royaume-Uni (voir *Union with Scotland Act, 1706*, 1706 (Angl.), 5 Anne, c. 8 (entrée en vigueur en 1707); *Union with Ireland Act, 1800*, (G.-B.), 39-40 Geo. III, c. 67; des lois correspondantes ont été votées en 1797 par le Parlement écossais et en 1800 par le Parlement irlandais).

5. Voir notamment Peter MARSHALL, « The Incorporation of Quebec in the British Empire », dans Virginia BEVER PLATT et David Curtis SKAGGS, *Of Mother Country and Plantations: Proceedings of the Twenty-Seventh Conference in Early American History*, Bowling Green, Bowling Green State University Press, 1971, p. 43, aux pages 45-47; Pierre TOUSIGNANT, « L'incorporation de la province de Québec dans l'Empire britannique, 1763-1791 – 1^{re} partie de la Proclamation royale du Canada à l'Acte de Québec » dans George BROWN, Marcel TRUDEL et André VACHON (dir.), *Dictionnaire biographique du Canada*, vol. IV, Sainte-Foy/Toronto, Presses de l'Université Laval/University of Toronto Press, 1980, p. xxxiv; Stephen CONWAY, « The Consequences of the Conquest: Quebec and British Politics, 1760-1774 », dans Philip BUCKNER et John G. REID (dir.), *Revisiting 1759: The Conquest of Canada in Historical Perspective*, Toronto, University of

Dans les quatre nouvelles possessions mentionnées ci-dessus, la Proclamation royale de 1763 impose un régime semblable à celui qui prévaut dans les autres colonies britanniques, sans égard au contexte particulier de chacune⁶. Comme son nom l'indique, ce document est adopté par le roi, sur la recommandation de ses ministres; en effet, au XVIII^e siècle, la Couronne a le pouvoir de constituer, sans l'assentiment du Parlement, le gouvernement initial des colonies⁷. Dans le but d'attirer des colons d'origine britannique, la Proclamation royale prévoit qu'une chambre de députés sera convoquée dès que possible dans les nouvelles colonies afin d'adopter, de concert avec le gouverneur et son conseil, des lois locales « conformément autant que possible aux lois anglaises »⁸. « Dans l'intervalle », tous les habitants doivent jouir des avantages que procurent celles-ci.

Pour leur part, les tribunaux doivent juger « suivant la loi et l'équité, conformément autant que possible aux lois anglaises ». Par ailleurs, pour les postes les plus importants de l'administration, la commission du gouverneur prévoit que les lois rendant les catholiques inéligibles doivent être respectées⁹. Cette règle

---

Toronto Press, 2012, p. 141; Heather WELLAND, « Commercial Interests and Political Allegiance: The Origins of the Quebec Act », p. 166.

6. *Proclamation royale*, 1763, L.R.C. (1985), App. II, no 1 (ci-après « *Proclamation royale* ») ou *D.C. I*, p. 136.
7. *Campbell c. Hall*, 1 Cowp. 204, 98 E.R. 1048 (B.R., 1774); *D.C. I*, p. 506. Bien qu'il ait généralement été encadré ultérieurement par des lois impériales, ce pouvoir, un vestige de la prérogative royale, a survécu jusqu'à nos jours dans le cas de certains territoires isolés qui ont été cédés au gouvernement britannique : *Bancoult, R (On The Application of) c. Secretary of State For Foreign and Commonwealth Affairs*, [2008] UKHL 61, [2009] 1 A.C. 453 (Ch. Des lords).
8. La version anglaise, qui est la seule à avoir un caractère officiel, emploie l'expression *Laws of England*; celle-ci inclut aussi bien les lois du Parlement que les règles de la common law, dans tous les domaines du droit.
9. *Commission de capitaine général et gouverneur en chef de la Province de Québec*, *D.C. I*, p. 146, aux pages 148-150. À l'époque, la commission d'un gouverneur confère des pouvoirs importants octroyés « par des lettres patentes revêtues du grand sceau de la Grande-Bretagne, qui doivent être lues publiquement et communiquées au peuple [...] » : Francis MASERES, *Brouillon d'un rapport préparé par l'honorable gouverneur en chef et le*

s'applique notamment aux membres du Conseil exécutif, aux députés et aux juges. Comme les catholiques représentent environ 95 % de la population dans les années qui suivent la Conquête, aucune élection ne sera organisée au Québec sous ce régime.

L'absence d'une chambre élue dans la colonie suscite très vite l'hostilité ouverte des Britanniques venus s'établir dans la colonie; ceux-ci sont principalement des commerçants, des artisans et des travailleurs manuels¹⁰. De leur point de vue, les sujets britanniques protestants ont des droits fondamentaux qui ne sauraient leur être retirés, tel celui d'élire des représentants qui votent les lois et lèvent les impôts, d'être jugés devant jury et de bénéficier de la protection de l'*habeas corpus*¹¹. Plusieurs militaires résident également dans la colonie, même si la plupart ne s'y établissent pas; généralement partisans d'un renforcement des pouvoirs de l'exécutif, ils sont hostiles aux chambres de députés coloniales. Par conséquent, leurs relations avec la population civile

---

*Conseil de la province de Québec, pour être présenté à sa Très-Excellente Majesté le roi en son Conseil, au sujet des lois et de l'administration de la justice de cette province, D.C. I, p. 304, à la page 328. Sur les nombreuses fonctions publiques qui pouvaient être exercées sans prêter le serment du test, voir Donald FYSON, « Les Canadiens et le Serment du Test », dans Sophie IMBEAULT, Denys VAUGEOIS et Laurent VEYSSIERE, 1763 *Le traité de Paris bouleverse l'Amérique*, Québec, Septentrion, 2013, p. 272.*

10. Voir par exemple Karl David MILOBAR, « The Origins of British-Quebec Merchant Ideology: New France, the British Atlantic and the Constitutional Periphery, 1720-1770 », (1996) 24 (3) *Journal of Imperial and Commonwealth History* 364.
11. Voir notamment David MILOBAR, « Quebec Reform, the British Constitution and the Atlantic Empire, 1774-1775 », dans Philip LAWSON (dir.), *Parliamentary History: Parliament and the Atlantic Empire*, Edimbourg, Edinburgh University Press, 1995, p. 65; P.J. MARSHALL, *The Making and Unmaking of Empires, Britain, India, and America c.1750-1783*, Oxford, Oxford University Press, 2005; Jack P. GREENE, *The Constitutional Origins of the American Revolution*, New York, Cambridge University Press, 2010, notamment p. 50-55; Jack. P. GREENE, « 1759: The Perils of Success », dans P. BUCKNER et J. G. REID, préc., note 5, p. 95; sur les droits des sujets britanniques, voir aussi Daniel J. HULSEBOSCH, *Constituting Empire*, Chapel Hill, University of North Carolina Press, 2005; Paul D. HALLIDAY, *Habeas corpus, from England to Empire*, Cambridge, Belknap Press, 2010.

d'origine britannique sont extrêmement tendues¹². D'un autre côté, des membres de l'élite francophone, avocats, notaires, seigneurs, juristes ou même commerçants, critiquent ou contestent la discrimination religieuse dont ils sont victimes, le coût élevé de l'administration de la justice et l'abrogation du droit de la Nouvelle-France apparemment opérée par la Proclamation royale.

Confronté à ces protestations, le gouvernement britannique décide de solliciter plusieurs rapports juridiques concernant les réformes à effectuer dans la province de Québec; certains acteurs de l'époque prennent également l'initiative de lui transmettre leurs suggestions¹³. Inévitablement, les auteurs de ces documents

-
12. Douglas HAY, « Civilians tried in Military Courts: Quebec, 1759-1764 », dans F.M. GREENWOOD et B. WRIGHT, *Canadian State Trials. Law, Politics, and Security Measures, 1608-1837*, Toronto, University of Toronto Press, 1996, p. 114; Jean-Marie FECTEAU et Douglas HAY, « "Government by Will and Pleasure instead of Law": Military Justice and the Legal System of Quebec, 1775-1783 », p. 129, à la page 136. Dans les années 1760, en Grande-Bretagne et dans les colonies britanniques, l'autorité du Parlement et des gouvernements coloniaux est vivement contestée, au nom des droits fondamentaux reconnus aux sujets britanniques. En effet, à cette époque, le gouvernement tente de restreindre la liberté de la presse, le droit au procès devant jury ainsi que les pouvoirs des législatures coloniales, tant en Grande-Bretagne que dans les colonies; il invoque le devoir d'obéissance des sujets du roi: voir Michel MORIN, « La découverte du droit constitutionnel britannique dans une colonie francophone : la Gazette de Québec, 1764-1774 », (2013) 47 (2) *R.J.T.* 319.
13. Le règne de George III débute peu après la Capitulation de Montréal, soit en 1760. Au cours de la décennie suivante, de nombreux changements de gouvernement sont liés en partie aux problèmes coloniaux. Dès 1761, alors que la guerre fait toujours rage en Europe, le roi force le faucon William Pitt à quitter le cabinet; l'année suivante, le duc de Newcastle doit faire de même. L'ancien précepteur de George III, lord Bute, prend alors la tête d'un gouvernement qui a beaucoup de difficultés à faire accepter le traité de paix conclu à Paris en 1763. En 1763, il est remplacé par George Grenville, qui décide de taxer les colonies américaines. En 1765, le roi renvoie celui-ci et appelle le marquis de Rockingham au gouvernement. Celui-ci fait abroger l'année suivante la très impopulaire Loi sur Les Timbres, laquelle taxe le papier et divers documents dans les colonies, en exigeant l'achat de timbres (voir M. MORIN, préc., note 12). En 1766, Rockingham et certains ministres quittent le cabinet; sous la direction nominale de Lord Grafton, William Pitt, le comte de Chatham, revient au gouvernement. Alors que tous fondent les plus grands espoirs sur ce

procèdent à une comparaison du droit pénal ou privé de la Nouvelle-France avec celui de l'Angleterre. Dans ce contexte, ils ont généralement une opinion assez favorable des règles de l'ancien droit français, même s'ils rejettent catégoriquement certaines d'entre elles, tout particulièrement en droit pénal. Ils indiquent donc les domaines du droit dans lesquels celles-ci doivent à leur avis continuer de s'appliquer, au moins à titre provisoire.

L'historiographie pertinente donne souvent l'impression que ces rapports prônent le rétablissement total ou partiel des règles en vigueur en Nouvelle-France de manière durable sinon permanente¹⁴. Pourtant, dans la plupart des cas, ils recommandent de mettre un terme aux liens intellectuels et affectifs susceptibles de subsister entre les juristes francophones du Québec et la jurisprudence ou la doctrine française. La présente étude veut donc examiner dans quelle mesure les auteurs de ces documents sont

---

dernier, il est incapable de décision en raison de ses problèmes de santé; il démissionne en 1768. En 1770, il dénonce toutefois ses collègues et la politique du gouvernement dont il a fait partie, provoquant la chute de celui-ci. Lord North prend alors la relève. Il adopte une attitude jusqu'au-boutiste face aux colonies américaines qui assure la stabilité du gouvernement pendant douze ans et culmine avec l'indépendance des États-Unis d'Amérique (« George III, 1738 – 1820 », <http://www.oxforddnb.com/view/article/10540?docPos=1>).

14. Plusieurs études ont brossé un portrait exact de la situation, mais elles traitent séparément le droit pénal et le droit civil : André MOREL, « La réception du droit criminel anglais au Québec (1760-1892) », (1978) 13 *R.J.T.* 449; Jean-Marie FECTEAU, *Un nouvel ordre des choses : la pauvreté, le crime, l'État au Québec, de la fin du XVIII^e siècle à 1840*, Outremont, VLB Éditeur, 1989, p. 88-97; Evelyn KOLISH, *Nationalismes et conflits de droits : le débat du droit privé au Québec, 1760-1840*, Montréal, Hurtubise, 1994, p. 29-43. Sur l'Acte de Québec, on consultera notamment Pierre TOUSIGNANT, « La Genèse et l'Avènement de l'Acte constitutionnel de 1791 », thèse de doctorat présentée à l'Université de Montréal, 1971; Hilda NEATBY, *Quebec, The Revolutionary Age, 1760-1791*, Toronto, McClelland and Stewart, 1966; Philip LAWSON, *The Imperial Challenge, Quebec and Britain in the American Revolution*, Montréal/Kingston, McGill/Queen's University Press, 1989; Karl David MILOBAR, « The Constitutional Development of Quebec from the Time of the French Regime to the Canada Act of 1791 », Ph. D. dissertation, University of London, 1990; Jacques-Yvan MORIN et José WOEHLING, *Les constitutions du Canada et du Québec du Régime français à nos jours*, Montréal, Thémis, 1992.

disposés à accepter la survie de certaines parties du droit de la Nouvelle-France, qu'ils comprennent généralement fort bien. Pour ce faire, il conviendra d'établir une chronologie de ces débats concernant ces questions, en mettant en lumière le rôle joué en coulisse par les principaux acteurs¹⁵. Ultimement, nous savons que le gouvernement britannique a décidé de confier à un conseil législatif non élu le soin de déterminer les secteurs du droit dans lesquels les anciennes règles continueront de s'appliquer. Nous tenterons de voir comment certains problèmes soulevés dans ces rapports expliquent, du moins en partie, ce choix.

Afin de mieux comprendre les enjeux abordés dans les documents que nous analyserons, il est important de présenter les débats publics qui font suite à l'adoption de la Proclamation royale de 1763 (I). Nous examinerons ensuite une première série de propositions rédigées de 1766 à 1769, principalement celles du gouverneur, du juge en chef et du procureur général de la province de Québec (II). Celles-ci ayant été transmises à Londres, nous étudierons les réflexions des conseillers juridiques officiels du gouvernement britannique (*law officers of the Crown*), soit le procureur général, le solliciteur général et l'avocat général, antérieurement à l'adoption de l'Acte de Québec (III)¹⁶. Enfin, nous

-
15. Nous avons retracé un certain nombre de manuscrits inédits ou publiés partiellement, mais nous devons reconnaître que ces découvertes ne révolutionnent pas l'état des connaissances. Néanmoins, la présente synthèse est fondée, dans la mesure du possible, sur les documents originaux plutôt que sur les extraits publiés. En outre, la littérature juridique ne rend pas souvent compte de la richesse des débats de cette époque.
  16. Au XVIII^e siècle, le procureur général d'Angleterre représente la couronne dans le cadre de certains procès et lui fournit des opinions juridiques, en plus d'exercer certains pouvoirs, tel celui d'ordonner l'arrêt des procédures. Le solliciteur général le seconde dans ses fonctions et le remplace au besoin. Tous deux sont membres de la Chambre des communes et conservent une clientèle privée. Enfin, l'avocat général représente le roi devant les tribunaux ecclésiastiques et d'amirauté, en plus de fournir des opinions juridiques au roi : John BAKER, *Introduction to English Legal History*, 3rd ed., Londres, Butterworths, 1990, p. 188 et 194; Paul ROMNEY, *Mr Attorney The Attorney General for Ontario in Court, Cabinet and Legislature, 1791-1899*, s.l., Osgoode Society, 1986, p. 14-16.

analyserons les versions du projet de loi préparées avant sa présentation officielle au Parlement, afin de voir dans quelles mesures les recommandations contenues dans les rapports ont été suivies (IV).

I. Les incertitudes découlant de la Proclamation royale de 1763

À la suite de l'entrée en vigueur de la Proclamation royale de 1763, l'*Ordonnance du 17 septembre 1764 établissant des cours civiles* inaugure une période d'incertitude sur les règles applicables dans la Province de Québec¹⁷. Si l'introduction du droit pénal anglais ne fait pas de doute, l'ordonnance est beaucoup plus nuancée en matière civile. En effet, lorsque la valeur du litige est de dix livres ou plus, le demandeur peut s'adresser à la Cour des plaids communs, qui doit officiellement se fonder sur l'équité; en pratique, elle applique généralement le droit français et permet aux plaideurs de s'exprimer aussi bien en français qu'en anglais. Le demandeur peut également, à sa discrétion, s'adresser à la Cour du banc du roi, qui est tenue de se fonder sur le droit anglais; en matière civile, elle est rapidement délaissée par les plaideurs, tant anglophones que francophones, en raison du coût élevé des procédures et de leur très grand formalisme. À titre d'illustration, devant la Cour du banc du roi, le procès devant jury constitue la norme en matière civile; devant la Cour des plaids communs, il est tenu uniquement si l'une ou l'autre des parties en fait la demande. Par ailleurs, les affaires civiles et pénales de moindre importance doivent être entendues par des juges de paix sans formation juridique, principalement des commerçants¹⁸.

---

17. D.C. I, p. 180. Pour plus de détails sur les renseignements contenus dans ce paragraphe, voir Arnaud DECROIX, David GILLES et Michel MORIN, *Les tribunaux et l'arbitrage en Nouvelle-France et au Québec de 1740 à 1784*, Montréal, Thémis, 2012; Donald FYSON, « De la common law à la Coutume de Paris : les nouveaux habitants britanniques du Québec et le droit civil français, 1764-1775 », dans Florent GARNIER et Jacqueline VENDRAND-VOYER (dir.), *La coutume dans tous ses états*, Paris, La Mémoire du Droit, 2013, p. 157.

18. Ils siègent seuls si l'enjeu est de moins de cinq livres, à deux s'il n'excède pas dix livres et à trois, lors des sessions trimestrielles de la paix, s'il est

L'ordonnance de 1764 prévoit donc l'application du droit anglais pour les causes d'une valeur de moins de dix livres et pour celles d'une valeur supérieure à cette somme, si le demandeur choisit de s'adresser à la Cour du banc du roi; s'il opte pour la Cour des plaids communs, l'« équité » permet aux juges de se fonder sur le droit de la Nouvelle-France ou de s'en inspirer, ce qu'ils font très fréquemment, même s'ils n'y sont pas obligés. Néanmoins, en dépit de l'incertitude entourant le droit applicable, les affaires de famille (c'est-à-dire les litiges concernant le droit de la famille, des successions ou des régimes matrimoniaux) n'ont pas suscité un boycottage de la part des justiciables francophones, contrairement à ce qui était affirmé auparavant¹⁹.

Même si l'on admet que la Proclamation royale prévoit l'application du droit privé anglais (une question qui, comme nous le verrons, devient rapidement controversée), les termes de la Capitulation de Montréal de 1760 compliquent encore la situation. En effet, le commandant en chef Jeffery Amherst a refusé de s'engager au nom du roi à maintenir en vigueur le droit de la Nouvelle-France, y compris les faibles taxes qui y étaient perçues²⁰. Toutefois, il a promis de respecter les droits privés portant sur des « biens, Seigneuriaux et Roturiers, Meubles et Immeubles, Marchandises, Pelleteries et Autres Effets »²¹. Le traité de Paris reconnaît également le droit de « vendre » ces biens à des sujets britanniques²².

---

d'au moins dix livres, sans en excéder trente. Une cour hebdomadaire composée de deux juges de paix doit également siéger à Montréal et à Québec.

19. A. DECROIX, D. GILLES et M. MORIN, préc., note 17; voir André MOREL, « La réaction des Canadiens devant l'administration de la justice de 1764 à 1774, une forme de résistance passive », (1960) 20 *R. du B.* 53.

20. *D.C.I.*, p. 5, art. 42.

21. *Id.*, art. 37.

22. *D.C.I.*, p. 83, art. 4. Alain LABERGE, « Le régime seigneurial après la Conquête : propriété et privilège fonciers à l'époque du traité de Paris (1760-1774) », dans S. IMBEAULT, D. VAUGEOIS et L. VEYSSIERE, préc., note 9, p. 324.

Le conquérant s'est donc engagé à respecter la distinction entre les meubles et les immeubles, ainsi que les droits des seigneurs. Certains Britanniques ont d'ailleurs acheté des seigneuries, dont de hauts gradés de l'armée britannique; ils viennent d'un pays où la possession de grands domaines fonciers assure un statut social indiscutable. Ils ont des affinités évidentes avec les seigneurs francophones, dont plusieurs ont servi dans l'armée française²³. Il est admis à l'époque qu'il faut éviter, dans la mesure du possible, d'interpréter un texte ayant force de loi d'une manière qui contrevient aux termes d'une capitulation²⁴. Dans cette perspective, il faut déterminer dans quelle mesure le régime de la Proclamation royale permet de reconnaître le régime seigneurial de la Nouvelle-France.

Une autre difficulté provient des abus dans l'administration de la justice, notamment le montant élevé des frais de justice, le recours fréquent à l'emprisonnement pour dettes ou le comportement de certains titulaires de fonctions publiques – dont un greffier – qui extorquent des sommes d'argent auxquelles ils n'ont pas droit²⁵. Les gouverneurs réagissent toutefois rapidement. Ainsi, sept des dix juges de paix nommés en 1764 dans le district de Montréal s'avèrent inaptes à exercer leurs fonctions; ils sont remplacés dès l'année suivante²⁶. À compter de 1766, le lieutenant-gouverneur Carleton supprime plusieurs honoraires exigés des

---

23. Voir notamment Michel MORIN, « Les revendications des nouveaux sujets, francophones et catholiques, de la Province de Québec, 1764-1774 », dans Blaine BAKER et Donald FYSON (dir.), *Essays in the History of Canadian Law: Quebec and the Canadas*, Toronto, Osgoode Society, 2013, p. 131, aux pages 141 et 156-157.

24. Ainsi, le juge en chef Mansfield écrit : [traduction] « Les articles d'une capitulation par laquelle s'est opérée la reddition d'un pays et ceux d'un traité en vertu de laquelle s'est accomplie la cession, sont sacrés et inviolables quant à leur esprit et à leur portée véritables », *Campbell c. Hall*, préc., note 7; *D.C. I*, p. 509.

25. Michel MORIN, « The reactions of the "new" subjects of Quebec to British Justice, 1760-1774 » (en préparation).

26. Donald FYSON, *Magistrats, police et société : la justice criminelle ordinaire au Québec et au Bas-Canada, 1764-1837*, coll. Cahiers du Québec, Montréal, Hurtubise, 2010, p. 160 et 202 et 203.

particuliers, en commençant par les siens, suivis de ceux du greffier de la Couronne et du juge en chef²⁷.

En 1769, le Conseil exécutif découvre que plusieurs juges de paix ont abusé de leur pouvoir afin d'augmenter leurs honoraires; l'année suivante, leur compétence en matière civile est abolie, sauf pour les litiges d'une très faible valeur (soit au plus trois livres)²⁸. Par la suite, les causes dont la valeur n'excède pas douze livres sont entendues par l'un des juges de la Cour des plaid communs. Ceux-ci doivent aussi effectuer une tournée bisannuelle dans les régions rurales. Toutefois, les juges de paix demeurent actifs en matière pénale. Après 1770, il semble que deux francophones protestants entendent pratiquement toutes les affaires pénales à Montréal²⁹. Ainsi, les autorités coloniales ont été en mesure d'améliorer considérablement l'administration de la justice et de remédier aux abus. Les rapports soumis au gouvernement britannique avant 1770 discutent de ces problèmes, qui perdent toutefois de leur acuité après l'abolition de la compétence des juges de paix en matière civile et la réforme de la procédure civile opérée par la même occasion.

Le nouveau régime suscite rapidement l'hostilité des anciens sujets britanniques nouvellement établis dans la province. À cet égard, les représentations du grand jury de Québec sont emblématiques. En 1764, celui-ci exerce son droit de faire des représentations aux autorités sur certaines questions locales ou d'intérêt public, en plus de son pouvoir d'autoriser les accusations

---

27. F. MASERES, préc., note 9, aux pages 331-333; H. NEATBY, préc., note 14, 1966, p. 96-98; Paul David NELSON, *General Sir Guy Carleton, Lord Dorchester*, Madison-Teaneck-Londres, Fairleigh Dickinson University Press-Associated University Press, 2000, p. 45-50; Francis MASERES, *The Canadian Freeholder*, vol. 1, Londres, B. White, 1776, p. 350-378; Jacques L'HEUREUX, « L'organisation judiciaire de 1764 à 1774 », (1970) 1 (1) *Revue générale de droit* 266, 324; mais voir Seaman Morley SCOTT, *Chapters in the History of the Law of Quebec 1764-1775*, thèse, Université du Michigan, 1933, Appendice VI, p. 444-449.

28. *Ordonnance pour rendre plus efficace l'administration de la justice et réglementer les cours civiles de cette province*, D.C. I, p. 382.

29. D. FYSON, préc., note 26, p. 202 et 203.

pénales³⁰. Quatorze de ses vingt-deux membres sont des commerçants anglais. Il compte également un francophone protestant, A. Dumas, ainsi que de notables catholiques francophones. Ceux-ci affirmeront par la suite ne pas avoir compris le document rédigé en anglais qu'on leur a demandé de signer. Quoi qu'il en soit, les représentations protestent contre l'absence d'une chambre de députés, en plus de dénoncer le coût et la complexité du nouveau système judiciaire. Dans un document distinct, les quinze grands jurés protestants réclament le droit d'être jugé par un jury composé de coreligionnaires; ils s'expriment d'une manière qui semble nier aux catholiques le droit d'exercer cette fonction, ainsi que la majorité des fonctions publiques, ainsi que certaines professions particulières.

Les francophones réagissent vivement³¹. Le gouvernement britannique calme le jeu en indiquant que les lois britanniques excluant les catholiques ne s'appliquent pas dans les colonies. Une ordonnance précise ensuite que les personnes pratiquant cette religion peuvent être jurés et avocats dans toutes les cours; en outre, les jurys devront être de la même religion que les parties ou être composés de six catholiques et des six protestants si celle-ci diverge³². En revanche, la clarification du gouvernement ne remet aucunement en question les dispositions de la commission du gouverneur excluant ceux-ci du conseil du gouverneur, de la magistrature et d'une éventuelle chambre élue. Au sein de l'Empire britannique, la reconnaissance de droits aux catholiques est

---

30. *Représentation du jury d'accusation de Québec, D.C. I, p. 190.*

31. Michel MORIN, « Les premières controverses concernant la justice au Québec sous le régime de la Proclamation royale de 1763 », dans Thierry NOOTENS (dir.), *Actes du colloque Justices et Espaces Publics*, p. 147; D. FYSON, préc., note 9.

32. *Rapport du procureur général et du solliciteur général concernant les sujets catholiques romains, D.C. I, p. 206 (10 juin 1765); Ordonnance pour modifier et amender une ordonnance de Son Excellence le Gouverneur et du Conseil de Sa Majesté de cette Province, rendue le dix-septième jour de septembre, 1764, D.C. I, p. 219.*

d'ailleurs une question explosive, comme le montre le tollé qui suit l'octroi de certains droits à ceux qui résident dans l'île de Grenade³³.

Outre l'insatisfaction des anciens sujets, l'absence de législature dans la colonie pose des problèmes financiers. En effet, il est acquis que le Conseil exécutif colonial n'a pas le pouvoir d'imposer des taxes. Seuls le Parlement britannique ou la législature coloniale peuvent le faire. Néanmoins, selon les conseillers juridiques de la couronne, le roi, en tant que conquérant, a acquis le droit de percevoir certaines taxes imposées sous le Régime français. Toutefois, les actions intentées par le procureur général devant la Cour du banc du roi de la province de Québec sont toutes rejetées par un jury³⁴.

De 1764 à 1773, plusieurs pétitions sont également transmises à Londres. Les anglophones réclament notamment la création d'une chambre de députés. Les « nouveaux sujets », c'est-à-dire les anciens habitants de la Nouvelle-France, protestent contre l'exclusion des catholiques des fonctions publiques, le coût exorbitant de la justice et l'abrogation du droit de la Nouvelle-France. En 1773, ils ajoutent que la colonie n'a pas les moyens de se doter d'une chambre de députés, car cela l'obligerait à imposer de nouvelles taxes pour subvenir aux besoins du gouvernement. En coulisse, une minorité de francophones déclarent être favorables à la création d'une telle chambre, à condition que les catholiques puissent y siéger. Faute de garanties à cet égard, ils s'abstiennent d'appuyer la revendication des sujets protestants portant sur cette question. En définitive, le gouverneur Carleton parvient à rallier à ses vues une bonne partie de l'élite francophone, composée de la hiérarchie ecclésiastique catholique, de seigneurs, de profession-

---

33. Voir notamment M. MORIN, préc., note 23, aux pages 147 et 148; Hannah Weiss MULLER, « Bonds of Belonging: Subjecthood and the British Empire », (2014) 53 (1) *Journal of British Studies* 29.

34. Voir M. MORIN, préc., note 4 et M. MORIN, préc., note 31; D. MILOBAR, préc., note 11.

nels ou de commerçants. Se sentant isolées, les quelques voix dissidentes jugent préférable de ne pas se manifester³⁵.

Outre les problèmes liés à l'administration de la justice et aux questions religieuses, les débats publics de l'époque portent donc sur l'existence d'un pouvoir législatif autonome (en l'absence d'une chambre de députés), sur la possibilité de percevoir des taxes et sur le maintien en vigueur de certaines règles du droit de la Nouvelle-France. À compter de 1766, plusieurs rapports vont traiter de ces questions.

II. Les rapports de 1766-1769

Les analyses de Fowler Walker, un avocat londonien représentant notamment les marchands établis au Québec, déterminent rapidement les termes du débat concernant le système juridique de la province de Québec. En 1763, il soutient que la Proclamation royale réserve le pouvoir législatif à la Chambre des députés; dans cette perspective, le droit anglais s'applique jusqu'à ce que celle-ci décide de le modifier³⁶. L'Assemblée est donc la seule qui puisse déterminer la nature du droit applicable dans la colonie. En pratique, le Conseil mis en place en 1764, composé de personnes nommées par le roi, a cependant édicté des ordonnances sans avoir l'autorité de le faire, si ce n'est en vertu des instructions confidentielles remises au gouverneur. À l'époque, l'opinion dominante refuse de reconnaître la validité d'une telle délégation de pouvoir, car ce document n'est pas accessible au public³⁷.

---

35. M. MORIN, préc., note 23, p. 163-168; « The Discovery and Assimilation of British Constitutional Law Principles in Quebec, 1764-1774 », (2013) 36 (2) *Dal. L.J.* 581; aussi Donald FYSON, « La réconciliation des élites britanniques et canadiennes (1759-1775) : reconnaissance mutuelle ou rhétorique intéressée? », dans S. IMBEAULT, D. VAUGEOIS et L. VEYSSIERE, préc., note 9, p. 262.

36. Lettre de Fowler Walker, 17 octobre 1763, BAN, Collection Dartmouth, MG 23 A 1, vol. 2, fo 1616.

37. Voir F. MASERES, préc., note 9, p. 328 et 329; J. L'HEUREUX, préc., note 27, p. 271 et 272; voir aussi *Campbell c. Hall*, préc., note 7, *D.C. I*, p. 514 et 515 (« [...] vous remarquerez que la proclamation n'indique pas que des pouvoirs législatifs seront exercés par le roi ou par le gouverneur et le

Le 1^{er} mars 1766, après qu'une solution a été trouvée à la crise provoquée dans les colonies britanniques américaines par la Loi sur les timbres, Walker transmet au lord chancelier, Robert Henley, comte de Northington, ses réflexions sur la province de Québec³⁸. À son avis, en promettant à la population qu'elle jouira de l'avantage des « lois anglaises » jusqu'à ce qu'une chambre de députés puisse siéger, la Proclamation a abrogé les « lois canadiennes », pour reprendre l'expression de l'époque. Il s'empresse d'ajouter que les premières ont été conçues pour une population dont l'esprit, l'éducation et la religion diffèrent entièrement de celle du Québec³⁹. L'« avantage des lois anglaises » requiert la mise en place de procédures criminelles qui sont nettement caractérisées par un esprit de « clémence », d'une part, ainsi que de mesures de protection de la liberté personnelle et des biens aussi efficaces que celles de l'Angleterre, d'autre part. Concrètement, cela signifie qu'un châtiment corporel ou le paiement d'une indemnité doivent être imposés en cas de violation de ces droits. Dans son esprit, l'avantage des lois anglaises inclut aussi le mode d'administration de la justice, les règles de succession et le droit immobilier. Le moins que l'on puisse dire, c'est qu'il donne une portée extrêmement large à la promesse contenue dans la Proclamation. Comme nous le verrons, cette interprétation est loin de faire l'unanimité.

Pour Walker, seule une loi de la législature coloniale ou du parlement britannique peut restreindre le champ d'application du droit anglais. Il recommande toutefois que la future Chambre des députés provinciale élabore un code qui détermine avec précision les sources du droit applicables dans la province. Tout en rappelant que l'imposition en bloc des lois anglaises est inopportune, il estime

---

Conseil sous l'autorité de ce dernier ou de quelque manière, jusqu'à ce que l'Assemblée soit convoquée; la promesse ci-dessus implique le contraire [...] ». L'« Assemblée » désigne la chambre des députés coloniale.

38. « Considerations on the present State of the Province of Quebec », BAN, Hardwicke Papers Add. Mss. 35915, MG21 vol. 107, ff. 5-48; pour un aperçu de la controverse provoquée par la Loi sur les Timbres, voir M. MORIN, préc., note 12.

39. Lettre de Fowler Walker, *id.*, fo 34.

nécessaire de modifier les lois canadiennes. En premier lieu, le droit pénal anglais doit leur être substitué, mais avec certaines adaptations. À son avis, en raison de son caractère clément et de ses règles de procédure favorables à l'accusé, les Canadiens ne manqueront pas de le révéler rapidement.

Walker suggère ensuite qu'une collection des lois du Canada soit préparée en épousant les classifications reconnues par le droit anglais – on peut penser que celles-ci seraient assez rébarbatives pour des esprits cartésiens, mais peu importe... En ce qui concerne le droit des biens, selon lui, les différences concernent vraisemblablement des questions de procédure plutôt que des principes, surtout pour les biens meubles. Il admet que, pour le droit immobilier, les règles locales doivent être modifiées avec beaucoup de prudence et après mûre réflexion. Il incline à croire que les règles de la procédure civile anglaise devraient s'appliquer immédiatement. Bien qu'elles puissent représenter un fardeau aux yeux des Canadiens, il suggère de leur rappeler le mot de Montesquieu : « les longueurs, les dangers même de la justice, sont le prix que chaque citoyen donne pour sa liberté »⁴⁰. Il ne voit pas le moindre inconvénient à s'écarter des règles anglaises concernant l'aliénation de propriétés. En définitive, il souhaite qu'un digeste contenant les modifications apportées aux lois du Canada soit adopté par la nouvelle législature le plus rapidement possible.

Le 14 avril 1766, à la requête du gouvernement, Charles Yorke et William de Grey, respectivement procureur général et solliciteur général de Grande-Bretagne, formulent leurs recommandations après avoir analysé une série de mémoires ou de pétitions provenant aussi bien de sujets « anglais que français ». Ils adoptent une position fort différente de celle de Walker. Selon eux, le roi n'a jamais eu l'intention d'agir « avec la main rude du conquérant » et d'abroger entièrement le droit de la Nouvelle-

---

40. Charles Louis de Secondat MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Genève, Barillot & fils, [1748], Livre VI, c. 2, en ligne : <http://dx.doi.org/doi:10.1522/cla.moc.del1> (consulté le 30 septembre 2014).

France⁴¹. Les nouveaux sujets britanniques, d'origine française, bénéficient des avantages des lois anglaises dans la mesure où « leurs vies, leurs libertés et leurs propriétés » sont protégées efficacement; il ne saurait être question d'introduire « des mesures nouvelles et arbitraires » en matière immobilière ou successorale, car cela tendrait davantage à « confondre et à subvertir les droits qu'à les confirmer »⁴². Pour ce qui concerne les contrats et la responsabilité extracontractuelle, « les principes essentiels de la justice sont partout les mêmes », bien que les règles de procédure et de preuve puissent varier. En se fondant sur ces « maximes essentielles », les juges ne peuvent « commettre d'erreur contre les lois anglaises ou les anciennes coutumes du Canada »⁴³.

En matière immobilière, les coutumes anciennes doivent donc demeurer en vigueur. Les anciens sujets britanniques qui achètent des terres dans la colonie « doivent se conformer aux règles locales », comme dans certaines parties du royaume ou dans les autres possessions de la Couronne⁴⁴. La « fermeté et la douceur de l'administration de la justice anglaise » seront bien davantage ressenties en droit public, « dans les cas [...] concernant la vie, la liberté et la propriété du sujet », plutôt qu'en imposant « les règles suivies en Angleterre à l'égard de propriétés mobilières et immobilières »⁴⁵. Ils concluent : « Cette fermeté et cette douceur sont les avantages que Sa Majesté se proposait d'octroyer par sa proclamation »⁴⁶.

En 1766, un projet d'instructions est préparé à Londres, afin que le conseil du gouverneur édicte une ordonnance rétablissant le droit de la Nouvelle-France en matière immobilière. Toutefois, le lord chancelier Northington estime qu'une telle modification doit être autorisée par une loi britannique, ce qui précipite un

---

41. *Rapport du procureur général et du solliciteur général au sujet du gouvernement civil de Québec, D.C. I, p. 222, à la page 223 (14 avril 1766).*

42. *Id.*

43. *Id.*, p. 226 et 227.

44. *Id.*, p. 227.

45. *Id.*

46. *Id.*

changement de gouvernement, en juin 1766; il exige en outre qu'un code du droit de la Nouvelle-France soit préparé, afin que le Cabinet puisse prendre une décision éclairée⁴⁷. En 1767, le nouveau lord chancelier, Charles Pratt, comte de Camden, s'oppose lui aussi à l'envoi d'instructions prévoyant l'application des coutumes locales. Le 28 août, le Conseil privé ordonne plutôt au gouverneur, au juge en chef et au procureur général de la province de présenter un rapport sur les problèmes concernant l'administration de la justice, ainsi que sur les plaintes des « Canadiens », c'est-à-dire des francophones⁴⁸.

Le procureur général de la province est alors Francis Maseres, un Britannique d'ascendance huguenote qui parle et comprend le français. Il rédige un document sur le gouvernement et l'administration de la justice en Nouvelle-France qui a été publié en 1857 sans attribution d'auteur. En réalité, le manuscrit a été relié avec un document imprimé en 1790, sans que cela soit indiqué sur la couverture; il se trouve au Centre de référence de l'Amérique française de Québec⁴⁹. En commentant les règles suivies en Nouvelle-France, Maseres ne craint pas de jeter un regard critique sur les institutions de son pays. À son avis, en Nouvelle-France, le procureur du roi écarte systématiquement les dénonciations qui lui paraissent mal fondées, ce que les juges de paix d'Angleterre font rarement. Par conséquent, dans ce dernier pays, une personne innocente qui est accusée d'avoir commis un crime grave peut croupir en prison pendant plusieurs mois avant de subir son procès et d'être innocentée. En effet, le magistrat qui la renvoie à procès est souvent une personne ignorante et incapable, dont les

---

47. Robert Aarthur HUMPHREYS et Seaman MORLEY SCOTT, « Lord Northington and the Laws of Canada », (1933) 14 *C.H.R.* 42, 48.

48. *D.C. I*, p. 259; R.A. HUMPHREYS et S. MORLEY SCOTT, préc., note 47, p. 52.

49. *Extract of the proceedings of a committee of the whole Council : under the following order of reference relative to a conversion of the present tenures in the province of Quebec into that of free and common soccage*, 1790 (Fonds ancien, Bibliothèque du Séminaire de Québec). Bien que nous croyons avoir découvert le manuscrit original, l'identité de l'auteur fait consensus depuis longtemps (S. MORLEY SCOTT, « The Authorship of Certain Papers in the *Lower Canada Jurist* », (1929) 10 (4) *C.H.R.* 335).

procédures judiciaires et la nature des preuves lui sont peu familières⁵⁰.

Maseres ne tarit pas d'éloges sur la compétence judiciaire qui était attribuée aux seigneurs pour les causes mineures; il ignore qu'elle était rarement exercée en Nouvelle-France. Ce système lui semble préférable à celui des juges de paix, en raison de sa proximité pour les justiciables, du recours efficace qu'il offre pour la perception des redevances seigneuriales et de la subordination modérée et raisonnable qu'il perpétue envers les seigneurs⁵¹. Il précise que l'absence de distinctions sociales et l'esprit de nivellement qui en découle sont à l'origine des troubles survenus dans les colonies américaines. Il croit également que les seigneurs devraient être indemnisés pour la perte de revenu liée à la suppression des juridictions seigneuriales. Il affirme que depuis l'adoption de l'ordonnance sur la justice de 1764, les baillis, des officiers de justice élus dans chaque paroisse, sont illettrés et s'acquittent mal de leurs tâches, contrairement aux capitaines de milice qu'ils ont remplacés⁵². Avec le temps, son opinion des seigneurs changera du tout au tout⁵³.

Convaincu que la Proclamation royale a introduit le droit anglais, il souligne que la population dans son ensemble n'a pas pris conscience des désavantages découlant de ce changement : par exemple, elle ignore que dans le cadre des successions *ab intestat*, les fils cadets sont déshérités par leur aîné et que bien d'autres

---

50. Francis MASERES, « A View of the Civil Government and Administration of Justice in the Province of Canada while it was Subject to the Crown of France » (ci-après « A View [...] »), (1857) 1 *Lower Canada Jurist* 1, 5 (Addendum avec pagination indépendante).

51. *Id.*, p. 11.

52. *Id.*, p. 18; voir Donald FYSON, « Les dynamiques politiques locales et la justice au Québec entre la Conquête et les Rébellions », (2007) 16 (1) *Bulletin d'histoire politique* 337.

53. Voir Francis MASERES, *The Canadian Freeholder*, vol. 1, Londres, B. White, 1776, p. 12, où il prête les propos suivants à un « Canadien » imaginaire: « Our noblesse (those hungry cormorants, who are too proud to cultivate their lands, as we do, or to follow any useful trade for their subsistence, and too poor to live upon their fortunes,) [...] ».

règles diffèrent considérablement des anciennes, tout comme celles concernant l'administration des biens des mineurs⁵⁴. En outre, l'introduction des règles concernant les substitutions, les fiducies et l'interprétation des testaments multiplierait les procès par cent et jetterait la population, y inclus les avocats, dans un état de confusion inextricable⁵⁵.

Maseres propose alors le premier de ses plans pour modifier le droit de la province⁵⁶. Il souhaite faire revivre en grande partie, si ce n'est entièrement, les lois et les usages suivis avant la Conquête, notamment pour le droit immobilier et celui des successions. À cette fin, des juristes francophones devront rédiger un code complet contenant l'ensemble de ces règles, accompagnées de commentaires explicatifs et d'exemples. Maseres rappelle que Guillaume le Conquérant (qui règne de 1066 à 1087) et Édouard I (qui règne de 1272 à 1307) ont procédé de manière analogue en Angleterre... Après avoir obtenu l'approbation de la communauté juridique, le code doit être soumis à l'attention du gouvernement britannique afin de déterminer si des modifications sont nécessaires, puis être approuvé par une Proclamation royale ou par une loi du parlement. Par la suite, des ordonnances pourraient effectuer d'autres modifications, mais aucune autre source d'origine française ne saurait être invoquée ni citée devant les tribunaux, de manière à ce que des avocats anglais puissent être nommés juges dans la province. Autrement, il n'hésite pas à écrire que seuls les avocats du barreau de Paris auraient la compétence requise pour accéder à la magistrature⁵⁷.

Le code dont Maseres propose la rédaction doit inclure les règles de droit pénal appliquées avant la Conquête, car elles sont les mieux adaptées aux besoins de la province. En raison de leur incompatibilité avec l'esprit de la Constitution britannique, il exclut

---

54. F. MASERES, préc., note 50, p. 22-24.

55. *Id.*, p. 24.

56. Francis MASERES, « A Plan for Settling the Laws and the Administration of Justice in the Province of Quebec » (ci-après « A Plan [...] », (1857) 1 *Lower Canada Jurist*, 25-48.

57. *Id.*, p. 25-27.

toutefois de cette proposition le supplice de la roue imposé à certains condamnés à mort, l'utilisation de la torture pour extorquer des aveux, dont il semble ignorer l'utilisation rarissime en Nouvelle-France, ainsi que le pouvoir reconnu au roi de détenir un individu qui n'est pas accusé d'un crime, par le biais des célèbres lettres de cachet⁵⁸. Si l'on décide plutôt que le droit pénal anglais doit s'appliquer, plusieurs modifications doivent être effectuées dès le départ. Par exemple, il faut abolir le bénéfice de clergie, qui permet à un accusé d'échapper, dans certains cas, à la peine de mort en récitant un verset de la Bible et en étant marqué au fer rouge (bien que le fer soit rarement chauffé); il en va de même de la peine forte et dure, par laquelle un accusé refusant de subir son procès devant jury meurt écrasé sous des pierres⁵⁹; et le nombre très élevé de crimes capitaux doit être considérablement réduit⁶⁰.

Maseres n'ignore pas « à quel point de nombreux anglais sont fortement persuadés de la supériorité des lois anglaises sur celles des autres nations ». Il doute cependant que « cette opinion soit autre chose qu'un préjugé national »⁶¹. À son avis, des textes adoptés depuis plus de six siècles sont difficilement intelligibles et entièrement dépourvus de méthode ou d'uniformité. C'est plutôt la Constitution qui protège la liberté des Britanniques d'une manière admirable⁶². Il soutient également que seul le Parlement a le pouvoir d'abroger le droit de la Nouvelle-France. Par conséquent, le roi ne pouvait pas adopter la Proclamation royale, une opinion qu'il a fait imprimer en Angleterre en 1766 peu après qu'il a été nommé procureur général de la province et qu'il répètera à plusieurs

---

58. *Id.*, p. 27. La torture a été utilisée à trois reprises de 1712 à 1748, dans moins de 1 % des cas: André LACHANCE, *La justice criminelle du roi au Canada au XVIII^e siècle: tribunaux et officiers de justice*, Québec, Presses de l'Université Laval, 1978, p. 84 et 140.

59. Cette procédure fut abolie en 1772 par une loi qui s'appliquait aussi bien en Angleterre que dans les colonies (*An Act for the more effectual proceeding against Persons standing Mute on their Arraignment for Felony or Piracy*, 1772 (Imp.), 12 Geo. III. c. 20)).

60. *Id.*, p. 27.

61. *Id.*, p. 33.

62. *Id.*, p. 33.

reprises par la suite⁶³. Après l'adoption de l'Acte de Québec, cette thèse sera rejetée par la Cour du banc du roi en novembre 1774, une possibilité dont il est sans doute conscient en écrivant ses rapports⁶⁴.

En février 1769, en réponse à la demande de Londres adressée au gouverneur, au juge en chef et au procureur général, Maseres rédige un projet où il rappelle que les Canadiens semblent tenir pour acquis que l'ancien droit s'applique en matière immobilière et successorale⁶⁵. Il propose une réorganisation du système judiciaire afin de remédier aux problèmes de coûts et aux délais qui l'affligent. Il offre aussi quatre pistes de solution : 1) l'adoption d'un nouveau code exhaustif; 2) le rétablissement des anciennes lois françaises, avec l'introduction de quelques règles anglaises; 3) le maintien du droit anglais, en indiquant dans quel cas précis les anciennes règles françaises doivent subsister et 4) une variante du cas précédent, soit l'énumération et la reproduction intégrale des règles d'origine française qui doivent demeurer en vigueur, plutôt que la mention des sujets auxquels elles s'appliquent⁶⁶.

Dans son esprit, l'adoption d'un code exhaustif faciliterait la connaissance du droit en vigueur. Cette mesure « ferait disparaître chez les Canadiens toute idée de l'excellence des lois et du

---

63. « Considerations on the expediency of procuring an act of Parliament for the Settlement of the Province of Quebec », reproduit dans *Occasional Essays on various subjects, chiefly political and historical*, Londres, Robert Wilks, 1809, p. 327-364; M. MORIN, préc., note 23, p. 155.

64. *Campbell c. Hall*, préc., note 7. Pour la date du 22 novembre, voir Henry COWPER, *Reports of Cases Adjudged in the Court of King's Bench: From Hilary Term, the 14th of George III. 1774, to Trinity Term, the 18th of George III. 1778*, 2nd ed., London, A. Strahan, 1800, vol. 1, p. 197 et 204; Capel LOFFT indique plutôt que la décision a été rendue le 28 novembre (*Reports of Cases Adjudged in the Court of King's Bench: From Easter Term 12 Geo. 3. to Michaelmas 14 Geo. 3 (both Inclusive), 1772-1774*, Dublin, James Moore, 1790, p. 738).

65. D.C.I, p. 302 (voir aussi W.P.M. KENNEDY et Gustave LANCOTOT (dir.), *Rapports sur les lois de Québec, 1767-1770*, Publications des Archives publiques du Canada n° 12, Ottawa, F.A. Ackland, 1931, p. 14).

66. *Id.*, p. 341 et 342, 348.

gouvernement français, de la supériorité du savoir-faire et de la science des avocats et des juges français », sans doute parce que les décisions des juges susciteraient l'admiration des juristes de la colonie. L'absence d'un « sentiment de vénération » pour la littérature juridique française favoriserait inévitablement le développement au sein de la population d'un sentiment de reconnaissance envers le nouveau gouvernement⁶⁷. Précisons à cet égard qu'à cette époque, deux synthèses du droit de la Nouvelle-France sont préparées à la demande du gouvernement colonial. La première est l'œuvre de François-Joseph Cugnet, un seigneur occupant le poste de traducteur officiel et diverses fonctions officielles; la seconde est rédigée par un groupe de gens influents comprenant certains ecclésiastiques. Elles sont d'ailleurs publiées à Londres après un délai de quelques années⁶⁸.

Insatisfait de ces propositions, Carleton présente son propre rapport, avec l'accord partiel du juge en chef⁶⁹. Fermement opposés à l'introduction intégrale du droit anglais, ils croient que les sujets du roi nouvellement établis au Québec depuis la Conquête ont droit à certains avantages et droits particuliers reconnus par la Constitution britannique. À leur avis, les Canadiens se déclarent satisfaits du droit pénal anglais, qui doit pour cette raison être conservé, sous réserve des révisions et des adaptations que pourra éventuellement effectuer le Conseil de la province. Ils recommandent l'adoption de la loi anglaise de 1679 sur l'*habeas corpus* – ce recours ne faisant pas partie à cette époque des règles de droit pénal – ainsi que l'octroi du droit d'obtenir un procès devant jury dans le cas des actions en dommages⁷⁰. Ils acceptent que, dans un premier temps, la Coutume de Paris soit interprétée à la lumière de la jurisprudence et de la doctrine parisiennes; toutefois, après que ces règles auront été refondues et modifiées par des ordonnances provinciales, « il ne sera plus question des livres de

---

67. *Id.*, p. 344 et 345.

68. M. MORIN, préc., note 23, p. 159; Sylvio NORMAND, « François-Joseph Cugnet et la reconstitution du droit de la Nouvelle-France », (2002) 1 *Cahiers aixois d'histoire des droits de l'outre-mer français* 127.

69. W.P.M. KENNEDY et G. LANCTÔT, préc., note 65, p. 53.

70. *Id.*, p. 70 et 71.

droit français ou des décisions du parlement de Paris ». Enfin, le droit commercial et maritime anglais, ainsi que la « coutume des marchands », doivent s'appliquer dans la province⁷¹.

Le juge en chef William Hey reconnaît que la « multitude » de règles composant le droit anglais sème facilement la confusion, car elles se composent « d'un grand nombre de règlements municipaux et de décisions judiciaires » qui sont difficilement accessibles⁷². Il s'oppose cependant au rétablissement intégral des lois canadiennes, car les juristes canadiens appelés à appliquer les édits des rois de France et la jurisprudence du Parlement de Paris éprouveront un sentiment de nostalgie. Avec le temps, il deviendra même nécessaire de nommer juge des avocats canadiens, ce qu'il semble considérer comme inacceptable, sans élaborer davantage⁷³. Néanmoins, les règles d'origine française doivent être conservées pour les questions de droit immobilier, des successions et des régimes matrimoniaux. Dans ces domaines, il faut préserver la province des « nombreux germes de dissensions suscitées par les règles anglaises », tout comme dans celui de la procédure civile, car cette « partie considérable et compliquée des lois anglaises » permet de présenter des objections tendant « souvent à ralentir la marche de la justice ou à fausser le sens d'une loi »⁷⁴.

Maseres s'oppose à son tour à la recommandation de Carleton, car elle ne favorise pas la coupure avec les sources françaises. Il révèle alors sa préférence pour une codification exhaustive du droit pénal et du droit civil de la province⁷⁵. À défaut, il croit que seules les règles du droit immobilier, successoral et matrimonial suivies en Nouvelle-France doivent être remises en vigueur. Les premières sont protégées par la Capitulation de Montréal, tandis que les secondes peuvent être modifiées malgré ce

---

71. *Id.*, p. 74.

72. *Id.*, p. 79.

73. *Id.*, p. 78.

74. *Id.*, p. 81.

75. *D.C. I*, p. 352 et 353.

document, mais par des textes mûris de longue date, ce qui justifie leur maintien provisoire⁷⁶.

De 1766 à 1769, le gouvernement britannique est donc confronté à de nombreuses opinions contradictoires concernant l'avenir du système juridique de la nouvelle province de Québec. Contrairement à l'interprétation large de la Proclamation royale préconisée entre autres par Fowler Walker, le procureur général Yorke et le solliciteur général De Grey limitent pour l'essentiel l'introduction du droit anglais au droit pénal. Le gouvernement souhaite entériner cette interprétation, mais le chancelier Northington s'y oppose. Par la suite, le Cabinet se contente de solliciter des recommandations du gouverneur, du juge en chef et du procureur général de la province.

Les rapports rédigés par ces derniers se rejoignent sur plusieurs points. Le droit immobilier, successoral et matrimonial de la Nouvelle-France, qui n'a peut-être pas été abrogé entièrement, doit être rétabli. Les autres parties du droit privé doivent être révisées en priorité par des ordonnances provinciales, afin de les rapprocher du droit anglais. Dès que cela sera fait, il faudra interdire le recours à la doctrine et à la jurisprudence françaises. Hey et Maseres ne souhaitent pas conserver les autres parties du droit privé de la Nouvelle-France, mais ils n'excluent pas des adaptations et des mesures de transition. Si Carleton prône le rétablissement intégral de ce droit, c'est à titre provisoire, jusqu'à ce qu'il perde son individualité après avoir été figé dans un texte local ayant force de loi. Dans l'ensemble, ces propositions sont assez proches de la vision de Yorke et de de Grey.

En ce qui concerne le droit pénal de la Nouvelle-France, Maseres envisage son intégration dans un code de ce genre, en accordant du même souffle à l'accusé certaines garanties procédurales du droit anglais. Il insiste encore davantage que Hey sur la nécessité d'empêcher, dans tous les domaines, l'utilisation de la doctrine et de la jurisprudence françaises après l'adoption

---

76. *Id.*, p. 354-356.

d'une telle ordonnance. Maseres rentre définitivement à Londres en 1769, suivi de Carleton en 1770 et du juge en chef en 1773. Ils continueront donc de défendre leurs thèses dans la capitale et devant le Parlement.

III. Les propositions et rapports londoniens, 1771-1774

De retour en Angleterre, Maseres espère influencer sur la politique du gouvernement. Il prépare et fait imprimer à compte d'auteur divers projets de loi prévoyant l'intégration graduelle du clergé dans le giron de l'Église anglicane, la création d'un conseil législatif composé exclusivement de protestants et l'instauration de nouvelles règles successorales qui ne seraient ni anglaises ni françaises. François-Joseph Cugnet rédige à propos de ce dernier projet des commentaires virulents. La réponse en langue française de Maseres, qui compte 159 pages, est également imprimée puis envoyée à certains de ses correspondants au Québec. Nous y lisons que Cugnet considère l'imposition du droit pénal anglais inévitable suite à la Conquête et qu'il approuve l'octroi de l'*habeas corpus* et de la liberté de tester anglaise⁷⁷. Différentes propositions de réforme sont donc diffusées sur la scène londonienne. L'idée que le droit pénal anglais est très largement accepté continue de s'ancrer dans les esprits. Les débats concernent plutôt le régime constitutionnel et le droit privé.

En 1771, le gouvernement demande à ses conseillers juridiques d'examiner les rapports de 1769 et de formuler leurs recommandations. Le 6 décembre 1772, le solliciteur général s'exécute⁷⁸. Des extraits du document original ont été publiés par

---

77. M. MORIN, préc., note 23, p. 154-157.

78. D.C. I, p. 402. Alexander Wedderburn est admis au barreau d'Edimbourg en 1754; il a donc une formation en droit écossais, lequel se distingue de la common law et est fondé en grande partie sur le droit romain. Toutefois, il quitte cette ville en 1757 et est reçu avocat au Inner Temple de Londres la même année. En effet, de 1753 à 1757, il a participé aux activités de formation de celui-ci, qui sont peu exigeantes. Élu député en 1761, il joint en 1765 son mentor Grenville – dont le gouvernement a fait adopter la Loi sur les Timbres – dans l'opposition. Cela l'amène à démissionner de son poste de député en 1769, en appui à un candidat déclaré inéligible par la

Robert Christie en 1848⁷⁹, mais un premier jet, qui est généralement semblable aux parties de la version finale que nous connaissons, a survécu⁸⁰. Alexander Wedderburn croit qu'il est prématuré d'admettre les catholiques dans une Chambre élue, notamment parce qu'il en résulterait « d'inépuisables dissensions » et des « sentiments d'opposition » entre les Canadiens et les Britanniques établis dans la province. Le fait de permettre à tous les habitants de voter « dégoûterait et injurierait les personnes de condition [...] habituées à compter sur une ligne de démarcation prononcée entre le seigneur et le censitaire ». Cela ne serait pas profitable à « [...] ceux qui occupent un rang inférieur, car il est dangereux de permettre à ce dernier de s'élever au niveau de ses supérieurs par tout autre moyen que par ses propres efforts »⁸¹. Sur ce point, tous les conseillers du roi seront du même avis, sauf Thurlow, qui évite de se prononcer.

Pour ce qui concerne les règles applicables dans la colonie, Wedderburn estime qu'il ne saurait être question de privilégier un seul système (anglais ou français), car les coutumes des Canadiens sont devenues « inhérentes à leur nature » et doivent être respectées, dans la mesure où elles ne sont pas « incompatibles avec les principes du nouveau gouvernement »⁸². En revanche, il faut tenir compte des intérêts des sujets britanniques qui se sont établis dans

---

Chambre malgré sa victoire aux urnes, John Wilkes (voir M. MORIN, préc., note 12). Suite au décès de Grenville, Wedderburn se rallie rapidement au parti tory et au gouvernement de lord North, dont l'intransigeance face aux colonies nommé est bien connue. Il est nommé solliciteur général en 1771 (voir la notice tirée de la 9^e ou de la 10^e édition de *Encyclopaedia Britannica* disponible en ligne, <http://www.1902encyclopedia.com>; <http://www.oxforddnb.com/view/article/28954?docPos=60679>; <http://www.historyofparliamentonline.org/volume/1754-1790/member/wedderburn-alexander-1733-1805>).

79. Robert CHRISTIE, *A History of the Late Province of Lower Canada*, vol. 1, Montréal, 1848, p. 27.

80. La version sans intitulé du rapport de Wedderburn que nous avons en notre possession était conservée en 1979 à Lamport Hall, Northants, Angleterre, par Earl Fitzwilliams and his Trustees, Wentworth Woodhouse Settled Estates: A. MOREL, préc., note 14, p. 466.

81. *D.C. I*, p. 404.

82. *Id.*, p. 409.

la colonie. Il soutient que certaines lois anglaises sont « plus avantageuses à bien des égards » et peuvent être substituées à celles de la Nouvelle-France, car elles en diffèrent fort peu, de telle sorte que le changement passera inaperçu⁸³. Le droit immobilier et les successions *ab intestat* font toutefois exception à la règle. À cet égard, les règles appliquées avant la Conquête du Canada peuvent être reconnues par la common law, de la même manière qu'un manoir peut conserver une coutume successorale particulière en Angleterre.

En revanche, la forme de l'hommage féodal doit être simplifiée, tandis que les droits de retrait lignager ou féodal, accordés respectivement à certains membres de la famille ou au seigneur en cas de vente d'un immeuble, doivent être abolis. En effet, dans tous les pays, ceux-ci sont perçus comme un fardeau. En outre, tout Canadien célibataire et sans enfant âgé d'au moins vingt-cinq ans devrait pouvoir commuer une terre tenue directement de la Couronne afin qu'elle soit soumise aux règles du droit anglais⁸⁴. Certaines des modifications décrites ci-dessus doivent être effectuées par une loi du Parlement, les autres relevant plutôt du futur Conseil législatif⁸⁵.

S'inspirant en partie des propositions de Maseres, Wedderburn croit que pour se soustraire à l'application du droit anglais, les futurs époux doivent opter pour l'ancien droit de la Nouvelle-France dans leur contrat de mariage. Il préconise l'abolition des règles concernant les donations et la forme des testaments, ainsi que des règles de procédure en matière mobilière, rejetant ainsi les rapports de 1769, qui ne cessent de vanter la procédure suivie avant la Conquête. Il juge également préférable de

---

83. Pour les propositions résumées dans ce paragraphe et le suivant, voir A. WEDDERBURN, note 80, fos 8-11. Un résumé préparé par un auteur anonyme est publié dans *D.C. I*, p. 414.

84. Wedderburn n'explique pas pourquoi le droit d'obtenir une commutation doit être accordé uniquement aux célibataires majeurs. On peut penser qu'il tient compte des règles de la Coutume de Paris empêchant les parents de disposer de l'intégralité de leurs biens immeubles au préjudice de leurs héritiers.

85. Voir *D.C. I*, p. 412 et 414.

donner force de loi à la synthèse de l'ancien droit préparée au Québec, afin qu'elle constitue le seul texte reconnu en justice. Toutefois, si l'autorité de ce document devait s'avérer discutable, il faudra recourir aux usages pour clarifier la situation.

Pour Wedderburn, le droit pénal français de l'époque se compose de définitions « arbitraires et incertaines », ainsi que de procédures incompatibles avec les principes d'un gouvernement anglais. À son avis, la différence « entre la certitude et la douceur du droit pénal anglais, et la sévérité arbitraire du droit pénal français est tellement évidente, que le changement de ce droit est à lui seul suffisant pour réparer tous les maux découlant nécessairement de la Conquête »; « la sévérité arbitraire du droit pénal français » constitue vraisemblablement une allusion à la torture des accusés, au supplice de la roue et aux lettres de cachet⁸⁶. Toutefois, il faut excepter des règles anglaises le marquage au fer rouge des accusés obtenant le bénéfice de clergie et supprimer la peine de mort pour le vol d'un objet valant moins de cinq livres. Si le bref d'*habeas corpus* fait partie de la common law, il n'est peut-être pas opportun d'y adjoindre les garanties de la loi anglaise de 1679 avant de s'être assuré « de la fidélité et de l'attachement des Canadiens »⁸⁷.

Wedderburn ne peut admettre que la procédure civile française soit moins coûteuse et plus rapide que l'anglaise, compte tenu des critiques formulées en France à cet égard⁸⁸. Il écarte ainsi du revers de la main la description élogieuse comprise dans le rapport de 1769. Toutefois, une réforme du système judiciaire de la province lui semble indiquée⁸⁹. En matière contractuelle et pour la responsabilité civile extracontractuelle, selon lui, le droit anglais doit s'appliquer, car les principes de justice sont les mêmes dans tous les pays civilisés. La faculté accordée à chaque partie de demander un procès devant jury en matière civile doit être conservée; elle ne cause pas de préjudice à ceux qui ne souhaitent

---

86. A. WEDDERBURN, note 80, fo 11 (notre traduction).

87. *D.C. I*, p. 410.

88. *Id.*

89. A. WEDDERBURN, note 80, fos 14-15.

pas s'en prévaloir⁹⁰. En somme, une partie du droit ancien doit être rétablie en matière civile et jumelée au droit anglais, ainsi qu'aux « principes de justice naturelle et d'équité dans les cas qui ne dépendent pas des institutions locales »⁹¹. En outre, la teneur des coutumes suivies avant la Conquête doit être considérée comme un fait à prouver plutôt qu'une question à trancher en se fondant sur des jugements et des commentaires français. Nous sommes bien loin d'un rétablissement intégral du droit privé de la Nouvelle-France.

Le rapport de l'avocat général James Marriott, rédigé en 1773, concorde globalement avec celui de Wedderburn pour ce qui concerne le sort réservé aux anciennes lois⁹². À son avis, après la Conquête, le seul système de droit pénal qui peut s'appliquer est celui de l'Angleterre⁹³. L'idée de recourir à des règles de fond et à des règles de procédure provenant de systèmes différents lui semble « absurde »⁹⁴. En outre, les actions en recouvrement de taxes ne doivent pas être entendues par des jurys, « car des jurés intéressés chercheront toujours à exonérer tous ceux qui se rendront coupables de fraude sous ce rapport »; c'est d'ailleurs pour cette raison qu'ils n'entendent pas de réclamations fiscales en Angleterre⁹⁵. Une loi du Parlement doit rétablir le droit de la Nouvelle-France en matière immobilière, successorale, matrimoniale et contractuelle, sauf dans la mesure où les parties décident de s'y soustraire ou aliènent un bien conformément aux exigences du droit anglais. En outre, une synthèse préparée au

---

90. *Id.*, fo 17.

91. *Id.*, fo 19 (notre traduction).

92. James Marriott est reçu avocat au Doctors Commons en 1757, qui regroupe les avocats ayant étudié le droit romain, car celui-ci constitue une source de droit pertinente devant les tribunaux ecclésiastiques et d'amirauté (saisis de questions de droit maritime). En 1764, il est nommé avocat du roi (ou avocat général) devant ces tribunaux. Élu député en 1780, il appuie le gouvernement de lord North (<http://www.oxforddnb.com/view/article/18091>; <http://www.historyofparliamentonline.org/volume/1754-1790/member/marriott-sir-james-1730-1803>).

93. *D.C. I*, p. 435.

94. *Id.*, p. 448 et 449.

95. *Id.*, p. 464.

Québec doit être annexée à la loi et constituer la seule règle à suivre, « afin de bannir de l'esprit des sujets canadiens leurs idées de vénération à l'égard des édits de leur souverain d'autrefois et des arrêts des tribunaux de France »⁹⁶. Il se demande s'il est opportun d'adopter la loi anglaise de 1679 concernant l'*habeas corpus* « à cause des circonstances actuelles et des intentions de la cour de France dans le cas d'une guerre future »; si ce texte doit s'appliquer, il est peut-être souhaitable d'autoriser le conseil du gouverneur à le suspendre en cas de guerre, de rébellion ou d'insurrection⁹⁷.

Dans son rapport daté du 22 janvier 1773, le procureur général Edward Thurlow vient briser cette belle unanimité⁹⁸. Une portion inédite de son opinion rappelle qu'aux termes des directives données en 1766 au receveur général de la province, celui-ci devait réclamer les taxes et les droits féodaux perçus par la Couronne française avant la Conquête. Selon le gouvernement de l'époque, cette partie du droit français semble être demeurée en vigueur, bien que les jurys saisis de cette question rejettent toutes les actions intentées sur ce fondement⁹⁹. Il avoue ne pas comprendre comment

---

96. *Id.*, p. 457.

97. *Id.*, p. 459. La suite du rapport ne traite pas de droit pénal ou de droit privé : James MARRIOTT, *Plan of a Code of Laws for the Province of Quebec reported by the Advocate-General*, Londres, 1774.

98. *D.C. I*, p. 416; en 1758, Edward Thurlow est reçu avocat au Inner Temple de Londres. Élu député en 1765, il s'oppose aux revendications des colonies américaines; son opinion à cet égard ne variera pas. Il appuie les restrictions au droit au procès devant jury et à la liberté de presse, ainsi que la déclaration d'inéligibilité d'un candidat élu, John Wilkes (voir M. MORIN, préc., note 12). En mars 1770, il est nommé solliciteur général par le gouvernement de lord North; en janvier de l'année suivante, il devient procureur général (voir la notice tirée de la 9^e ou de la 10^e édition de *Encyclopaedia Britannica* disponible en ligne, <http://www.1902encyclopedia.com>; <http://www.oxforddnb.com/view/article/27406?docPos=1>; <http://www.historyofparliamentonline.org/volume/1754-1790/member/thurlow-edward-1731-1806>)

99. Nous croyons avoir découvert la version intégrale du rapport, qui est disponible en ligne : *Rapport de E. Thurlow [sic], procureur général, sur les lois, les cours de justice et le mode défectueux du gouvernement ...*, Centre de référence de l'Amérique Française, Fonds Georges-Barthélémy-Faribault, no p29/296 http://www.mcq.org/fr/complex/craf_fonds/craf_fonds.

il est possible de soutenir que la Proclamation royale n'a pas abrogé les lois civiles du pays¹⁰⁰. En outre, celles-ci sont établies depuis longtemps; la population en a une connaissance diffuse et est attachée à ces coutumes. Pour cette raison, elle peut légitimement escompter qu'elles soient toutes remises en vigueur, aussi bien en droit privé qu'en droit pénal, afin de ne pas « donner lieu inutilement à des motifs de plaintes, de mécontentement et de manque de respect envers » le nouveau souverain¹⁰¹.

Thurlow admet qu'en cas de « nécessité pressante et impérieuse », le roi peut modifier la définition des crimes contre l'État, le statut des religions ou le système judiciaire. Toutefois, pour justifier un tel changement, il ne suffit pas d'invoquer l'opportunité « d'établir entre les différentes parties de l'empire une harmonie et une uniformité irréalisables » ou encore « d'enlever aux arguments d'un avocat tout recours aux savantes décisions du Parlement de Paris, de crainte d'entretenir au sein d'une population la notion historique de l'origine de ses lois »¹⁰². En moins de deux pages, Thurlow remet donc en question la principale justification des propositions formulées précédemment, invitant du même coup le Cabinet à reprendre la discussion sur des bases totalement différentes, au moment où il doit décider de la teneur de la future loi concernant la province de Québec. Par la suite, il ne sera d'ailleurs plus question d'interdire le recours à la jurisprudence et à la doctrine françaises.

IV. L'élaboration et l'adoption du projet de loi, 1773-1774

À la suite des troubles survenus à Boston le 16 décembre 1773 (le *Boston Tea Party*), de mars à juin 1774, le Parlement britannique adopte les lois dites intolérables. Celles-ci prévoient la fermeture du port de Boston, la suppression du pouvoir de nommer des officiers publics que l'Assemblée du Massachusetts

---

php?idEv=w513, ci-après « Rapport ») fo 22. Sur la prétendue survivance des taxes imposées sous le Régime français, voir M. MORIN, préc., note 31.

100. *D.C. I*, p. 422.

101. *Id.*, p. 424.

102. *Id.*, p. 425.

possédait jusque-là, la possibilité de faire juger des officiers royaux accusés d'avoir commis un crime dans une autre colonie ou même en Angleterre et celle de réquisitionner des bâtiments inoccupés pour y loger des troupes¹⁰³. L'Acte de Québec, sanctionné le 22 juin, est inclus dans ce groupe de lois considérées comme odieuses par les colons américains. En effet, il élargit les frontières de la province afin d'y inclure toute la région des Grands Lacs, jusqu'à la rivière Ohio; en outre, il institue un conseil législatif non élu, reconnaît aux catholiques le droit d'exercer une fonction publique et supprime la common law en droit privé¹⁰⁴.

Certains parlementaires de l'opposition croient que cette loi est destinée à attirer des mercenaires européens catholiques et à recruter des soldats parmi la population du Québec afin de pouvoir mater les colonies américaines, dans l'hypothèse où elles décideraient de se rebeller¹⁰⁵. La controverse sur les motivations du

---

103. *An Act to discontinue, in such manner, and for or such time as are therein mentioned, the landing and discharging, lading or shipping, of goods, wares, and merchandise, at the town, and within the harbour, of Boston, in the province of Massachuset's Bay, in North America*, (1774 (G.-B.), 14 Geo. III, c. 19); *An Act for or the impartial administration of justice in the cases of persons questioned for any acts done by them in the execution of the law, or for the suppression of riots and tumults, in the province of the Massachuset's Bay, in New England*, (1774 (G.-B.), 14 Geo. III, c. 45); *An Act for the better regulating the government of the province of the Massachuset's Bay, in New England*, (1774 (G.-B.), 14 Geo. III, c. 39); *An Act for the better providing suitable quarters for officers and soldiers in his Majesty's service in North America*, (1774 (G.-B.), 14 Geo. III, c. 54).

104. Voir par ex. D. MILOBAR, préc., note 11; Dominique GAURIER, « « Remarques sur l'Acte de Québec » d'Alexander Hamilton (écrites en 1775) – Une traduction et son Commentaires », (2008) 14 *Revue juridique polynésienne* 157.

105. Henry CAVENDISH, *Debates of the House of Commons in the year 1774 on the Bill for making a more effectual provision for the Government of the Province of Quebec*, S.R. Publishers, Johnson Reprint, 1966 [1839], p. 228 et 229 (voir aussi p. 62, 214); selon Lord Lyttleton, William Pitt, comte de Chatham, utilise un argument semblable, même si cela n'est pas mentionné dans le compte rendu de l'intervention de ce dernier à la Chambre des lords: voir Peter FORCE (dir.), *American Archives*, 4th series, vol. 1, Washington, M. St. Clair Clarke and Peter Force, p. 212 et 213 (<http://lincoln.lib.niu.edu/cgi-in/amarch/getdoc.pl?var/lib/philologic/databases/amarch/.123>).

gouvernement fait rage depuis ce temps¹⁰⁶. Cette interprétation est certainement excessive. Certes, dès 1767, Carleton a évoqué la possibilité d'utiliser les forces disponibles au Québec afin de mater les colonies du Sud¹⁰⁷. Lors des débats sur l'Acte de Québec à la Chambre des lords, lord Lyttleton présente une position plus juste. Il ne craint pas que la violence éclate en Amérique, mais si cela devait arriver, il ne voit pas pourquoi les « habitants loyaux du Canada » ne joindraient pas leurs forces à celles de l'Empire, afin de soumettre ceux qui veulent anéantir l'autorité royale au nom de la liberté, dans le but de fonder une république absolument indépendante¹⁰⁸.

---

106. Voir par exemple Hidla NEATBY, *The Quebec Act: Protest and Policy*, Scarborough, Prentice Hall, 1972; P. LAWSON, préc., note 14.

107. Carleton à Hillsborough, *D.C.I.*, p. 302-304.

108. P. FORCE, préc., note 105, p. 214 ("As to the idea of the noble Earl, that this political separation of Canada from the rest of America might be a means of dividing their interests, and that French Canada would in a future day be used as a proper instrument to quell British America, Lord Lyttelton said, he was not apprehensive of these consequences; but that if British America was determined to resist the lawful power and pre-eminence of Great Britain, he saw no reason why the loyal inhabitants of Canada should not co-operate with the rest of the Empire in subduing them, and bringing them to a right sense of their duty; and he thought it happy, that, from their local situation, they might be some check to those fierce fanatic spirits that, inflamed with the same zeal which animated the Round-heads in England, directed that zeal to the same purposes, to the demolition of regal authority, and to the subversion of all power which they did not themselves possess; that they were composed of the same leaven, and whilst they pretended to be contending for liberty, they were setting up an absolute independent Republic, and that the struggle was not for freedom, but power, which was proved from the whole tenor of their conduct, even to demonstration"). Certains opuscules tiennent pour acquis qu'en cas de rebellions des colonies situées plus au sud, le gouvernement britannique entend s'assurer du soutien de la population du Québec, voire lever des troupes parmi celle-ci: William MEREDITH, *A letter from Thomas Lord Lyttelton to William Pitt, Earl of Chatam on the Quebec Bill*, ed. par James Rivington, New York, 1774, p. 19; [ANONYME], *A letter to Sir William Meredith, Bart., in Answer to his late letter to the Earl of Chatham*, Londres, 1774, p. 39; [ANONYME], *Thoughts on the Quebec Act for making more Effectual Provision of the Government of the Province of Quebec*, Londres, T. Becket, 1774, p. 27 et 28; voir aussi D. MILOBAR, préc., note 11.

Il n'en demeure pas moins que les officiers de la Couronne étudient la situation du Québec depuis 1772 et que la préparation du projet de loi a débuté au cours de l'été de 1773, bien avant les troubles de Boston¹⁰⁹. L'Acte de Québec n'a donc pas été conçu dans le but de renforcer les forces militaires britanniques disponibles en cas de rébellion, même si cet avantage indirect a pu favoriser son adoption. Par contre, en 1774, le gouvernement tient certainement à trouver une solution au problème québécois, afin d'éliminer une source de mécontentement susceptible d'inciter une partie de la population à joindre le camp des rebelles américains. De ce point de vue, les deux problématiques et les cinq lois « intolérables » sont indissolublement liées.

Reste à savoir comment l'Acte de Québec a graduellement pris forme. En 1773, un point semble faire consensus. Il ne saurait être question de créer une chambre de députés, qu'elle soit composée exclusivement de protestants ou qu'elle inclut des catholiques. À cet égard, l'opinion de Wedderburn, partagée entre autres par Maseres, résume bien les arguments de ceux qui s'opposent à cette innovation¹¹⁰. Cela n'est guère surprenant, dans un contexte où les législatures coloniales américaines constituent une source constante d'irritation pour le gouvernement, au moins depuis une décennie¹¹¹. Comme il n'est pas envisageable d'autoriser un conseil non élu à imposer des taxes, une loi du Parlement britannique pourvoira à cela peu après l'adoption de l'Acte de Québec¹¹².

---

109. D.C. I, p. 518.

110. Voir ci-dessus, le texte correspondant à la note 80; Carleton à Shelburne, D.C. I, p. 268 (20 janvier 1768); Maseres à Dartmouth, D.C. I, p. 472 (4 janvier 1774). Le lieutenant John Marr, un ingénieur en poste à Québec de 1769 à 1779, rédige un document intitulé « A few Remarks on the Province of Quebec » qui est remis le 15 avril 1773 au Secrétaire d'État responsable de l'Amérique, le comte de Dartmouth (*Bibliothèques et Archives Canada*, ci-après « BAC », RG4 B17 vol. 2, 1823). Il consacre pas moins de 6 pages à expliquer les problèmes, insurmontables à son avis, que créeraient une Chambre de députés composée de protestants anglophones et de catholiques francophones (fol. 1794-1798).

111. M. MORIN, préc., note 12, p. 347-350.

112. *Acte du revenu de Québec*, D.C. I, p. 558 (*An Act to establish a fund towards further defraying the charges of the administration of justice and support*

Les documents de la collection Dartmouth, qui ne sont pas datés, nous donnent une idée générale de l'évolution du projet présenté au Parlement en mai 1774¹¹³. L'un d'eux énumère de manière sommaire les réformes à effectuer au Québec : « l'ancienne loi et la constitution d'autrefois » doivent être remises en vigueur; un conseil législatif non élu doit être créé, sous réserve des « restrictions jugées nécessaires »; les cours doivent ressembler autant que possible à celles qui existaient avant la Conquête; dans les cas de crimes capitaux, l'accusé doit avoir le « privilège d'être jugé par un jury, conformément aux lois d'Angleterre »; la torture et le supplice de la roue doivent être abolis, tandis que les tribunaux doivent avoir le pouvoir de délivrer un bref d'*habeas corpus*¹¹⁴. Il s'agit donc de remettre en vigueur le droit de la Nouvelle-France, à l'exclusion de certains points révoltants du droit pénal, en lui greffant les garanties procédurales de la common law.

Une première version du projet de loi déclare qu'il est impossible pour l'heure de convoquer une assemblée, ce qui justifie l'octroi du pouvoir législatif à un conseil non élu, avec certaines restrictions¹¹⁵. C'est donc à ce dernier qu'il incomberait de déterminer les parties du droit français devant être rétablies. Cette solution simple, voire simpliste, semble avoir été rapidement abandonnée. Une deuxième version, complétée le 2 mars 1774, semble inspirée par le rapport de Thurlow et les allusions vagues de celui-ci à la possibilité de s'écarter du droit de la Nouvelle-France pour ce qui concerne les crimes contre l'État¹¹⁶. Elle rappelle l'existence de doutes sérieux concernant la portée exacte de la

---

the civil government within the Province of Quebec in America, 1774 (G.-B.), 14 Geo. III, c. 88). La loi est modifiée l'année suivante (*D.C. I*, p. 558).

113. William Legge, 2^e comte de Dartmouth, occupe le poste de secrétaire d'État pour le Département de l'Amérique de 1772 à 1775. Il accumule à cette occasion une impressionnante collection de documents concernant les colonies américaines. En 1926, l'un de ses descendants remet ceux qui concernent plus particulièrement le Canada aux Archives publiques, devenues Bibliothèque et Archives Canada (voir la notice du fonds R9370-0-5-E, anciennement RG4 B17, <http://collectionscanada.gc.ca/search/>).

114. *D.C. I*, p. 518.

115. *D.C. I*, p. 519.

116. *D.C. I*, p. 425.

Proclamation royale et abroge expressément celle-ci, ainsi que les ordonnances adoptées ou les commissions délivrées sous son égide¹¹⁷. Une disposition semblable se retrouvera dans la troisième version et dans l'Acte de Québec. La deuxième version accorde également aux sujets britanniques ayant vécu en Nouvelle-France le droit de conserver leurs « propriétés, lois et coutumes et usages » comme si la Proclamation royale n'avait pas été adoptée, pour autant que cela soit compatible avec « leur allégeance et leur soumission à la couronne et au parlement de Grande-Bretagne ». Cette restriction, vague à souhait, est fortement critiquée par le juge en chef Hey, d'autant plus que la disposition en question ne semble pas applicable aux Britanniques établis au Québec depuis la Conquête¹¹⁸. Par ailleurs, cette version confie au futur Conseil législatif le soin d'adapter les règles du droit privé d'origine française.

Une autre disposition a pour objectif « l'abolition de la torture et de ces cruels châtiments auxquels les habitants du Canada étaient autrefois exposés ». Le droit anglais doit également s'appliquer intégralement dans les cas de procès pour haute trahison ou non-révélation d'attentat. Pour les autres crimes capitaux, les règles de fond doivent être celles suivies en Nouvelle-France, mais la procédure et les peines doivent être régies par celles de l'Angleterre, en particulier le bénéfice de clergie, qui permet à un condamné à mort d'avoir la vie sauve dans certains cas¹¹⁹.

Wedderburn, qui a écrit ce texte à la demande du ministre des colonies, Lord Darmouth, fait remarquer à quel point il lui paraît « étrange » de juxtaposer le droit anglais en matière de trahison et le droit français concernant les crimes capitaux (d'autant plus que celui-ci ne contient à son avis aucune définition), en y greffant les règles de procédure et les peines prévues par le droit anglais. Au surplus, les autres crimes sont intégralement régis par le droit français, y incluent « les châtiments arbitraires qui

---

117. D.C. I, p. 521.

118. D.C. I, p. 524.

119. D.C. I, p. 525.

consistent à couper la langue, à trancher le nez, etc. »¹²⁰. Pour un ministre, l'idée de défendre devant le Parlement un projet autorisant de tels châtiments dans une colonie britannique devait être une vision d'horreur. Aussi n'entend-on plus parler du droit pénal français par la suite... Sans doute parce qu'il regrette cette décision, le procureur général Thurlow avoue, lors des débats parlementaires, qu'il eût préféré pouvoir s'inspirer davantage de la mentalité française¹²¹.

Wedderburn semble accorder une grande importance aux commentaires et aux suggestions du juge en chef Hey, qu'il consulte régulièrement¹²². Celui-ci s'oppose à un amalgame comme celui que prévoit la deuxième version. Selon lui, les Canadiens « se rendent parfaitement compte des avantages qu'ils peuvent tirer des lois anglaises et [...] font d'excellents jurés ». Il juge préférable de laisser au Conseil législatif le soin d'adapter le droit pénal anglais aux besoins de la colonie¹²³. Devant la Chambre des communes, après avoir rappelé l'apparente satisfaction des Canadiens à cet égard, il n'hésite pas à affirmer : « Je ne peux pas m'imaginer qu'ils soient stupides au point de désirer le droit français » en ce domaine¹²⁴. Pour Wedderburn comme pour Hey, le rétablissement du droit pénal français est tout simplement inimaginable.

La troisième version garantit les propriétés et les possessions des Canadiens avec la même restriction vague, c'est-à-dire dans la mesure où cela est compatible avec l'allégeance due au souverain et au Parlement britanniques. Pour la propriété et les droits civils, tous les litiges, qu'ils concernent les anciens ou les nouveaux sujets, doivent être jugés « conformément aux lois du Canada

---

120. *D.C. I*, p. 521.

121. H. CAVENDISH, préc., note 105, p. 37 (« I would have consulted the French habit to a much greater extent, if it had been for me to have framed the law »).

122. *D.C. I*, p. 521 et *D.C. I*, p. 524. Ces extraits contiennent tous les passages intéressants de la lettre originale (BANQ, Collection Dartmouth, MG 23 A 1, vol. 2, fo 2003-2006, 2 mars 1774).

123. *Id.*, p. 521.

124. H. CAVENDISH, préc., note 105, p. 158 (notre traduction): « I cannot conceive them so stupid as to wish for the French law ».

[plutôt qu'à celle] d'Angleterre ». En revanche, les tribunaux doivent se fonder à l'avenir sur les lois et les coutumes du Canada, ainsi que sur les ordonnances provinciales, sans qu'il soit possible d'invoquer aucune autre règle antérieure à la Conquête¹²⁵.

Il va de soi que la mention simultanée des lois d'Angleterre et des lois canadiennes, à l'exclusion des lois françaises, ne peut qu'engendrer une confusion continuelle. Le juge en chef Hey (et non pas Lord Mansfield, comme l'affirment Shortt et Doughty¹²⁶) ne manque pas de le signaler, à propos d'une disposition dont le texte exact semble avoir disparu. Celle-ci vise à exempter les anciens sujets britanniques des lois canadiennes; si tel est le cas, « elle formera une exception aussi étendue que la règle, car il n'en restera pas moins douteux en matière de droit civil, si la loi canadienne ou la loi anglaise, là où les deux diffèrent quant à la forme et au mode de procédure, doit avoir la préférence »¹²⁷.

Hey donne à cet égard un exemple d'un débat qu'il a dû trancher. La Coutume de Paris accorde une hypothèque aux constructeurs d'une maison afin de garantir le paiement de leurs services. Comme il s'agit d'un droit réel, l'immeuble demeure grevé en cas d'aliénation, peu importe le nombre de fois où cela se produit. Or, à cette époque, l'acheteur ultérieur peut fort bien ignorer l'existence de l'hypothèque. Au Québec, cette question a été soulevée en 1767 dans une action hypothécaire intentée devant la Cour des plaids communs, pour laquelle le défendeur a obtenu une évocation devant la Cour du banc du roi. Mais les demandeurs ont sollicité à leur tour de la Cour de chancellerie une injonction interdisant à cette cour d'entendre la cause¹²⁸. Nous n'avons pas

---

125. D.C. I, p. 530. La traduction française est défectueuse, car le mot en italiques ci-dessous a été omis: « [...] Resort shall be had to the Laws of Canada and *not* to the Laws of England [...] » (Adam SHORTT et Arthur G. DOUGHTY (dir.), *Documents relating to the Constitutional History of Canada, 1759-1791*, 2^e éd., Ottawa, J. de L. Taché, 1918, p. 545).

126. D.C. I, p. 534.

127. *Id.*

128. Sur la cour de chancellerie de 1764 à 1774, voir J. L'HEUREUX, préc., note 27; Michel MORIN, « La compétence *parens patriae* et le droit privé

retracé l'issue ultime des procédures, mais la situation dramatique de ces artisans mérite d'être soulignée¹²⁹:

Les dits Declarant sont hors d'Etat par le deffaut d'argent, par la Langue angloise qu'ils n'Entendent Point, par les Loix qui Peuvent y être differentes, de Suivre leur action et le Payement de leur Dû, qu'ayant contracté en Langue françoise et suivant les us et Coutume de cette Colonie ils Esperent qu'ils doivent estre Jugé par une cour d'Equité.

Enfin lesdits Declarants sont sur le Point d'être Poursuivi Journallement et Emprisonné pour leurs dettes qu'ils comptoient acquitter avec ce qui leur est Dû par Monsieur Rowe du bien duquel Monsieur Dunn S'est Emparé, Touchant et Jouissant du Revenu des deux Maisons que lesdits Declarants ont Construittes Sur lesquelles ils ont un Privilege Exclusif [...]

Se fondant sur la disposition qu'il a critiquée auparavant, Hey imagine que le propriétaire de l'immeuble pourrait présenter l'argument suivant¹³⁰:

Je ne reconnais pas ce mode de procédure et je ne suis pas lié par cette loi. *Tout privilège, toute protection et tout avantage* de quelque nature ou catégorie qu'ils soient, auxquels j'ai droit en vertu des lois et de la constitution du royaume d'Angleterre, me sont expressément réservés, entre autres, le procès par jury que je considère comme une prérogative manifeste. Que ces hommes présentent leur demande en dépossession basée sur leur titre d'hypothèque et qu'ils soumettent l'atteinte à un jury, conformément aux bons vieux modes et usages du royaume d'Angleterre et non en vertu d'une loi et d'un mode de procédure inconnus et inusités dans ce pays et qui portent atteinte aux droits d'un sujet britannique.

---

québécois: un emprunt inutile, un affront à l'histoire », (1990) 50 *R. du B.* 831.

129. B.A.C., RG4 B17 vol. 2.

130. *D.C. I*, p. 534.

Le texte proposé ne fournit aucun moyen de trancher cette question. Hey souligne que la disposition en question entend faire de « la loi canadienne en matière civile » la « loi générale de la province pour régir aussi bien la propriété d'un sujet anglais que celle d'un sujet canadien ». S'il est opportun de créer des exceptions « en faveur des sujets britanniques », il est indispensable d'indiquer clairement dans quel cas et dans quelles circonstances » elles trouvent application. Une « réserve générale comme celle que la clause renferme, n'aura aucun effet ou n'aboutira qu'à tout bouleverser »¹³¹.

On peut penser qu'après un tel argument, l'idée de mélanger les droits fondamentaux des sujets britanniques et les règles du droit privé de la Nouvelle-France a été rapidement abandonnée. Il en va sans doute de même de la thèse selon laquelle les différences entre les droits des contrats et des obligations français et anglais portent sur des questions de preuve et de procédure d'importance mineure. En effet, celles-ci peuvent s'avérer déterminantes pour l'issue d'un litige, comme le montre l'exemple analysé par Hey. Par ailleurs, un recours fondamental du droit anglais n'apparaît pas dans ces versions, soit l'*habeas corpus*. Cela n'est pas étonnant si l'on se rappelle l'hostilité de Wedderburn et de Marriott à cet égard. Les « droits civils » du Canada rétablis par l'Acte de Québec n'incluent évidemment pas un tel recours, ce qui fera craindre lors des débats parlementaires la résurgence des lettres de cachet françaises, tant honnies des Britanniques, en dépit du fait que celles-ci requièrent la signature personnelle du roi plutôt que celle de ses officiers; au surplus, elles ne semblent pas avoir été utilisées en Nouvelle-France¹³².

---

131. *Id.*

132. Francis MASERES, *An Account of the Proceedings of the British and other Protestant Inhabitants of the Province of Quebec in North-America, in order to obtain An House of Assembly in that Province*, Londres, B. White, 1775, p. 228, 279-282; Francis MASERES, *Additional papers concerning the province of Quebec: being an appendix to the book entitled, « An account of the proceedings of the British and other Protestant inhabitants of the province of Quebec in North-America in order to obtain a house of assembly in that province »*, Londres, B. White, 1776, p. 229-21; voir par ex. H. CAVENDISH, préc., note 105, p. 21-23 et 133-136; discours de Lord Chatam

La troisième version du projet de loi prévoit cependant que le droit pénal anglais est maintenu intégralement¹³³. Pourtant, un seigneur séjournant à Londres, Michel-Chartier de Lotbinière, réclame à cette époque le rétablissement de cette partie du droit de la Nouvelle-France¹³⁴. Plusieurs documents ou commentaires signalent d'ailleurs que dans la province, les seigneurs sont profondément choqués par l'idée d'être jugés par des commerçants ou des gens qu'ils méprisent¹³⁵. Pour expliquer cette nouvelle orientation, outre l'hostilité farouche de Wedderburn et Hey envers le droit pénal français, on peut noter qu'en 1773, François-Joseph Cugnet rédige divers documents où il louange le droit pénal anglais. Il affirme également que les Canadiens sont très favorables à la liberté de tester accordée par le droit anglais. Il soutient que les juges britanniques pourront se familiariser avec le droit privé de la Nouvelle-France en lisant un petit nombre d'ouvrages dont il dresse la liste¹³⁶. Après avoir tenté sans succès de faire publier ses réflexions au Québec, il les envoie au célèbre William Blackstone¹³⁷. Celui-ci a été nommé juge en 1770; il les transmet à son tour au ministre¹³⁸.

à la Chambre des Lords, dans P. FORCE, préc., note 105, p. 212 (<http://lincoln.lib.niu.edu/cgi-in/amarch/getdoc.pl?var/lib/philologic/databases/amarch/.123>). Une historienne a trouvé un seul exemple d'une lettre de cachet signée par le roi, mais annulée par la suite: Josianne PAUL, *Exilés au nom du roi, les fils de famille et les faux-sauniers en Nouvelle-France, 1721-1749*, Sillery, Septentrion, 2008, p. 44 et 45.

133. D.C. I, p. 530.

134. Voir la note reproduite dans D.C. I, p. 533 et D.C. I, p. 546; A. MOREL, note 14, p. 469-473 et 494-500.

135. Douglas HAY, « The meaning of the Criminal Law in Quebec, 1764-1774 », dans Louis A. KNAFLA (dir.), *Crime and Criminal Justice in Europe and Canada*, Waterloo, Wilfrid Laurier University Press, 1981, p. 77-111; A. MOREL, préc., note 14, p. 498 et 499; J.L.J. EDWARDS, « The Advent of English (not French) Criminal Law and Procedure into Canada in 1771 – A close Call », (1983-84) 26 *Crim.L.Q.* 464.

136. Marine LELAND, « François-Joseph Cugnet 1720-1789 – X », (1963) 17 *Revue de l'Université Laval* 820, Appendice E, p. 838; Michael DORLAND et Maurice CHARLAND, *Law, Rhetoric and Irony in the Formation of Canadian Civil Culture*, Toronto, University of Toronto Press, 2002, p. 94-97.

137. Marine LELAND, « François-Joseph Cugnet 1720-1789 – XI », (1963) 18 *Revue de l'Université Laval* 339.

138. Voir M. MORIN, note 23, p. 162.

Or, la troisième version du projet de loi reconnaît pour la première fois la liberté illimitée de tester¹³⁹. Il est tentant de voir une relation de cause à effet entre la réception à une date indéterminée des documents envoyés par Cugnet et l'abandon du droit pénal français, ainsi que l'apparition de la liberté testamentaire dans l'Acte de Québec. Il n'existe cependant pas de preuve concluante à cet égard. Notons aussi que Cugnet réclame dans ses écrits la création d'une assemblée élue où pourraient siéger des catholiques. À défaut, il exige qu'il soit interdit au Conseil législatif de modifier les règles du droit privé de la province, ce qui montre qu'il a bien saisi les menaces planant sur la pérennité du droit d'origine française¹⁴⁰.

En ce qui concerne le procès devant jury en matière civile ou commerciale, outre la difficile coordination de celui-ci avec les règles de fond françaises, un autre argument est dirimant aux yeux du Cabinet. En effet, une lettre de lord Aspley datée du 15 mai 1774 souligne qu'il faut éviter à tout prix que les réclamations de taxes soient susceptibles d'être entendues par un jury¹⁴¹. Tout comme l'abolition de l'*habeas corpus*, l'élimination de ce type de procès suscite des protestations enflammées suite à l'adoption de l'Acte de Québec, notamment en raison du fait que le gouvernement britannique ne reconnaît pas le principe de l'indépendance judiciaire dans les colonies¹⁴². Le 31 mai 1774, les marchands londoniens faisant affaire au Québec réclament d'ailleurs un délai

---

139. D.C.I, p. 530; voir aussi André MOREL, *Les limites de la liberté testamentaire dans le droit civil de la province de Québec*, Paris, L.G.D.J., 1960; Jean-Maurice BRISSON, « Entre le devoir et le sentiment : la liberté testamentaire en droit québécois (1774-1990) » dans *Recueils de la Société Jean Bodin*, vol. LXII, *Actes à cause de mort — Acts of Last Will*, Bruxelles, De Bœck, 1994, 277; Christine MORIN, *L'émergence des limites à la liberté de tester en droit québécois : étude sociojuridique de la production du droit*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2009.

140. D.C. I, p. 530.

141. BAN, Collection Dartmouth, MG 23 A 1, vol. 2, fos 2041.

142. Voir par ex. H. CAVENDISH, préc., note 105, p. 21, 97 et 258; D. MILOBAR, préc., note 11; David SCHNEIDERMAN, « Edmund Burke, John Whyte, and Themes in Canadian Constitutional Culture », (2006) 31 *Queen's L.J.* 578; sur l'importance du jury en matière civile dans les colonies britanniques, voir M. MORIN, préc., note 12, p. 350 et 51.

afin de pouvoir se retirer de la province et soumettre leurs réclamations à jury avant l'entrée en vigueur de la nouvelle loi. Bien entendu, ils préfèrent de beaucoup le maintien du droit commercial et du droit des obligations anglais, ainsi que du procès devant jury et de l'*habeas corpus*¹⁴³.

Le 3 juin, le conseil de la ville de Londres présente une pétition dénonçant l'abolition du droit anglais et d'une « partie sacrée » de celui-ci, soit le procès devant jury, car le rétablissement du droit français rendra à son avis « très précaires » la liberté personnelle et les biens¹⁴⁴. Le 22 juin, ce conseil présente une autre pétition au roi, afin de le dissuader de sanctionner le projet de loi. Il souligne que le procès devant jury, ce « merveilleux produit de la sagesse humaine », est supprimé en matière civile, ce qui rendra « incertains et précaires » les propriétés et les biens; en outre, il trouve inconcevable que la religion catholique, si « idolâtre et sanguinaire » soit reconnue officiellement¹⁴⁵. Dans cette perspective, l'Acte de Québec déroge aux principes fondamentaux de la Constitution britannique et retire aux Britanniques venus s'établir dans la province le bénéfice des lois anglaises qui leur a été promis par la Proclamation royale. Au cours des débats parlementaires, le premier ministre, lord North, réplique qu'en droit privé, il reviendra au Conseil législatif de déterminer dans quelle mesure il est possible de greffer des procédures anglaises aux règles de fond françaises, car cela ne peut réalistement être fait à distance¹⁴⁶. En ce qui concerne la question religieuse, en un mot

143. D.C. I, p. 495, 498 et 499; H. WELLAND, préc., note 5, p. 181 et 182.

144. « Petition of the Common Council of the City of London Against the Bill », P. FORCE, note 105, p. 194.

145. « Petition of the City of London to the King, Against the Bill », P. FORCE, note 105, p. 215.

146. H. CAVENDISH, note 105, p. 11-12, 235-236 et 256-257 (lord North); pour sa part, Wedderburn insiste sur la nécessité de laisser les mentalités des francophones évoluer avant de leur imposer des règles étrangères telles que le procès devant jury (p. 56, 272-275); à son avis, des objections peuvent être formulées contre n'importe quel projet de réforme du gouvernement de la colonie (p. 53). William Knox, le sous-secrétaire d'État pour l'Amérique, croit également que des questions telles que l'introduction du procès devant jury en matière civile doivent être décidées localement : William KNOX, *The justice and policy of the late Act of*

comme en mille, le gouvernement juge le modèle de l'île de Minorque préférable à celui de l'Irlande¹⁴⁷.

CONCLUSION

En 1774, le projet présenté au Parlement, qui sera adopté avec très peu de modifications, privilégie deux systèmes juridiques nationaux différents en droit privé et en droit pénal. Ceux-ci doivent servir de fondement aux modifications futures effectuées sur place par un conseil législatif. En effet, le gouvernement a renoncé à imposer dans la loi impériale des garanties qui pourraient difficilement être modifiées ou adaptées par la suite, à l'exception de la liberté de tester. En janvier 1775, les instructions au gouverneur prévoient que celui-ci doit examiner la possibilité d'accorder le droit à l'*habeas corpus* et de rétablir, en tout ou en partie, le droit anglais en matière commerciale ou contractuelle, ainsi que pour les actions en réparation de préjudices personnels¹⁴⁸. Le gouvernement n'a donc pas renoncé à l'amalgame des deux traditions juridiques. Toutefois, la rédaction d'ébauches truffées d'incohérences l'a convaincu du fait que l'introduction des règles anglaises dans un système d'origine française ne peut se faire à distance, en raison des nombreuses adaptations exigées par cette délicate opération, aussi bien en droit pénal qu'en droit privé d'ailleurs. En outre, l'idée d'empêcher les juristes du Québec de consulter les sources françaises a été considérée comme inutile ou irréaliste à ce stade, alors qu'au départ, il s'agit d'un aspect fondamental de la réforme.

En définitive, le gouvernement a privilégié les intérêts de l'État, notamment en refusant le droit à un procès devant jury ou à l'*habeas corpus*, avec les conséquences que l'on sait pendant la

---

Parliament for Making more Effectual Provision for the Government of the Province of Quebec Asserted and Proved, Londres, J. Wilkie, 1774, p. 58-61.

147. *Id.*, p. 6 et 7 (Thomas Townshend, pour l'opposition); W. KNOX, préc., note 146, p. 20-29.

148. *D.C. I*, p. 578, nos 12 et 13.

guerre de l'Indépendance américaine¹⁴⁹. L'annulation de la promesse de créer une chambre de députés et la décision de faire imposer des taxes par le Parlement britannique s'expliquent de la même manière. Les intérêts politiques des marchands d'origine britannique n'ont pas pesé bien lourd dans la balance, à une époque où un affrontement se prépare avec leurs homologues des autres colonies. En revanche, ceux des seigneurs, avec qui les ministres et les officiers coloniaux ont beaucoup d'affinité, ont été protégés de manière éclatante, tout comme ceux de l'Église catholique. En rétablissant intégralement le droit privé d'origine française dans le but de permettre au Conseil législatif de le modifier graduellement et de manière éclairée, le Cabinet n'a sans doute pas conscience d'être à la croisée des chemins. Seuls les hasards de l'histoire vont donner un caractère permanent au dualisme juridique créé en 1774, dont il n'est pas exagéré de dire qu'il constitue de nos jours une partie essentielle de l'identité québécoise.

---

149. J.-M. FECTEAU et D. HAY, préc., note 12.

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : LA DÉMOCRATIE ÉTUDIANTE, LA GRÈVE ÉTUDIANTE ET LEUR
RÉGULATION PAR LE DROIT

Auteur(s) : Finn MAKELA

Revue : *RDUS*, 2014, volume 44, numéro 2-3

Pages : **307-415**

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/10199>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/10199>

Page vide laissée intentionnellement.

LA DÉMOCRATIE ÉTUDIANTE, LA GRÈVE ÉTUDIANTE ET LEUR RÉGULATION PAR LE DROIT

par Finn MAKELA*

Bien que le phénomène de la grève étudiante jouit d'une légitimité politique au Québec depuis des décennies, cette manifestation de la liberté d'association a subi une délégitimation lors de la grève de 2012 en raison de la perception que, contrairement à la grève de salariés prévue au Code du travail, elle n'était ni autorisée ni encadrée par le droit. Or, la démocratie étudiante est encadrée par la Loi sur l'accréditation et le financement des associations d'élèves ou d'étudiants ainsi que par les lois d'application générale telle la Loi sur les compagnies et le Code civil. Cet article explique l'interaction entre ces lois et les pratiques des associations d'étudiants. Cette explication fonde une critique des jugements rendus en la matière pendant la période que l'on appelle « le Printemps érable » et ouvre la réflexion sur des pistes potentielles d'une reconnaissance formelle d'un droit de grève étudiant.

Though the phenomenon of the student strike has benefited from political legitimacy in Québec for decades, this exercise of the freedom of association suffered a delegitimation during the 2012 strike due the perception that – contrary to the employee strike provided for in the Labour Code – the student strike is neither regulated nor permitted by the law. Yet student democracy is regulated by the Act Respecting the Accreditation and Financing of Students' Associations as well as by statutes of more general application such as the Companies Act and the Civil Code. This article explains the interaction between these laws and the practices of student associations. The explanation grounds both a critique of the judgments rendered during the time known as the “Maple Spring” as well as a reflection on potential avenues leading to the formal recognition of a right to strike for students.

---

*. B.A. (McGill), M.A. (Carleton), LL.B, B.C.L. (McGill), LL.D. (Université de Montréal). Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke et avocat (Barreau du Québec). Une version antérieure de ce texte a été produite dans le cadre d'un mandat de recherche commandité par la Fédération étudiante universitaire du Québec. L'auteur tient à remercier M. Simon Amiot, M. Benoît Lacoursière, Mme Amélie Millette-Gagnon, Me Philippe-André Tessier ainsi que les évaluateurs anonymes pour leurs précieuses suggestions et commentaires. Il reconnaît l'appui financier du Fonds de recherche du Québec - Société et culture.

SOMMAIRE

1.	INTRODUCTION	309
2.	BREF HISTORIQUE DU MOUVEMENT ÉTUDIANT QUÉBÉCOIS	311
3.	DÉFINITION DE LA GRÈVE ÉTUDIANTE	317
	3.1. Activités destinées à assurer l'effectivité de la grève	322
	3.2. Fonctionnement des associations étudiantes en contexte de grève	328
4.	RÈGLEMENTATION JURIDIQUE DE LA DÉMOCRATIE ÉTUDIANTE	331
	4.1. L.a.f.a.e.e.	332
	4.2. Lois applicables aux personnes morales et aux associations	346
5.	RÈGLEMENTATION JURIDIQUE DE LA GRÈVE ÉTUDIANTE	363
	5.1. « Judicialisation » de la grève étudiante au printemps 2012	366
	5.2. Fondements d'une reconnaissance éventuelle d'un droit de grève	402
6.	CONCLUSION	414

« Avant, quand des travailleurs essayaient de se battre, on les menaçait de leur enlever leur emploi; ça se voit encore aujourd'hui. Maintenant, quand les travailleurs ont collectivement assez de résistance et qu'on n'est pas capable de les faucher un par un, on va chercher l'aide des pouvoirs judiciaires. C'est la nouvelle étape, on la connaissait un peu moins avant : les injonctions. On a eu beau les multiplier, parce qu'il y a des travailleurs qui ont eu le courage d'y résister, après les injonctions, on est passé à l'étape des lois spéciales. Tu as le droit de faire la grève aujourd'hui, tu n'as plus le droit de faire la grève demain. »
– Michel Chartrand, 1975¹

1. INTRODUCTION

Lors du printemps 2012, suivant l'annonce gouvernementale d'une augmentation significative des droits de scolarité que peuvent exiger les universités, le Québec a été secoué par la grève étudiante la plus importante de son histoire². Des centaines de milliers d'étudiants se trouvaient alors à cesser de participer à leurs activités pédagogiques et à manifester dans les rues. Devant le refus du gouvernement de reconnaître la légitimité de cette grève et d'en négocier une sortie, les étudiants sont parvenus à forcer des

-
1. Discours au congrès spécial du Conseil central des syndicats nationaux de Montréal, 1975, reproduit dans Fernand FOISY, *Michel Chartrand : Les dires d'un homme de parole*, Outremont, Lanctôt, 1997, p. 269.
  2. Pour un aperçu des événements, voir : Maude BONENFANT, Anthony GLINOER et Martine-Emmanuelle LAPOINTE, *Le Printemps québécois. Une anthologie*, Montréal, Écosociété, 2013; André FRAPPIER, Richard POULIN et Bernard RIOUX, *Le printemps des carrés rouges*, Québec, M Éditeur, 2012; Gabriel NADEAU-DUBOIS, *Tenir Tête*, Montréal, Lux, 2013; COMMISSION SPÉCIALE D'EXAMEN DES ÉVÈNEMENTS DU PRINTEMPS 2012, *Rapport*, Québec, Publications du Québec, 2014.

élections, ce qui s'est terminé par un changement de gouvernement et l'abolition de l'augmentation annoncée des droits de scolarité³.

Les événements du printemps 2012 ont aussi secoué le mouvement étudiant lui-même : pour la première fois, la légalité de la grève étudiante fut mise en question, ce qui a mené à une intervention massive des tribunaux. Selon les jugements rendus, la grève étudiante n'en était pas une et les étudiants dissidents pouvaient alors compter sur les autorités pour leur frayer un chemin vers leurs cours; à coups de matraques si nécessaire⁴. En plus des blessures physiques, quiconque s'obstinait à bloquer les portes des établissements d'enseignement ou à perturber la tenue des cours risquait une amende, voire l'emprisonnement.

L'objectif du présent article est de fournir une description détaillée du droit régissant les associations d'étudiants universitaires et la grève étudiante afin de fonder une analyse des jugements rendus⁵. Cette analyse se veut *critique* et surtout *juridique* en ce sens qu'elle mobilise principalement des arguments fondés sur le droit positif applicable et non pas des considérations politiques ou idéologiques. L'analyse critique est suivie par une section plus exploratoire dans laquelle sont examinées des voies

-
3. LA PRESSE CANADIENNE, « Droits de scolarité: Marois annule la hausse et une partie de la loi 78 », *Le Devoir*, 12 septembre 2012, en ligne : <<http://www.ledevoir.com>>. Par ailleurs, le gouvernement élu a, par la suite, imposé une augmentation annuelle calculée en fonction de la croissance du revenu disponible des familles. Voir : « Droits de scolarité : Québec imposera l'indexation », *Radio-Canada*, 26 février 2013, en ligne : <<http://ici.radio-canada.ca>>.
  4. Sur l'utilisation de la force par les corps policiers pendant cette période, voir : LIGUE DES DROITS ET LIBERTÉS, ASSOCIATION DES JURISTES PROGRESSISTES et ASSOCIATION POUR UNE SOLIDARITÉ SYNDICALE ÉTUDIANTE, *Répression, discrimination et grève étudiante : analyse et témoignages*, 29 avril 2013, en ligne : <<http://ajpquebec.org/?p=598>>.
  5. La situation des associations d'étudiants cégépianes est suffisamment différente qu'elle mérite sa propre analyse et elle n'est donc pas abordée dans le présent texte sauf dans la mesure où cela s'avère nécessaire pour comprendre la situation des associations d'étudiants universitaires.

potentielles menant à une reconnaissance juridique plus explicite de la grève étudiante.

2. BREF HISTORIQUE DU MOUVEMENT ÉTUDIANT QUÉBÉCOIS

Alors que la première association d'étudiants indépendante au Québec vit le jour en 1908⁶, un véritable *mouvement* étudiant n'est apparu que deux décennies plus tard. Ce mouvement commença comme composant du mouvement étudiant pancanadien au sein de la Fédération nationale des étudiants universitaires canadiens (FNEUC), fondée à McGill en 1926⁷. Des divergences politiques et idéologiques avec les associations d'étudiants d'ailleurs au pays menèrent le mouvement étudiant québécois à s'autonomiser à l'époque de la Révolution tranquille.

Pendant les années 1950 déjà, certaines associations d'étudiants québécois s'approprièrent les principes du syndicalisme

-
6. La « Alma Mater Society » de McGill fut fondée en 1901 à la demande du recteur à l'époque, Sir William Peterson, pour regrouper les nombreux clubs sportifs et culturels de l'Université. L'« Alma Mater Society » fut abolie en 1907 et remplacée par la Students' Society of McGill University (l'actuelle association étudiante de l'Université McGill). Cette dernière association fut incorporée en 1908 et l'Université l'a reconnue comme étant la représentante légitime, voire exclusive, des étudiants. Voir : Stanley Brice FROST, *McGill University for the Advancement of Learning. Volume II 1895-1971*, Montréal, McGill-Queen's University Press, 1984, p. 21-24.
  7. Paul AXELROD, « The Student Movement of the 1930s », dans Paul AXELROD et John G. REID, (dir.), *Youth, University, and Canadian Society: Essays in the Social History of Higher Education*, Montréal et Kingston, McGill-Queen's University Press, 1989, p. 216. La Jeunesse étudiante catholique (JEC), fondée en 1935, est exclue ici de la notion de mouvement étudiant, car même si l'identité générationnelle y était privilégiée, il s'agissait principalement d'un organisme religieux. Au sujet de l'impact de la JEC sur le syndicalisme étudiant au Québec, voir : Alexandre LEDUC, « UGEQ : Centrale syndicale étudiante » : *L'idéologie syndicale au sein du mouvement étudiant québécois des années 1960*, mémoire de maîtrise, Montréal, Faculté des études supérieures, UQAM, 2010, en ligne : <<http://www.archipel.uqam.ca/3539/1/M11563.pdf>>, p. 40-48.

étudiant français⁸, ce qui mena notamment à la première grève étudiante à l'échelle de la province en 1958⁹. Trois ans plus tard, en 1961, l'Association générale des étudiants de l'Université de Montréal adopta la *Charte de l'étudiant universitaire* inspirée de la *Charte de Grenoble* de l'Union nationale des étudiants de France (UNEF)¹⁰. Cette politisation accrue des associations d'étudiants québécoises était une source importante de tensions à l'intérieur de la FNEUC¹¹. En 1963, un congrès houleux de la FNEUC donna lieu à des changements structurels à la demande des délégués québécois, dont une politique de bilinguisme, une forme de représentation dite « binationale » et la reconnaissance de la compétence exclusive des provinces sur l'éducation postsecondaire¹². Ces changements furent soulignés par un

-
8. Voir : Robi MORDER (dir.), *Naissance d'un syndicalisme étudiant*, Paris, Éditions Syllepse, 2006; Jean-Pierre WORMS, « The French Student Movement », (1966) 10-2 *Comp. Education Rev.* 359. Voir aussi : Isabelle SIRJACOBS, « L'étudiant, ce « jeune travailleur intellectuel » », (2001) 79-2 *Revue belge de philologie et d'histoire* 619; Frank A. PINNER, « Student Trade-Unionism in France, Belgium and Holland: Anticipatory Socialization and Role-Seeking », (1964) 37-3 *Sociology of Education* 177.
  9. Il s'agit de la grève d'un jour du 6 mars 1958. Voir : Nicole NEATBY, *Carabins ou activistes? L'idéalisme et la radicalisation de la pensée étudiante à l'Université de Montréal au temps du duplessisme*, Montréal et Kingston, McGill-Queen's University Press, 1997, p. 225-231; A. LEDUC, préc., note 7, p. 69-71.
  10. A. LEDUC, préc., note 7, p. 52-58; Marc SIMARD, *Histoire du mouvement étudiant québécois 1956-2003. Des trois braves aux carrés rouges*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2013, p. 47-50.
  11. Lors du congrès de la FNEUC de 1962, un projet de charte basé sur les principes du syndicalisme étudiant fut rejeté par tous les groupes régionaux qui y étaient représentés, sauf le Québec. Voir : Robert Fredrick CLIFT, *The fullest development of human potential : The Canadian Union of Students, 1963-1969*, mémoire de maîtrise, Vancouver, Faculty of Graduate Studies, University of British Columbia, 2002, en ligne : <https://circle.ubc.ca/bitstream/handle/2429/12426/ubc_2002-0366.pdf>, p. 16.
  12. *Id.*, p. 22-25; A. LEDUC, préc., note 7, p. 71-73; Sur le problème du binationalisme à l'intérieur du FNEUC, voir : Nigel R. MOSES, *All That was Left : Student Struggle for Mass Student Aid and the Abolition of Tuition Fees in Ontario 1946-1975*, thèse de doctorat, Toronto, Graduate department of education, University of Toronto, 1995, p. 246-260.

changement de nom : l'organisme devint l'Union canadienne des étudiants (UCE). Cependant, les changements n'étaient pas suffisants pour garantir l'unité du mouvement canadien et en 1964 les associations d'étudiants québécoises quittèrent l'UCE pour former l'Union générale des étudiants du Québec (UGEQ)¹³ : il s'agissait de la toute première association d'étudiants nationale au Québec¹⁴.

À la suite d'un mouvement de grève en 1968, qui fut perçu à l'époque comme une défaite, cumulé à des problèmes internes et financiers, l'UGEQ se saborda¹⁵. Elle n'arrivait pas à concilier les intérêts des étudiants du secteur préuniversitaire, récemment réorganisé par la création des cégeps, avec ceux des étudiants universitaires. De plus, elle était critiquée par la gauche comme étant trop « molle » dans son soutien aux grévistes de 1968 et par la droite pour être trop radicale. Son dernier congrès eut lieu en mars 1969¹⁶.

-
13. A. Leduc avance « l'hypothèse voulant qu'au tout début l'UGEQ n'était pas nécessairement pensée en opposition à la FNEUC/UCE » préc., note 7, p. 74. D'autres sont plus catégoriques sur l'opposition entre les deux entités. À cet effet, voir : Nigel R. MOSES, « Student organizations as historical actors: the case of mass student aid » (2001) 31-1 *The Canadian Journal of Higher Education* 75, 100. (« francophone Quebec student councils withdrew from CUS and formed the UGEQ ») et R. CLIFT, préc., note 11, p. 25. (« [...] UGEQ was established as a "nationalist, left-leaning, syndicalist" organisation of Québec student associations, who were not permitted to share allegiances, and therefore had to renounce membership in CUS before they could be admitted to UGEQ »).
  14. En 1957, l'Association canadienne des universitaires de langue française (ACULF) a brièvement rivalisé contre la FNEUC pour l'adhésion des associations d'étudiants québécoises, mais elle détenait des associations membres ailleurs au Canada, par exemple à l'Université d'Ottawa et à Moncton. Voir : N. NEATBY, préc., note 9, p. 206-211; A. LEDUC, préc., note 7, p. 70.
  15. Sur le mouvement de grève de 1968 et la dissolution de l'UGEQ, voir : Pierre BÉLANGER, *Le mouvement étudiant québécois : son passé, ses revendications et ses luttes (1960-1983)*, Québec, ANEEQ, 1984, p. 36-49; M. SIMARD, préc., note 10, p. 77-91.
  16. A. LEDUC, préc., note 7, p. 165.

Six ans plus tard, en 1975, l'Association nationale des étudiants et étudiantes du Québec (ANEEQ)¹⁷ prit forme à la suite d'une mobilisation importante contre les tests d'aptitudes aux études universitaires et à l'instauration de critères d'admissibilité plus rigides pour avoir accès aux prêts et bourses¹⁸. L'ANEEQ était la fédération étudiante la plus importante jusqu'à son déclin au début des années 1990. Bien que cette chute s'explique par plusieurs facteurs, soulignons que l'on trouvait à l'ANEEQ les mêmes tensions qui avaient contribué à la chute de l'UGEQ, soit celles entre associations d'étudiants universitaires et cégepiennes et celles entre tendances plus radicales et plus réformistes¹⁹.

Très minoritaires à l'ANEEQ, les associations d'étudiants universitaires créèrent un caucus en son sein. Le Regroupement des associations universitaires (RAEU) se voulait un « groupe de travail » pour avancer les intérêts des associations universitaires à l'intérieur de l'ANEEQ, mais il a fini par se séparer pour former une fédération rivale plus réformiste au début des années 1980²⁰. Pendant la même période, la Fédération des associations étudiantes collégiales du Québec (FAECQ) représentait les associations d'étudiants cégepiennes moins radicaux²¹. Ces deux organismes furent les prédécesseurs directs des fédérations étudiantes universitaires et collégiales (FEUQ, FECQ), lesquelles furent fondées en 1989 et 1990 respectivement. La FEUQ naquit après

---

17. Le nom d'origine était l'Association nationale des étudiants du Québec (ANEQ) et fut féminisé lors du 12^e congrès en mai 1980. Voir : P. BÉLANGER, préc., note 15, p. 160, 180 et 181. Afin d'éviter toute confusion, la version féminisée est utilisée exclusivement dans le présent texte.

18. P. BÉLANGER, préc., note 15, p. 70-71 (moyens de pression contre les tests d'aptitudes aux études universitaires), 71-75 (conflit des prêts et bourses) et 80-85 (fondation de l'ANEEQ).

19. M. SIMARD, préc., note 10, p. 154-155.

20. Le RAEU fut incorporé en mars 1979 et son autonomisation fut consacrée lors du 12^e congrès de l'ANEEQ en mai 1980 lorsqu'une résolution fut adoptée selon laquelle l'ANEEQ reconnaissait le RAEU comme « une entité distincte ». Voir : P. BÉLANGER, préc., note 15, p. 159. Sur le schisme ANEEQ/RAEU, voir : Benoît LACOURSIÈRE, *Le mouvement étudiant au Québec de 1983 à 2006*, Montréal, Sabotart, 2007, p. 21-23 et 32-35.

21. B. LACOURSIÈRE, préc., note 20, p. 21-23.

l'échec de la grève de l'ANEEQ visant à améliorer le système de prêts et bourses alors que la FECQ regroupa les associations hostiles à la stratégie de l'ANEEQ pour contrer le dégel des frais de scolarité en 1990. Ces fédérations devinrent rapidement hégémoniques et lors de sa dissolution en 1994, l'ANEEQ n'était plus une force politique importante depuis quelques années²². C'est d'ailleurs pendant la période de l'hégémonie de la FEUQ et de la FECQ que s'organisa la grève de 1996, laquelle força le gouvernement de l'époque à reculer sur son annonce d'une augmentation des frais de scolarité²³.

Depuis la dissolution de l'ANEEQ, le mouvement étudiant québécois est composé principalement de la FEUQ et de la FECQ d'un côté, et de l'autre côté, des regroupements nationaux qui se réclament du syndicalisme étudiant associé à l'UGEQ et l'ANEEQ, tels le Mouvement pour le droit à l'éducation (MDE, 1995 à 2000) et l'Association pour une solidarité syndicale étudiante (ASSÉ, depuis 2001). Dans les dix dernières années, cette dernière association a apporté une innovation importante à l'organisation du mouvement étudiant : il s'agit de l'érection de coalitions formelles et structurées, mais temporaires, dont l'objectif est la concertation d'action pendant une grève étudiante. Ainsi, l'ASSÉ a temporairement gonflé ses rangs en créant la Coalition de l'ASSÉ élargie (CASSÉÉ) pour la grève de 2005 et la Coalition large de l'ASSÉ (CLASSE) pour la grève de 2012.

L'existence parallèle de ces deux tendances, l'une plus axée sur la concertation avec l'État et l'autre plus sur la confrontation avec celui-ci, entraîne nécessairement des moments de friction ainsi que des périodes de coopération. L'objectif ici n'est pas de proposer une analyse de leurs points de divergence, mais de souligner que, peu importe leurs tendances politiques et organisationnelles, les différentes composantes du mouvement étudiant québécois ont toutes eu recours à la grève par le passé.

---

22. *Id.*, p. 67-79.

23. *Id.*, p. 123-125. Bien que cette grève fut initiée par le tout nouveau Mouvement pour le droit à l'éducation, la FEUQ et la FECQ s'y sont jointes quand il est devenu clair qu'elle prenait de l'ampleur.

Celles-ci considèrent toutes la grève comme étant un moyen de pression légitime et nécessaire pour le mouvement étudiant et elles réclament toutes leur liberté d'avoir recours à la grève afin de faire avancer leurs revendications.

Si les origines de la grève étudiante se trouvent à l'époque médiévale,²⁴ sa forme moderne émergea en France après la Deuxième Guerre mondiale alors que des étudiants ayant participé à la résistance décidèrent d'orienter l'UEF vers un militantisme de type syndical, ce qui mena à l'adoption de la *Charte de Grenoble* lors de son congrès de 1946. L'article premier de la *Charte de Grenoble* déclara que « l'étudiant est un jeune travailleur intellectuel » et pour l'UEF cela impliquait que les étudiants avaient le droit de faire la grève pour appuyer leurs revendications²⁵.

L'influence du syndicalisme étudiant français sur le mouvement étudiant québécois amena ce dernier à adopter la grève comme moyen de pression sociale²⁶. Au début, l'idée que les étudiants puissent faire la grève ne faisait pas l'unanimité. Les syndicats et les intellectuels reconnurent d'emblée la légitimité d'un tel moyen d'action et, lors de la grève étudiante de 1958, ils offrirent leur soutien aux étudiants²⁷. Par contre, le gouvernement ne voyait

---

24. La première grève étudiante a eu lieu à l'Université de Paris en 1229. Voir : Frederic DUNCALF et August C. KREY, *Parallel source problems in medieval history*, New York, Harper, 1912, p. 137-174; Anthony ODDO, « La grève étudiante au Moyen-Âge et l'émancipation des universités », (2012) *Histoire Engagée*, en ligne : <http://histoireengagee.ca/lactualite-en-debat-la greve-etudiante-au-moyen-age-et-lemancipation-des-universites/>. Pour une discussion générale sur le rôle social de l'étudiant universitaire à l'époque, voir : V. R. CARDOZIER, « Student Power in Medieval Universities », (1968) *The Personnel & Guidance Journal* 944. Voir aussi : Finn MAKELA et Sophie AUDETTE-CHAPDELAINE, « The Legal Regulation of University Student Associations in Canada » (2013) 22-3 *Education & Law Journal*, 267, 270-72.

25. R. MORDER, préc., note 8; J.-P. WORMS, préc., note 8; I. SIRJACOBS, préc., note 8 et F. A. PINNER, préc., note 8.

26. A. LEDUC, préc., note 7.

27. On parle de soutien matériel à la grève par le Congrès du travail canadien et la Confédération des travailleurs catholiques du Canada ainsi que de

pas les choses de la même façon, comme l'historienne Nicole Neatby l'explique : « Duplessis reste de glace devant ce moyen de pression et refuse toujours de [...] rencontrer [les leaders étudiants] et encore moins de donner suite à leurs revendications »²⁸.

Duplessis sera le dernier premier ministre à refuser de reconnaître la légitimité de la grève étudiante jusqu'au printemps 2012. En effet, depuis les années 1960, le Québec a vu de multiples grèves étudiantes allant de petits conflits localisés à des mouvements de masse qui changèrent profondément le paysage politique et social de la province, et pendant ces cinquante ans, il y avait un consensus social selon lequel la grève étudiante était un moyen d'action légitime. Ainsi, il était admis que la grève étudiante donne naissance à une obligation morale de négocier avec les représentants des étudiants, ou à tout le moins de reconnaître leurs revendications²⁹.

3. DÉFINITION DE LA GRÈVE ÉTUDIANTE

Si les formes précises que peuvent prendre des grèves étudiantes sont multiples, elles ont toutes une chose en commun : une décision prise collectivement par un groupe d'étudiants de cesser de façon concertée de collaborer à la poursuite de leurs activités pédagogiques, notamment en refusant de se présenter à leurs cours³⁰. Bien que cette définition comporte une description

---

conférences publiques de soutien de la part d'intellectuels de l'opposition, dont René Lévesque et Pierre Elliot Trudeau. Voir : N. NEATBY, préc., note 9, p. 228-229.

28. N. NEATBY, préc., note 9, p. 232.

29. Sur l'histoire de la grève étudiante au Québec, voir Benoit LACOURSIÈRE, « Le retour à un mouvement étudiant combatif et démocratique » dans Francis DUPUIS-DÉRI (dir.), *Québec en mouvements : idées et pratiques militantes contemporaines*, Montréal, Lux, 2008, p. 71. Voir aussi : Sibel ATAOGUL, Finn MAKELA, et al., *Grève étudiante: Perspectives juridiques et historiques*, Montréal, Association des juristes progressistes, 2013, en ligne : <<http://ajpquebec.org/?p=361>> et B. LACOURSIÈRE, préc., note 20.

30. Cette définition est basée, en partie, sur celle avancée par l'Association des juristes progressistes. Voir : S. ATAOGUL, F. MAKELA, et al., préc., note 29,

fidèle de la réalité sociale de la grève étudiante, elle est proposée ici plutôt comme définition *stipulative*, c'est-à-dire « une décision, que l'on prend au commencement d'une recherche, de constituer une classe d'objets présentant tous un certain caractère »³¹. L'objectif poursuivi en posant une telle définition est l'instauration d'une clarté conceptuelle qui permettra d'éviter certaines confusions d'ordre analytique qui ont traversé le discours public ainsi que la jurisprudence issue de la Cour supérieure au cours du printemps 2012.

Le premier élément de la définition est que la décision de faire la grève est collective. Il y a autant de façon de prendre cette décision qu'il y a de forme d'organisations étudiantes et la méthode précise de prise de décision ne fait pas partie de la définition, car il s'agit justement de cerner la notion de grève en soi et non pas de dicter de quelle façon elle devrait être déclenchée. Dans la même veine, la majorité requise pour déclencher une grève ainsi que la possibilité et l'opportunité d'exiger aux étudiants dissidents qu'ils respectent la décision majoritaire peuvent être des objets de débat importants, mais ces questions normatives ne devraient pas entrer dans une définition qui est avancée dans une visée purement analytique. D'ailleurs, il est même possible de discuter de façon tout à fait cohérente d'une grève minoritaire. Cette notion étrangère à la tradition nord-américaine des relations du travail est courante en France où la grève des travailleurs est un droit constitutionnel conçu comme « un droit individuel qui s'exerce collectivement ». Le droit français n'oblige jamais un salarié à participer à un mouvement de grève et une minorité de salariés peuvent légalement faire la grève alors que la majorité est hostile au mouvement³². Si les frontières précises de la notion de « décision collective » restent

---

p. 12. « [E]n faisant la grève, les étudiants et étudiantes grévistes participent à une activité qui n'est pas en soi interdite, soit de cesser de collaborer à la poursuite de leurs activités pédagogiques, notamment en refusant de se présenter à leurs cours ».

31. Michel TROPER, « Pour une définition stipulative du Droit », (1989) 10 *Droits* 101, 102.

32. Voir, par exemple : Antoine MAZEAUD, *Droit du travail*, 6^e éd, Paris, Montchrestien, 2008, n° 344.

à déterminer dans les situations concrètes, un étudiant qui décide tout seul de ne pas se présenter en classe, même pour des raisons de protestation ou de contestation, ne fait pas la grève au sens de la définition proposée ici.

La nature collective de la prise de décision de faire la grève est intrinsèquement liée au deuxième élément de la définition, soit que la grève est déclenchée et poursuivie par un groupe d'étudiants. Cela peut sembler être une évidence, mais il est important de souligner que, conceptuellement parlant, rien n'exige qu'une activité de refus collectif doive être initiée ou cautionnée par une association d'étudiants reconnue par une autorité quelconque pour que cette activité soit visée par la définition. Comme les grèves dites « spontanées »³³ ou « sauvages »³⁴ des travailleurs, une grève étudiante peut être déclenchée et poursuivie de façon autonome par un groupe plus ou moins défini d'étudiants dont le seul lien les unissant est leur auto-identification au mouvement. L'objectif ici n'est pas de cautionner une telle pratique ni de la récuser, mais simplement de constater qu'il n'y a aucune raison de l'exclure *a priori* d'une définition de grève étudiante.

Le troisième élément de la définition avancée est l'activité elle-même, soit la cessation concertée de la collaboration à la poursuite des activités pédagogiques³⁵. Pour cet élément, la définition rejoint en grande partie celle de « grève » prévue au *Code*

---

33. Gérard DION, *Dictionnaire canadien des relations du travail*, 2^e éd, Québec, Presses de l'Université Laval, 1986. s.v. « grève spontanée » : « Grève, généralement de courte durée, déclenchée par un groupe de salariés sans préméditation et, souvent, sans que le syndicat soit prévenu à l'avance [...] ».

34. *Id.* s.v. « grève sauvage » : « Grève déclarée contre l'avis des dirigeants des syndicats, le plus souvent en violant les règles de procédure fixées dans leurs statuts [...] ».

35. En ce sens, la grève étudiante est une grève selon « l'entendement fort large » que l'on pourrait prêter à cette notion, à savoir « un arrêt collectif de poursuivre une activité habituelle ». Voir : 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, n° IV-108.

du travail, soit « la cessation concertée de travail par un groupe de salariés »³⁶. Bien que dans le cas de la grève étudiante la forme la plus répandue de cette cessation soit le refus par l'étudiant de se présenter à ses cours, d'autres moyens peuvent y être assimilés. Par exemple, les étudiants aux cycles supérieurs en rédaction pourraient faire la grève en refusant de faire état de l'avancement de leurs travaux à leur directeur de recherche et les étudiants en stage pourraient refuser de faire rapport de leurs activités à leur institution d'enseignement. Il n'y a aucune raison *a priori* d'exclure de telles pratiques d'une définition de la grève étudiante. Par contre, tout refus concerté par des étudiants d'effectuer du travail pour lequel ils sont normalement rémunérés, tels la correction et l'assistanat de recherche, doit être exclu de la définition de grève étudiante, car il s'agirait alors d'une grève de salariés au sens du *Code du travail*. Dans ces circonstances, une grève *par des étudiants* ne saurait être assimilable à une *grève étudiante*.

Deux aspects importants de la grève étudiante sont intentionnellement exclus de la définition avancée ici : il s'agit de *l'objet* de la grève et de *l'interlocuteur* visé par la grève. D'une perspective normative, il semble évident que c'est aux étudiants eux-mêmes de déterminer les objets et les interlocuteurs visés par leurs activités collectives. Quoi qu'il en soit, même d'une perspective purement analytique, il est préférable d'exclure ces aspects de la définition, car peu importe l'objectif ou l'interlocuteur désigné, il sera toujours possible de trouver un exemple d'une activité qui échapperait à la définition, mais qui répondrait en tous points à la conception la grève telle qu'elle est généralement comprise.

Plusieurs grèves étudiantes au Québec ont eu comme objet d'influencer l'intervention étatique dans la détermination des

---

36. *Code du travail*, RLRQ, c. C-27 (ci-après « C.t. »), art. 1 al. 1(g). Voir aussi : *Code canadien du travail*, L.R.C. 1985, c. L-2 (ci-après « C.c.t. »), art 3(1). (« Un arrêt du travail ou du refus de travailler, par des employés agissant, de concert ou de connivence; lui sont assimilés le ralentissement du travail ou toute autre activité concertée, de la part des employés, ayant pour objet la diminution ou la limitation du rendement et relative au travail de ceux-ci »).

conditions d'études en visant, par exemple, la modification du régime d'aide financière aux études ou sa protection contre des réformes régressives, le maintien d'un gel des droits de scolarité ou encore l'instauration d'une politique nationale de gratuité scolaire. L'interlocuteur privilégié du mouvement de grève est alors le gouvernement au pouvoir et pour cette raison la dynamique de la grève étudiante est similaire à celle des grèves de salariés des secteurs publics et parapublics. Ainsi, les institutions d'enseignement et la population en général ne sont visées par ce type de grève qu'accessoirement, et ce, principalement afin qu'ils mettent de la pression sur le gouvernement pour qu'il règle la crise et permette un « retour à la normale ».

Par contre, d'autres grèves ont visé des objectifs purement locaux et l'interlocuteur privilégié était alors l'établissement d'enseignement ou un composant de celui-ci. Par exemple, les grèves étudiantes locales au Québec ont visé l'amélioration des conditions d'achat de livres à la librairie universitaire, la modification d'horaires d'examens et l'abolition de règles relativement à l'assiduité, pour ne nommer que trois exemples³⁷. On s'approche alors d'une dynamique qui ressemble plus à celle de la grève de salariés dans le secteur privé dans la mesure où, dans chacun de ces cas, c'était l'établissement (et pas le gouvernement ni la population en général) qui était visé.

Ainsi, les grèves étudiantes sont trop variables dans leurs objets et dans les interlocuteurs qu'elles visent pour que ces éléments soient déterminants pour leur caractérisation en tant que grèves. C'est d'ailleurs la conclusion à laquelle est venu le législateur québécois relativement à la grève de salariés lors de l'élaboration du *Code du travail*. Alors que la définition de « lock-out » prévue dans ce code prévoit un objet et un interlocuteur

---

37. A. LEDUC, préc., note 7, p. 126.

visé,³⁸ ces éléments brillent par leur absence quand il s'agit de définir la grève.

3.1. Activités destinées à assurer l'effectivité de la grève

Comme il a été mentionné, des confusions analytiques ont eu cours pendant le printemps 2012 relativement à la portée du concept de grève. La nature de ces confusions et leurs effets sur la jurisprudence de la Cour supérieure reçoivent un traitement plus détaillé ci-dessous³⁹. Dans les sous-sections suivantes, le travail de définition se poursuit en distinguant la grève étudiante des activités destinées à assurer son effectivité : le piquetage et les « levées de cours ».

3.1.1. Piquetage

Bien que la grève soit souvent accompagnée par des lignes de piquetage⁴⁰ et que celles-ci signalent souvent l'existence d'une grève, les deux phénomènes sont distincts. En effet, il est possible de faire la grève sans dresser de lignes de piquetage tout comme il est possible de faire du piquetage en absence d'une grève⁴¹. Il

---

38. C.t., art. 1h) (définissant « lock-out » comme : « le refus par un employeur de fournir du travail à un groupe de salariés à son emploi en vue de les contraindre à accepter certaines conditions de travail »). Voir aussi : C.c.t., art. 3(1) (définissant « lock-out » comme : « [...] une mesure — fermeture du lieu de travail, suspension du travail ou refus de continuer à employer un certain nombre des employés — prise par l'employeur pour contraindre ses employés, ou aider un autre employeur à contraindre ses employés, à accepter des conditions d'emploi »).

39. Voir : *Infra*, s. 5.1.

40. Le calque de l'anglais « ligne de piquetage », souvent utilisé au Québec, est préféré ici à l'expression plus linguistiquement exacte « piquet de grève » précisément parce que cette dernière expression risque d'entretenir une confusion conceptuelle entre piquetage et grève.

41. Michel COUTU, Laurence Léa FONTAINE, Georges MARCEAU et Urwana COIQUAUD, *Droit des rapports collectifs du travail au Québec*, 2^e éd., vol. 1, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2013, n° 458 (« [L]e piquetage demeure un acte distinct de la grève. Partant, il peut se produire en dehors d'un

convient également de noter qu'en matière de travail, il y a une distinction entre la légalité d'une grève et la légalité du piquetage⁴². Le fait qu'une grève soit illégale – par exemple parce qu'elle n'est pas déclarée en conformité avec les dispositions du *Code du travail* – n'entache aucunement la légalité du piquetage par les salariés qui y participent⁴³. L'inverse est aussi vrai : la légalité de la grève ne saurait garantir la légalité du piquetage qui l'accompagne⁴⁴.

Le piquetage est une activité expressive et de ce fait il jouit de la protection constitutionnelle accordée à la liberté d'expression par la *Charte canadienne des droits et libertés*⁴⁵ ainsi que la protection quasi constitutionnelle accordée par la *Charte des droits et libertés de la personne*⁴⁶ du Québec⁴⁷. La Cour suprême du Canada décrit comme suit les activités qui sont soit incluses dans la définition du piquetage, soit assimilables au piquetage aux fins de l'analyse de la protection qui leur est accordée :

[L]e mot « piquetage » désigne une vaste gamme d'activités et d'objectifs et se prête à d'innombrables variations. [...]

---

contexte de grève »). Voir aussi : Robert P. GAGNON, *Le droit du travail au Québec*, 6^e éd, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008, n^o 640.

42. M. COUTU et al., préc., note 41, n^o 458.

43. *Syndicat des cols bleus regroupés de Montréal*, (SCFP, section locale 301) c. Coll, 2009 QCCA 708.

44. *Harrison c. Carswell*, [1976] 2 R.C.S. 200; *Université de Sherbrooke c. Syndicat des employées et employés de soutien de l'Université de Sherbrooke* (SCFP 7498), 2011 QCCS 5400 (ci-après « *UdeS c. Seesus* ») (le piquetage sur la propriété privée sans le consentement du propriétaire est interdit, même s'il s'agit de la propriété de l'employeur de salariés légalement en grève).

45. *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11 (R.-U.)] (ci-après « *Charte canadienne* »), art. 2(b).

46. *Charte des droits et libertés de la personne*, RLRQ, c. C-12 (ci-après « *Charte québécoise* »), art. 3.

47. *T.U.A.C., section locale 1518*, c. *KMart Canada Ltd.*, [1999] 2 R.C.S. 1083 (ci-après « *KMart* »); *S.D.G.M.R., section locale 558 c. Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd.*, 2002 CSC 8 (ci-après « *Pepsi-Cola* »); *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce, section locale 401*, 2013 CSC 62.

En droit du travail, le piquetage s'entend généralement de l'effort concerté de gens qui portent des affiches dans un endroit public situé dans des lieux d'affaires ou près de ceux-ci. Le piquetage comporte un élément de présence physique qui, à son tour, inclut une composante expressive. Il vise généralement deux objectifs : premièrement, communiquer des renseignements au sujet d'un conflit de travail afin d'amener d'autres travailleurs, les clients de l'employeur frappé par le conflit ou le public en général à appuyer la cause des piqueteurs; deuxièmement, exercer des pressions sociales et économiques sur l'employeur et, souvent par voie de conséquence, sur ses fournisseurs et ses clients.

[...]

Dans le domaine du travail, il englobe toute une gamme d'activités. Il inclut la marche paisible, sur un trottoir, d'un groupe de travailleurs qui portent des affiches et distribuent des tracts aux passants, comme l'agitation de foules bruyantes qui brandissent le poing, scandent des slogans et bloquent l'entrée des édifices. En dehors du domaine traditionnel du travail, le piquetage s'étend aux boycottages de consommation et aux manifestations politiques. Une ligne de piquetage indique souvent l'existence d'un conflit de travail. Cependant, elle peut également servir à démontrer de façon tangible le mécontentement d'une personne ou d'un groupe au sujet d'un problème⁴⁸.

Le piquetage qui accompagne la grève étudiante répond à cette définition large. Bien que son objectif puisse être d'informer le public ainsi que les autres étudiants de l'existence de la grève et des revendications qu'elle véhicule, le piquetage étudiant a souvent comme objectif d'assurer l'effectivité de la grève. Il s'agit d'essayer de persuader les étudiants membres du groupe en grève d'y participer en s'abstenant de se présenter à leurs cours. En ce sens, le piquetage étudiant joue le même rôle que le piquetage entrepris par les grévistes dans le cadre d'un conflit de travail. Les piqueteurs

48. *Pepsi-Cola*, préc., note 47, par. 26-27 et 30 (nos soulignements).

comptent alors sur « l'effet de signal » qui entrave, psychologiquement à tout le moins, l'accès aux lieux visés⁴⁹. Si les étudiants récalcitrants ou encore hostiles à la grève ne sont pas convaincus par l'effet signal, il arrive que les piqueteurs procèdent au blocage physique des portes afin de s'assurer que les dissidents n'arrivent pas à miner les effets de la grève en assistant à leurs cours : on parle alors de « piquetage dur »⁵⁰. En revanche, il arrive également que l'administration de l'établissement d'enseignement respecte la ligne de piquetage en déclarant l'annulation des cours dès qu'elle constate la présence d'un nombre préétabli de piqueteurs sur les lieux : dans ce cas, on utilise souvent le vocable « piquetage symbolique »⁵¹.

La majorité des décisions rendues par la Cour supérieure en 2012 visaient à faire cesser du piquetage. Cet aspect de la grève étudiante est donc traité en profondeur plus loin⁵². L'importance ici est de distinguer le piquetage de la grève elle-même, laquelle doit être comprise comme la cessation collective des étudiants à poursuivre leurs activités pédagogiques.

---

49. La puissance de cet « effet de signal » a justifié la limitation du piquetage « traditionnel » (par opposition à la distribution de tracts) malgré sa nature expressive dans l'affaire *KMart*, préc., note 47, notamment parce que « [c]ette entrave à la circulation peut décourager certaines personnes de faire des choix rationnels, fondés sur une présentation convaincante » (par. 38). Ce raisonnement fut rejeté par la Cour suprême trois ans plus tard dans l'affaire *Pepsi-Cola*, préc., note 47, où la Cour explique « [l']arrêt *KMart* exprime une crainte que, en raison de l'intensité excessive de son contenu expressif, un « signal » ne devienne trop efficace. Il nous semble préférable de reconnaître que donner un signal constitue une forme d'expression dont les limites doivent être justifiées » (par. 96).

50. Voir : Émilie JOLY, « Se mobiliser dans un contexte de judiciarisation », (2008) *Ultimatum. Le journal de la Coalition large de l'association pour une solidarité syndicale étudiante (CLASSE)* 3 (décrivant le piquetage dur comme « le blocage des établissements d'enseignement »).

51. *Michaudville c. Cégep de St-Laurent*, 2012 QCCS 1677, par. 12 (ci-après « *Michaudville* »).

52. Voir : *Infra*, s. 5.1.

3.1.2. « Levée de cours »

L'expression « levée de cours » est, à l'occasion, utilisée comme synonyme de « grève étudiante ». Par contre, cette expression est aussi utilisée pour décrire deux autres phénomènes, soit l'annulation des cours par l'établissement d'enseignement et la perturbation des cours par des étudiants en grève. Bien que ces trois acceptions soient reliées, il est nécessaire d'en faire la distinction afin d'éviter toute ambiguïté.

Dans son premier sens, la « levée de cours » est l'état de fait annoncé par la direction d'un établissement d'enseignement pour signaler qu'il n'y aurait pas de cours dispensés pendant la période visée. En ce sens, l'expression est synonyme d'« annulation de cours ». Ainsi, la phrase « la direction de l'établissement a prononcé une levée de cours » exprime la même idée que la phrase « la direction de l'établissement a annulé les cours ». Pourtant, la levée de cours n'est pas toujours prononcée unilatéralement par la direction de l'établissement. Il arrive que des établissements prononcent une levée de cours à la suite de négociations avec leur association d'étudiants ou encore pour éviter des conflits éventuels entre étudiants qui résulteraient de la tenue de séances de cours malgré l'existence de lignes de piquetage dressées par les membres de l'association.

Cette influence des associations étudiantes sur la décision des directions d'établissement de lever les cours est la source d'une première ambiguïté. En effet, elle découle du désir des associations étudiantes de s'attribuer le pouvoir de décider si les cours auront lieu. L'idée est que la participation étudiante est nécessaire à la tenue des activités pédagogiques. Ainsi, si les étudiants décident de retirer leur participation, ils forcent *de facto* une levée de cours. C'est pour cette raison qu'on dit à l'occasion qu'une association d'étudiants a *décrété* une levée de cours. On peut voir un parallèle en matière du travail : bien que ce soit l'employeur, en vertu de son droit de propriété sur les moyens de production, qui détient le pouvoir juridique de fermer ses installations, il n'est pas inusité qu'un syndicat déclare la fermeture d'une usine suivant un vote de

grève. Dans cette signification, une « déclaration de levée de cours » par une association d'étudiants est synonyme d'une « déclaration de grève »⁵³.

Une autre ambiguïté est introduite par l'utilisation de l'expression « levée de cours » pour décrire les actions de perturbation destinées à forcer l'annulation de séances de cours en rendant impossible la poursuite des activités pédagogiques, et ce, afin d'assurer l'effectivité d'une déclaration de grève. La « levée de cours » en ce sens fait partie de la gamme d'activités couverte par la définition du piquetage élaborée par la Cour suprême. Commentant la preuve administrée lors d'une audience en matière d'injonction, le juge Dumas de la Cour supérieure décrit cette acception de « levée de cours » ainsi :

[11] La levée de cours consiste à entrer en grand nombre dans un local de classe avec un mégaphone en parlant plus fort que le professeur afin de convaincre les étudiants. Si ceux-ci ne sont pas convaincus, on pourra assister à une mise en scène musicale pendant le cours⁵⁴.

Le triple sens de cette expression permet de formuler la phrase suivante : « La direction de l'établissement a refusé de décréter *une levée de cours* suivant le vote tenu par l'association d'étudiants *pour lever les cours* et les étudiants ont donc procédé à *des levées de cours* ». Il ne s'agit pas ici de jouer avec des mots, mais d'identifier une ambiguïté réelle qui risque d'embrouiller la compréhension de la régulation de la grève étudiante. En effet, l'on trouve les trois sens de l'expression « levée de cours » dans différents jugements rendus par la Cour supérieure au

---

53. Voir, par exemple : Christian BRUNELLE, Louis-Philippe LAMPRON et Myriam ROUSSEL, « La liberté d'expression en contexte de crise : le cas de la grève étudiante », (2012) 53-4 C. de D. 831, 835 (grève et levée de cours utilisées comme synonymes), 843 (levée de cours est une « forme » de grève) et 854 (droit des associations étudiantes de décréter des levées de cours).

54. *Carrier c. Université de Sherbrooke*, 2012 QCCS 1612 (ci-après « *Carrier c. UdeS* »). L'auteur du présent article était le procureur de l'association étudiante défenderesse dans cette affaire.

printemps 2012⁵⁵, et même plus qu'un sens dans un seul et même jugement⁵⁶. Pour des raisons de clarté, la portée de cette expression est restreinte ici et elle est réservée uniquement à sa troisième acception, c'est-à-dire aux activités de perturbation. On peut ainsi réécrire la phrase sans ambiguïté : « La direction de l'établissement a refusé *d'annuler les cours* suivant le vote de *grève* tenu par l'association et les étudiants ont donc procédé à des *levées de cours* ».

3.2. Fonctionnement des associations étudiantes en contexte de grève

La grève n'est pas uniquement un *concept* sujet à la définition; elle est surtout une *activité* sujette à la description. Ainsi, toute analyse de la régulation de la grève étudiante par le droit doit prendre en compte les conditions matérielles de son exercice. Or, n'étant pas spécifiquement encadrée par la législation, la déclaration de grève étudiante n'est pas issue d'un processus applicable de façon uniforme à toute association d'étudiants. Cela étant dit, les associations d'étudiants partagent une certaine

---

55. Voir, par exemple : *Guay c. Société générale des étudiantes et étudiants du Collège de Maisonneuve*, 2012 QCCS 1732, par. 58 (l'établissement garde le droit de décider quotidiennement de la levée des cours mais dans les faits n'en a offert aucun depuis le vote de grève des étudiants); *Coombey c. Cégep de Saint-Laurent*, 2012 QCCS 2081, par. 2 (« des membres de l'Association des étudiants [...] ont perturbé la reprise des cours, ce qui a provoqué la levée des cours »); *Breton-Supper c. Cégep Marie-Victorin*, 2012 QCCS 2019, par. 5 (« le Collège a convenu avec l'Association la levée de cours, c'est-à-dire le « boycott » »); *Doyon c. Cégep de Saint-Hyacinthe*, 2012 QCCS 2076, par. 21-22 (levée de cours convenue entre la direction d'établissement et l'association et donc aucun piquetage); *Lessard c. Cégep de Sherbrooke*, 2012 QCCS 1669, par. 42-43 (levée de cours prononcée par la direction d'établissement dès qu'elle constate du piquetage significatif).

56. *Bécharde c. Université du Québec à Montréal (UQAM)*, 2012 QCCS 2134 (ci-après « *Bécharde c. UQAM* »), par. 8 (« des levées de cours [c'est-à-dire les perturbations de classes] ont été instaurées quotidiennement par des associations étudiantes ») et par. 19 (« cette levée de cours » [c'est-à-dire la grève] est « exercée sans apparence de droit [et] prive les étudiants d'avoir accès aux services auxquels ils ont droit »).

histoire et une culture politique et associative. Il n'est donc pas surprenant que les processus qu'elles adoptent se ressemblent. Cette section ne se veut pas une revue exhaustive des différentes procédures que peuvent adopter les associations d'étudiants pour déclencher une grève ni une description des règles de droit qui l'encadrent. Il s'agit plutôt d'un exposé des pratiques généralement admises et suivies par le mouvement étudiant⁵⁷.

3.2.1. Rôles des associations locales et nationales

Il est généralement admis que seules les associations « locales »⁵⁸ peuvent déclarer la grève, et ce même si elles peuvent se regrouper ou former des fédérations sur un même campus ou encore être affiliées à des fédérations nationales. Ainsi, par convention, les regroupements et les fédérations ne tiennent pas de votes de grève; ce pouvoir reste entre les mains des étudiants par le biais de leur association facultaire ou départementale, selon le cas. Le rôle des regroupements ou fédérations en est davantage un de coordination des activités et de représentation politique, quoique leurs ressources humaines et financières peuvent être mises à contribution.

La désignation de l'association comme lieu premier de prise de décision est conséquente avec la tradition démocratique du mouvement étudiant selon laquelle il revient aux étudiants eux-mêmes de décider de déclencher ou non la grève, ce pouvoir n'étant pas sujet à une délégation. Par ailleurs, la nécessité d'accorder aux membres le droit de participer directement à une telle décision anime les dispositions du *Code du travail* encadrant la tenue d'un

---

57. La description ici est basée sur une consultation sommaire des actes constitutifs et règlements de plusieurs différentes associations et regroupements d'associations. Nous remercions M. Simon Amiot pour son appui à la recherche à cet égard.

58. Ce vocable désigne les associations sur un campus dont les membres sont des étudiants et non les associations dont les membres sont d'autres associations. Elles sont normalement départementales ou facultaires, mais peuvent également être des associations dites « générales » représentant l'ensemble des étudiants d'un cycle d'études.

vote de grève par un syndicat de travailleurs⁵⁹. Pour cette même raison, le pouvoir de déclarer la grève est généralement attribué à l'assemblée générale de l'association.

3.2.2. Procédures de déclenchement et de poursuite de la grève

La déclaration de grève est un acte pour lequel l'exécutif est généralement mandaté par une résolution de l'assemblée générale. À moins que les règlements de l'association en prévoient l'obtention d'une majorité qualifiée, la proposition de grève est adoptée par la simple majorité des membres présents, pourvu que le quorum applicable soit atteint. Le processus d'adoption d'une telle résolution par l'assemblée générale de l'association est, en théorie, soumis aux mêmes règles qu'une proposition régulière en matière d'assemblées délibérantes⁶⁰. Toutefois, les résolutions autorisant la déclaration de grève sont souvent soumises à des procédures particulières qui sont soit simplement coutumières, soit codifiées dans les règlements de l'association. Selon l'association, ces procédures particulières peuvent comprendre l'obligation d'atteindre un quorum supérieur à celui applicable à une assemblée ordinaire, de tenir un scrutin secret, d'envoyer un avis de convocation particulier ou même de tenir un référendum de consultation.

Le moment du début de la grève et les modalités de celle-ci telles sa durée et le processus applicable à son renouvellement sont normalement déterminés lors du premier vote. Règle générale, les déclarations prévoient soit une grève d'une durée déterminée, soit une obligation de consultation hebdomadaire portant sur sa reconduction. Dans le premier cas — quand la déclaration prévoit une grève d'une durée déterminée —, il peut y avoir une nouvelle

---

59. C.t., art. 20.2 al. 1 (« Une grève ne peut être déclarée qu'après avoir été autorisée au scrutin secret par un vote majoritaire des membres de l'association accréditée qui sont compris dans l'unité de négociation et qui exercent leur droit de vote »).

60. Victor MORIN, *Procédure des assemblées délibérantes*, mise à jour par Michel DELORME, Saint Laurent, Beauchemin, 1994, p. 52-54.

consultation à la fin de la période prévue en suivant le processus initial. Dans le deuxième cas, lors de grève dite d'une durée « illimitée », la procédure de reconduction est celle qui est prévue lors du vote initial.

La fin de la grève survient soit lorsque le délai initial fixé par l'assemblée arrive à échéance et qu'une nouvelle consultation n'a pas lieu, soit lorsqu'un vote de reconduction est tenu et que le résultat est négatif. Dans ce dernier cas, la grève prend fin après la dernière journée de la déclaration de grève préalablement votée. Évidemment, il peut aussi arriver que le contexte qui a justifié le déclenchement de la grève ait changé; par exemple dans l'éventualité où les étudiants ont eu gain de cause. Même dans ce cas de figure, l'association se réunit à nouveau en assemblée afin de discuter du résultat et de décider à quel moment la grève se terminera.

4. RÉGLEMENTATION JURIDIQUE DE LA DÉMOCRATIE ÉTUDIANTE

Ailleurs au Canada, les droits et obligations des associations d'étudiants sont soit prévus dans les lois relativement aux universités, soit déterminés par le régime juridique d'application générale régissant les associations non incorporées ou les personnes morales à but non lucratif⁶¹. Le Québec est la seule province canadienne qui s'est dotée d'une loi spécifique dont l'objet unique est la réglementation des associations étudiantes. Il s'agit de la *Loi sur l'accréditation et le financement des associations d'élèves ou d'étudiants*⁶². À cette pierre angulaire du système de reconnaissance et de réglementation des associations étudiantes, s'ajoutent les lois régissant les pouvoirs, droits et obligations des

---

61. Outre le Québec, seule l'Alberta s'est dotée d'un régime applicable à l'ensemble des associations d'étudiants, voir la *Post-secondary Learning Act*, S.A. 2003, c. P-19.5. Pour un exposé de la réglementation dans chacune des provinces, voir F. MAKELA et S. AUDETTE-CHAPDELAINE, préc., note 24.

62. RLRQ, c. A-3.01 (ci-après « L.a.f.a.e.e. »).

personnes morales et leurs membres, dont la *Loi sur les compagnies*⁶³ et le *Code civil du Québec*⁶⁴.

4.1. L.a.f.a.e.e.

La *Loi sur l'accréditation et le financement des associations d'élèves ou d'étudiants* fut adoptée en 1983. Comme le titre de la loi l'indique, elle vise en premier lieu à répondre à deux problématiques : la reconnaissance par les établissements d'enseignement des associations étudiantes et le financement de ces dernières.

Avant l'adoption de la L.a.f.a.e.e., les associations étudiantes ne disposaient d'aucun recours dans l'éventualité où leur université refusait de les reconnaître comme représentants légitimes des intérêts du corps étudiant. À cet égard, les associations étudiantes se trouvaient dans une situation similaire à celle des syndicats de travailleurs avant l'adoption de la *Loi des relations ouvrières* en 1944, en ce sens que leur statut d'interlocuteur institutionnel dépendait essentiellement du bon vouloir de l'université⁶⁵. Cette situation conduira le Conseil des universités à faire le constat suivant dans son avis sur la place des étudiants dans l'université, rendu en 1981 :

---

63. RLRQ, c. C-38.

64. L.Q. 1991, c. 64. (Ci-après « *Code civil* » ou « C.c.Q. »).

65. Sur la problématique de la non-reconnaissance des syndicats par les employeurs et l'instauration conséquente du système d'accréditation syndicale par la *Loi des relations ouvrières* de 1944, voir Fernand MORIN, Claude D'Aoust et Raymond LACHAPELLE, « L'accréditation syndicale au Québec », (1970) 25-3 *Relations industrielles / Industrial Relations* 401. L'idée de transposer le régime d'accréditation syndicale au contexte étudiant fut avancée par certaines associations étudiantes québécoises aussi tôt qu'en 1961; voir A. LEDUC, préc., note 7, p. 57.

Si l'on reconnaît sans problème à tous les étudiants le droit d'association et si l'on semble souhaiter un peu partout la renaissance d'un mouvement étudiant organisé et fort, il n'en demeure pas moins que les associations étudiantes en place ou en formation font actuellement face à des problèmes majeurs d'organisation et de reconnaissance dans la majorité des universités⁶⁶.

Un deuxième problème découlait du manque de règles claires permettant la perception de cotisations par les universités au bénéfice des associations étudiantes. Évidemment, cette question était étroitement liée à celle de la reconnaissance : en absence d'une obligation de reconnaissance par l'université, il n'était pas possible pour une association d'étudiants d'exiger la perception de cotisations à la source. Par contre, même dans les cas où l'université avait reconnu l'association et s'était engagée par contrat à percevoir les cotisations à titre de mandataire de cette dernière, des doutes subsistaient sur la légalité de cette façon de faire⁶⁷.

Des débats relatifs aux mérites d'une éventuelle intervention du législateur traversèrent le mouvement étudiant et il en sortira profondément divisé. La RAEU était en faveur d'une loi calquée sur le *Code du travail* alors que l'ANEEQ voyait toute législation éventuelle comme ouvrant la porte à l'ingérence du ministère de l'Éducation dans la vie associative étudiante⁶⁸.

---

66. CONSEIL DES UNIVERSITÉS, *Les droits des étudiants dans l'université*, Avis du Conseil des universités au Ministre de l'éducation sur la place des étudiants dans l'université, Avis n° 81.1, Québec, 1981, p. 12-13.

67. B. LACOURSIÈRE, préc., note 20, p. 60. Voir aussi : QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats de la Commission permanente de l'éducation*, 4^e sess., 32^e légis., fascicule n° 97 (9 juin 1983), « Audition de personnes et d'organismes sur le projet de loi 32 - *Loi sur l'accréditation et le financement des associations d'étudiants* », p. B-5290 (M. Houle) (ci-après « *Débats sur la Loi 32 (auditions)* ») (faisant état de l'existence d'un avis juridique émanant du contentieux du ministère de l'Éducation selon lequel la cotisation obligatoire serait illégale).

68. B. LACOURSIÈRE, préc., note 20, p. 29-30 (décrivant le débat sur la Loi 32 comme « symbole central de la division du mouvement étudiant

Bien que le ministre de l'Éducation de l'époque Camil Laurin avait déclaré, au début de 1981, qu'il n'avait pas l'intention de présenter un projet de loi prévoyant l'accréditation des associations étudiantes⁶⁹, il déposa et défendit la L.a.f.a.e.e. deux ans plus tard. La loi entra en vigueur le 23 juin 1983⁷⁰ et elle n'a subi qu'une modification substantielle depuis, en 1993⁷¹.

La L.a.f.a.e.e. est manifestement inspirée du *Code du travail*, autant dans son économie générale que dans la formulation précise de certains de ses articles⁷². D'ailleurs, lors des débats parlementaires précédant son adoption, autant les détracteurs du projet de loi que ses partisans convenaient qu'elle consistait en une transposition du modèle syndical à la vie associative étudiante⁷³.

---

québécois ») et 61-65. Voir aussi : QUÉBEC, *Débats sur la Loi 32 (auditions)*, préc., note 67.

69. CONSEIL DES UNIVERSITÉS, préc., note 66, p. 13.

70. L.Q. 1983, c. 33.

71. *Loi modifiant la Loi sur l'accréditation et le financement des associations d'élèves ou d'étudiants*, L.Q. 1993, c. 10. Par cette loi, le législateur ajouta la possibilité d'accréditer des regroupements d'associations. Les modifications permettaient aussi l'accréditation d'associations distinctes pour les étudiants des cycles supérieurs et ceux de l'éducation permanente dans les universités et pour les étudiants à temps partiel dans les cégeps. Si l'intérêt du gouvernement dans ces modifications semblait être de fractionner le plus possible le mouvement étudiant, elles répondaient néanmoins à des préoccupations de certains groupes d'étudiants dans le secteur universitaire, où elles ont effectivement permis l'accréditation de nouvelles associations. À notre connaissance, aucune association représentant exclusivement des étudiants à temps partiel d'un cégep n'a été accréditée depuis l'adoption de ces modifications.

72. Pour une analyse détaillée comparant la L.a.f.a.e.e. et le *Code du travail*, voir C. BRUNELLE, P. LAMPON et M. ROUSSEL, préc., note 53, 838-848.

73. Voir, par exemple : QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, préc., note 67, p. B-5307 (M. Tremblay) (représentant de la Fédération des Cégeps décrivant la « transposition abusive » du modèle syndical dans la loi) et p. B-5237 (M. Boulet) (représentant de la Conférence des recteurs et des principaux des universités du Québec décrivant comme « inadéquate » la conception syndicale de la relation entre établissements et étudiants). Le même thème est abordé dans QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats de la Commission permanente de l'éducation*, 4^e sess., 32^e légis., n° 97 (20 juin 1983), « Étude du projet de loi 32 - *Loi sur l'accréditation et le financement*

Alors que le *Code du travail* réglemente les relations entre les syndicats de salariés et les employeurs, la L.a.f.a.e.e. régit les relations entre les associations d'étudiants et les établissements d'enseignement. Une association d'étudiants est définie comme suit :

[U]n organisme qui a pour fonctions principales de représenter [les] étudiants [...] et de promouvoir leurs intérêts, notamment en matière d'enseignement, de pédagogie, de services aux [...] étudiants et d'administration de l'établissement d'enseignement⁷⁴.

Cette définition renvoie à l'établissement d'enseignement comme lieu d'intervention de l'association d'étudiants et donc exclut les associations nationales. En effet, bien qu'on ait revendiqué la reconnaissance législative des associations nationales d'étudiants à plusieurs reprises⁷⁵, la L.a.f.a.e.e. ne

---

des associations d'étudiants », p. B-6375 (M. Ryan) (ci-après « *Débats sur la Loi 32 (étude)* ») (« [le] principe [...] sous-jacent dans le projet de loi [est] la transposition au domaine de l'action étudiante des principes généraux qui régissent des associations de travailleurs [...] ») et p. B-6377 (M. Charbonneau) (« les associations étudiantes [...] se sont comportées et ont agi comme des syndicats [...] Elles ont adopté une pratique syndicale et souvent même un discours syndical »).

74. L.a.f.a.e.e., préc., note 62, art. 3. Comparer à la définition d'« association de salariés » du C.t., art. 1 a) (« [U]n groupement de salariés constitué en syndicat professionnel, union, fraternité ou autrement et ayant pour buts l'étude, la sauvegarde et le développement des intérêts économiques, sociaux et éducatifs de ses membres et particulièrement la négociation et l'application de conventions collectives. »). Pour éviter toute confusion, le vocable « syndicat » est utilisé ici pour décrire les associations de salariés au sens du *Code du travail*.

75. Voir, par exemple : QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, préc., note 67, p. B-5264-65 (M. Baillargeon) (représentant du Regroupement des associations étudiantes universitaires du Québec revendiquant un système d'accréditation pour les associations nationales). Dans COMITÉ D'ACCREDITATION, *Rapport du comité d'accréditation. Ajuster la Loi au réel*, Québec, Directeur général du financement et de l'équipement supérieur, 2004, p. 30-31 on mentionne que presque tous les intervenants consultés étaient d'accord et que les associations nationales ne devraient pas être accréditées, mais qu'il serait néanmoins important de prévoir un cadre

réglamente aucunement ces organismes, qui échappent entièrement à son application. Si la loi reconnaît les regroupements d'associations d'étudiants, ces entités doivent nécessairement regrouper des associations d'étudiants d'un seul établissement⁷⁶. Comme nous avons déjà remarqué :

Aucune loi n'encadre la détermination des représentants légitimes des étudiants au regard de l'État. Leur reconnaissance *de facto* est laissée à la discrétion absolue du politique sans contrainte législative et le gouvernement a utilisé cette marge de manœuvre à son avantage en accordant ou retirant sa reconnaissance sur la base de la commodité politique⁷⁷ (notre traduction).

Cela étant dit, l'existence d'associations nationales d'étudiants est prise en compte par la législation et la réglementation en matière d'aide financière aux études ⁷⁸, notamment en ce qui concerne le traitement des étudiants élus au

---

juridique les régissant. À cet effet, le même document propose, p. 67-77, une loi modèle calquée sur la *Loi sur les syndicats professionnels*, RLRQ, c. S-40 (ci-après « L.s.p. »), qui permettrait l'incorporation d'associations d'étudiants autant locales que nationales. Voir : *infra*, s. 2.2.2.2.

76. L.a.f.a.e.e., préc., note 62, art. 5 (« Les associations d'élèves ou d'étudiants qui existent dans un établissement d'enseignement peuvent former un regroupement d'associations. ») et art. 10 al. 2 (« [U]n regroupement d'associations [...] d'étudiants auquel adhèrent des associations [...] de plusieurs établissements d'enseignement ne peut être accrédité que si ces derniers sont des composantes d'un même établissement d'enseignement »).

77. F. MAKELA et S. AUDETTE-CHAPDELAINE, préc., note 24, 291.

78. L'art. 45 de la *Loi sur l'aide financière aux études*, RLRQ, c. A-13.3 prévoit que le ministre nomme les membres d'un comité en charge d'évaluer des demandes exceptionnelles d'aide financière « à la suite d'une consultation de groupes représentant [...] les étudiants ».

sein de ces associations⁷⁹, ce qui représente une subvention indirecte par l'État de certaines d'entre elles⁸⁰.

La définition d'« établissement » dans la loi est très large; elle comprend autant les universités que leurs composants, tels les facultés, écoles et départements⁸¹. Ainsi, même si la notion d'« unité de négociation » prévue au *Code du travail*⁸² ne se trouve pas dans la L.a.f.a.e.e., les étudiants d'une université disposent d'un certain contrôle sur la façon par laquelle ils peuvent s'associer. Par exemple, les étudiants d'une université donnée pourraient

---

79. L'art. 60 al. 1(5) du *Règlement sur l'aide financière aux études*, RLRQ c. A-13.3, r. 1 prévoit que « l'étudiant élu au sein d'un organisme regroupant des associations étudiantes » bénéficie d'une exemption totale de repliement de ses dettes étudiantes comme s'il était aux études à temps plein, et ce, pour une période allant jusqu'à 24 mois. De plus, le ministère de l'Éducation, du Loisir et du Sport a adopté un Programme de bourses pour les permanents et les permanents élus d'associations étudiantes nationales, lequel permet aux personnes occupant de telles fonctions de recevoir des bourses comme s'ils étaient aux études. Afin d'être reconnu comme une association nationale, il faut que l'organisme en question soit incorporé en vertu de la partie III de la *Loi sur les compagnies* depuis au moins deux ans, qu'elle soit de portée générale et non sectorielle, facultaire ou locale, qu'elle représente au minimum quatre établissements d'enseignement, qu'elle représente au minimum trois régions administratives du Québec et qu'elle réunisse au minimum 20 % de la population étudiante qu'elle représente. Dans les faits, les seules associations à s'être qualifiées pour ce programme sont la FEUQ et la FECQ.

80. Selon le *Rapport statistique de 2010-2011* de l'Aide financière aux études (le plus récent disponible), en moyenne 18 personnes par année ont bénéficié du Programme de bourses pour les permanents et les permanents élus d'associations étudiantes nationales ce qui représente une dépense gouvernementale d'environ 100 000 \$ par année pour la période allant de 2006 à 2011: MINISTÈRE DE L'ENSEIGNEMENT SUPÉRIEUR, DE LA RECHERCHE, DE LA SCIENCE ET DE LA TECHNOLOGIE (AIDE FINANCIÈRE AUX ÉTUDES ET GOUVERNANCE INTERNE DES RESSOURCES), *Rapport statistique 2010-2011*, Québec, 2013, p. 37 et 39.

81. L.a.f.a.e.e., préc., note 62, art. 2.

82. Le *Code du travail* permet au syndicat de proposer le bassin de salariés visé par son accréditation et ce bassin - appelé « l'unité de négociation » - doit être accepté par l'employeur à moins qu'il ne soit pas approprié. Voir : M. COUTU et al., préc., note 41, n° 278 et suiv.

s'associer dans une seule association d'étudiants pour toute l'université (c'est-à-dire au sein d'une association dite « générale ») ou dans des associations départementales ou encore facultaires qui pourraient, à leur tour, se regrouper⁸³.

La structure de cette loi régissant les relations entre associations d'étudiants et établissements d'enseignement est érigée sur deux principes fondamentaux : la liberté d'association et la démocratie. Le premier de ces principes est énoncé à son article 4, lequel prévoit :

Dans un établissement d'enseignement, tout élève ou étudiant a le droit de faire partie d'une association d'élèves ou d'étudiants de son choix. Il a de plus le droit de participer à la formation de cette association, à ses activités et à son administration⁸⁴.

Cette liberté n'est pas absolue; elle est balisée par des exigences démocratiques. Ainsi, les étudiants d'un établissement ne peuvent être représentés que par une seule association⁸⁵ et le choix de cette association est déterminé par un processus démocratique.

---

83. Notons que la distinction nette que fait la L.a.f.a.e.e. entre associations et regroupements n'est pas toujours reflétée dans la réalité. Ainsi, on trouve dans certaines universités des associations accréditées représentant plus qu'un « palier » de l'institution (par exemple, une association départementale et une association facultaire) alors que la logique de la L.a.f.a.e.e. veut que chaque étudiant ne peut être membre que d'une seule association et que toute représentation plus large se fasse par un regroupement d'associations ayant des associations (et non des étudiants individuels) comme membres.

84. L.a.f.a.e.e., préc., note 62, art. 4. Comparer à l'art. 3 du *Code du travail* (« Tout salarié a droit d'appartenir à une association de salariés de son choix et de participer à la formation de cette association, à ses activités et à son administration »).

85. *Id.*, art. 8 al. 1 (« Il ne peut être accrédité qu'une seule association d'élèves ou d'étudiants par établissement d'enseignement. »). Comparer à l'art. 43 du *Code du travail* (« L'accréditation d'une association de salariés annule de plein droit l'accréditation de toute autre association pour le groupe visé par la nouvelle accréditation »).

Par ailleurs, vu la définition large d'« établissement » dans la loi, le bassin d'étudiants visé par ce processus peut varier considérablement. Pour déterminer le bassin d'étudiants et la représentativité de l'association, la L.a.f.a.e.e. renferme une version simplifiée des mécanismes du *Code du travail* régissant la reconnaissance d'un syndicat de salariés⁸⁶. Une association d'étudiants peut obtenir une accréditation – et donc le « monopole de représentation » des étudiants de l'établissement visé – en démontrant à un agent d'accréditation représentant le ministre responsable qu'elle a obtenu l'appui majoritaire lors d'un scrutin secret⁸⁷. Ce monopole de représentation découlant de l'accréditation se manifeste de diverses façons.

La première manifestation du monopole de représentation est l'obligation de l'établissement d'enseignement de reconnaître l'association accréditée comme le seul représentant de tous les

---

86. *Id.*, chapitre 3 (art. 8-48). Comparer au *Code du travail*, chapitre 2, section III (art. 21-47.6). Outre la simplicité relative de la procédure d'accréditation de la L.a.f.a.e.e. comparée à celle prévue au *Code du travail*, notons qu'une association de salariés peut être accréditée en transmettant à l'agent d'accréditation des formulaires d'adhésion, communément appelés « cartes de membre » (C.t., art. 25, 28 a) et 36.1), alors qu'une association d'étudiants doit nécessairement tenir un scrutin secret (L.a.f.a.e.e., art. 10.1).

87. *Id.*, art. 10.1 (le scrutin secret doit démontrer l'appui de la majorité des étudiants votants, à la condition que cette majorité représente au moins 25% des étudiants concernés), art. 13 (demande d'accréditation adressée à un agent) et art. 19 (agents d'accréditation sont nommés par le ministre et sont chargés d'accréditer les associations d'étudiants). La loi fait mention du ministre de l'Éducation, du Loisir et du Sport, mais depuis la promulgation du *Décret D 878-2012 concernant le ministre de l'Enseignement supérieur, de la Recherche, de la Science et de la Technologie*, (2012) 144 G.O. II, 4872, les fonctions du ministre de l'Éducation, du Loisir et du Sport sont confiées au ministre de l'Enseignement supérieur, de la Recherche, de la Science et de la Technologie.

étudiants compris dans le groupe visé par l'accréditation⁸⁸. Cela implique, notamment, que l'association accréditée ait le pouvoir de nommer les représentants étudiants appelés à siéger ou à participer aux instances universitaires et que l'établissement ne saurait permettre à une association dissidente de participer au processus ni de nommer les représentants lui-même⁸⁹.

Deuxièmement, les étudiants représentés par l'association accréditée deviennent automatiquement membres de celle-ci⁹⁰. Il s'agit de la situation inverse que celle prévue par le *Code du travail*. Un salarié doit poser des gestes positifs (signer un formulaire d'adhésion et payer au moins deux dollars) pour *devenir* membre d'un syndicat⁹¹, alors qu'un étudiant doit poser un geste positif (signifier par écrit son refus d'adhérer) pour *cesser* d'être membre d'une association d'étudiants⁹². Il est important de souligner ici que même si la L.a.f.a.e.e. permet à l'étudiant dissident de démissionner de son association, cette dernière ne perd pas pour autant son statut de représentant unique de l'étudiant démissionnaire⁹³. L'association d'étudiants représente l'ensemble des étudiants visés par son accréditation, que ceux-ci soient membres ou pas⁹⁴.

---

88. L.a.f.a.e.e., préc., note 62, art. 28 (« L'établissement d'enseignement doit reconnaître l'association [...] comme le représentant [...] de tous les [...] étudiants [...] de l'établissement. »). Comparer à l'article. 67 al. 1 du *Code du travail* (« La convention collective lie tous les salariés actuels ou futurs visés par l'accréditation »).

89. *Id.*, art. 32. Notons que cela s'applique nonobstant une disposition contraire dans la charte ou la loi constitutive de l'établissement, car l'art. 57 de la L.a.f.a.e.e. prévoit que « [t]oute disposition générale ou spéciale qui est inconciliable avec une disposition de la présente loi est sans effet ».

90. *Id.*, art. 26 al. 1 (« Dans un établissement d'enseignement, tout [...] étudiant représenté par une association [...] accréditée [...] est réputé membre [...] de cette association [...] »).

91. C.t., art. 36.1.

92. L.a.f.a.e.e., préc., note 62, art. 26 al. 4. Cette différence s'explique sans doute par l'instabilité relative de la population étudiante.

93. À ce sujet, voir C. BRUNELLE, P. LAMPRON et M. ROUSSEL, préc., note 53, 841 (n° 50).

94. L.a.f.a.e.e., préc., note 62, art. 28.

Enfin, la troisième manifestation du monopole de représentation de l'association accréditée est le régime de cotisation. L'accréditation accorde à une association d'étudiants le droit d'exiger la perception des cotisations par l'institution d'enseignement⁹⁵. Le montant de la cotisation doit être déterminé par règlement approuvé lors d'une assemblée extraordinaire ou d'un référendum tenu à cette fin⁹⁶. De plus, les étudiants représentés par l'association en vertu de son accréditation ne peuvent pas se soustraire de leur obligation de cotiser à moins que l'association adopte un règlement prévoyant le remboursement de la cotisation ainsi que les modalités de ce remboursement⁹⁷. Autrement dit, la L.a.f.a.e.e. instaure la « formule Rand » pour l'association d'étudiants accréditée⁹⁸.

Par ailleurs, à l'instar du *Code canadien du travail*⁹⁹ et de plusieurs lois provinciales en matière de relations du travail¹⁰⁰, mais contrairement au *Code du travail du Québec*¹⁰¹, la L.a.f.a.e.e.

---

95. *Id.*, art. 53.

96. *Id.*, art. 52.

97. *Id.*

98. La formule Rand porte le nom du juge de la Cour suprême Ivan Rand, qui a imposé le précompte obligatoire des cotisations syndicales, mais pas l'appartenance syndicale, comme compromis dans sa décision arbitrale rendue à l'occasion de la grève de l'usine Ford de Windsor en 1946. *Ford Motor Company of Canada v. UAW*, (1946) 1 Lab. Arb. 439, rééditée dans André ROY (trad.), « Décision touchant la sécurité syndicale dans le conflit Ford 1946 », (1975) 30-4 *Relations industrielles / Industrial Relations* 761. Sur l'implantation de la formule Rand au Québec, voir F. MORIN et al., préc., note 35, n° IV-21 à IV-24.

99. Préc., note 36.

100. Voir, par exemple : *Labour Relations Code*, R.S.A. 2000, c. L-1 (Alberta), art. 42-44; *Trade Union Act*, R.S.N.S. 1989, c. 475 (Nouvelle-Écosse), art. 30; *Labour Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. L-1 (Île-du-Prince-Édouard), art. 19. Voir aussi : Sean TUCKER et Alex MUCALOV, « Industrial Voluntarism in Canada », (2010) 65-2 *Relations industrielles / Industrial Relations*, 215.

101. M. COUTU et al., préc., note 41 par. 256-257. (« Les dispositions du *Code du travail* relatives à l'accréditation sont d'ordre public. Il ne saurait être question d'y déroger au moyen d'un accord privé [...] Dans sa forme initiale, la *Loi sur les relations ouvrières*, S.Q. 1944, c. 30 prévoyait la possibilité d'« associations non reconnues ».)

prévoit la possibilité de la reconnaissance volontaire d'une association d'étudiants par un établissement, et ce, sans que l'association concernée soit accréditée par l'agent d'accréditation¹⁰². Cette reconnaissance volontaire accorde à l'association le monopole de représentation pour tous les étudiants de l'établissement ainsi que la possibilité — mais pas le droit strict — d'avoir ses cotisations perçues par l'établissement. La reconnaissance volontaire n'accorde à l'association reconnue aucun des autres droits dont jouissent les associations accréditées, bien qu'il soit loisible d'en convenir autrement par contrat entre l'association et l'établissement. De plus, le statut de l'association jouissant d'une reconnaissance volontaire est bien précaire : premièrement parce que rien n'empêche l'établissement de retirer sa reconnaissance à tout moment et deuxièmement parce que son monopole de représentation est perdu dès qu'une association rivale se voit accréditée par l'agent d'accréditation pour représenter le même groupe d'étudiants.

En contrepartie de leur monopole de représentation, le *Code du travail* impose aux syndicats accrédités un devoir de juste représentation à l'égard de chacun des salariés qu'ils représentent, que ces derniers soient ou non membres du syndicat¹⁰³. Afin de s'acquitter de cette obligation, le syndicat doit éviter d'agir « de mauvaise foi ou de manière arbitraire ou discriminatoire » et ne doit pas « faire preuve de négligence grave » à l'endroit des salariés qu'il représente, et ce, peu importe qu'ils soient membres du syndicat ou non¹⁰⁴. On trouve un pareil principe d'égalité de traitement dans la L.a.f.a.e.e. : l'association accréditée a les mêmes obligations envers les étudiants non membres qu'elle représente qu'elle a envers ses membres. Par contre, ces obligations ne comprennent pas un devoir

---

102. L.a.f.a.e.e., préc., note 62, art. 56.

103. Sur l'idée que le devoir syndical de juste représentation soit un corolaire au monopole de représentation, voir : *Guilde de la marine marchande du Canada c. Gagnon et autre*, [1984] 1 R.C.S. 509 (ci-après « *Guilde de la marine marchande* »). Voir aussi : M. COUTU et al., préc., note 41, n° 322-323.

104. C.t., art. 47.2. Voir aussi : C.c.t., art. 37.

général de juste représentation; elles se limitent à celles qu'a une personne morale constituée en vertu de la partie III de la *Loi sur les compagnies* à l'égard de ses membres ainsi que celles prévues dans l'acte constitutif et les règlements de l'association¹⁰⁵. De plus, la L.a.f.a.e.e. impose une limite au principe d'égalité entre membres et non membres d'une association accréditée qui n'existe pas dans le *Code du travail*. En effet, alors que le *Code du travail* permet à tous les salariés représentés par un syndicat accrédité d'exercer un recours à son endroit en cas de manquement à son devoir de juste représentation¹⁰⁶, la L.a.f.a.e.e. prévoit que seul un étudiant membre de l'association accréditée peut exercer ses droits à son égard¹⁰⁷, cette prérogative étant spécifiquement retirée de l'étudiant qui démissionne de l'association, et ce, nonobstant qu'elle demeure son représentant exclusif auprès de l'établissement d'enseignement après sa démission¹⁰⁸.

Malgré l'absence d'une disposition précise à cet effet dans la L.a.f.a.e.e., il est fort possible qu'un tribunal appelé à statuer sur la question impose un devoir général de juste représentation aux associations étudiantes accréditées. Il s'agit, d'ailleurs, de la solution retenue par la jurisprudence applicable aux syndicats de travailleurs dans les juridictions où il n'y avait pas de devoir de juste représentation imposée par la loi¹⁰⁹, et le *Code civil du Québec* fournit les assises nécessaires pour fonder une telle décision¹¹⁰.

---

105. L.a.f.a.e.e., préc., note 62, art. 26 et 27. Cela comprend, par exemple, le droit d'avoir accès à la liste des membres, aux livres et aux registres de l'association, comme prévu dans C.c.Q., art. 342 al.2, lequel s'applique en vertu de C.c.Q., art. 334 ainsi que par l'effet combiné des art. 31 al. 4 et 224 de la *Loi sur les compagnies*, RLRQ, c. C-38.

106. C.t., art. 47.2, 47.3 et 114.

107. L.a.f.a.e.e., préc., note 62, art. 26 al. 3.

108. *Id.*, art. 26 al. 4.

109. Voir : *Guilde de la marine marchande*, préc., note 103.

110. Voir notamment : C.c.Q., art 7. (« Aucun droit ne peut être exercé en vue de nuire à autrui ou d'une manière excessive et déraisonnable, allant ainsi à l'encontre des exigences de la bonne foi »).

Si la L.a.f.a.e.e. prévoit que les membres d'une association d'étudiants accréditée puissent exercer à son endroit les droits prévus à la *Loi sur les compagnies*, c'est parce que toutes les associations étudiantes accréditées sont nécessairement incorporées en vertu de cette dernière loi. En effet, à la différence du *Code du travail*, lequel n'impose aucune forme juridique aux associations de salariés pour qu'elles puissent bénéficier d'une accréditation¹¹¹, la L.a.f.a.e.e. requiert l'incorporation en vertu des dispositions de la *Loi sur les compagnies* relatives aux compagnies sans but lucratif¹¹² comme condition préalable à l'accréditation¹¹³.

Outre le monopole de représentation, la L.a.f.a.e.e. accorde un faisceau de droits à l'association d'étudiants accréditée. Par exemple, l'association accréditée peut exiger de l'établissement d'enseignement qu'il lui fournisse gratuitement un local et un mobilier et qu'il mette gratuitement à sa disposition des tableaux d'affichage et des présentoirs¹¹⁴. Les membres du conseil d'administration de l'association accréditée doivent également avoir le libre accès à ce local pendant les heures d'ouvertures de l'établissement¹¹⁵. Enfin, l'association accréditée peut exiger de l'établissement qu'il lui fournisse la liste des étudiants de l'établissement ainsi que les informations nécessaires pour rentrer en contact avec eux¹¹⁶. L'octroi de ces droits est clairement destiné à accorder à l'association accréditée les moyens minimaux

---

111. Une association de salariés est définie à C.t., art. 1a) comme « un groupement de salariés constitué en syndicat professionnel, union, fraternité ou autrement » et celui-ci peut prendre la forme soit d'une association non incorporée au sens de C.c.Q., art. 2186-2187 et 2267-2279, soit d'une personne morale à but non lucratif incorporée en vertu de la partie III de la *Loi sur les compagnies*, de la *Loi sur les syndicats professionnels* ou d'une autre loi.

112. *Loi sur les compagnies*, préc., note 105, art. 216-233.

113. L.a.f.a.e.e., préc., note 62, art. 10.1 al. 1(1).

114. *Id.*, art. 29. Par ailleurs, le fait que l'établissement doive fournir un local gratuitement ne rend pas ce local exempt de taxes municipales et scolaires. Voir : *Association générale des étudiantes et étudiants du collège Shawinigan (Re)*, 2000 CanLII 21936 (C.M.Q.).

115. L.a.f.a.e.e., préc. note 62, art. 30.

116. *Id.*, art. 31.

nécessaires pour remplir convenablement son rôle de représentant. À ce sujet, il est pertinent de noter que l'accès aux locaux et à l'affichage était spécifiquement mentionné dans l'avis de 1981 du Conseil des universités sur la place des étudiants dans l'université comme une ressource matérielle nécessaire à l'exercice du droit d'association des étudiants¹¹⁷.

Comme le *Code du travail* à l'époque de son adoption, la L.a.f.a.e.e. prévoit un appel des décisions rendues par les agents d'accréditation devant un tribunal administratif¹¹⁸ et les décisions de ce dernier sont finales et sans appel¹¹⁹. Par contre, il n'y a pas d'instance ayant une compétence générale pour veiller à l'application de la L.a.f.a.e.e. et à la protection des droits qui en résultent. D'ailleurs, la L.a.f.a.e.e. ne prévoit aucune sanction en cas de violation, ce qui était un caractère voulu de cette loi que l'on voulait incitative¹²⁰. Ainsi, les associations étudiantes et leurs membres qui désirent faire respecter les droits qui leur sont accordés par la L.a.f.a.e.e. n'ont pas d'autres choix que de se tourner vers la Cour supérieure¹²¹.

---

117. CONSEIL DES UNIVERSITÉS, préc., note 66, p. 16.

118. L.a.f.a.e.e., préc., note 62, art. 42. L'accréditation des associations d'étudiants est une version simplifiée de l'ancien système en matière de travail, lequel prévoyait trois acteurs : l'agent d'accréditation, le Commissaire de travail et le Tribunal du travail. À l'époque de l'adoption de la L.a.f.a.e.e., le C.t., art. 129 prévoyait un appel d'une décision d'un Commissaire de travail en matière d'accréditation au Tribunal du travail et l'art. 42 de la L.a.f.a.e.e. est rédigé dans des termes presque identiques. Par contre, le Tribunal du travail fut aboli par la *Loi modifiant le Code du travail, instituant la Commission des relations du travail et modifiant d'autres dispositions législatives*, L.Q. 2001, c. 26 et les décisions en matière d'accréditation sont désormais rendues par un agent d'accréditation ou un commissaire de la Commission des relations du travail (C.t., art. 25 et suiv.) et sont sans appel (C.t., art. 134).

119. L.a.f.a.e.e., préc., note 62, art. 47-48.

120. QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Débats sur la Loi 32 (étude)*, préc., note 73, p. B-5232 (M. Laurin) (« La loi, enfin, crée des obligations, mais ne prévoit pas de sanction comme telle. Cela indique bien l'esprit dans lequel nous présentons cette loi. Pour nous, il s'agit davantage d'un instrument propre à favoriser la participation étudiante à la vie des établissements [...] »).

121. *Code de procédure civile*, RLRQ, c. C-25, art. 31 (ci-après « C.p.c. »).

4.2. Lois applicables aux personnes morales et aux associations

Tel que mentionné ci-dessus, la L.a.f.a.e.e. oblige les associations d'étudiants à s'incorporer en vertu de la partie III de la *Loi sur les compagnies* — laquelle régit les compagnies sans but lucratif¹²² — comme condition préalable à leur accréditation. Évidemment, cette obligation ne s'applique pas aux associations d'étudiants qui ne souhaitent pas se faire accréditer. Elle ne s'applique pas non plus aux associations nationales, car ces dernières n'ont pas droit au processus d'accréditation. Une association d'étudiants non accréditée peut alors choisir la forme juridique qu'elle veut, que ce soit celle de l'association non incorporée dont le fonctionnement est régi par le *Code civil du Québec*¹²³ ou celle d'une personne morale dont le régime d'incorporation est prévu dans une autre loi¹²⁴.

4.2.1. Loi sur les compagnies

Une personne morale incorporée en vertu de la *Loi sur les compagnies* a, de ce fait, plusieurs obligations envers ses membres et relativement à son fonctionnement interne. Ces obligations sont soit prévues directement dans la *Loi sur les compagnies*, soit au Titre Cinquième du Livre Premier du *Code civil du Québec*, lequel régit les personnes morales¹²⁵. L'objectif de la présente section n'est

---

122. *Loi sur les compagnies*, préc., note 105, Partie III. Pour cette raison, on réfère souvent aux organismes à but non lucratif incorporés comme étant des « compagnies de la Partie III ».

123. C.c.Q., art. 2186-2187 et 2267-2279.

124. L.s.p., préc., note 75.

125. Le *Code civil* s'applique aux personnes morales incorporées en vertu de la partie III de la *Loi sur les compagnies*, préc., note 105, par le biais du C.c.Q., art. 300. (« [...] les personnes morales de droit privé sont d'abord régies par les lois applicables à leur espèce. [Elles] sont aussi régies par le présent code lorsqu'il y a lieu de compléter les dispositions de ces lois, notamment quant à leur statut de personne morale, leurs biens ou leurs rapports avec les autres personnes ») et de l'effet combiné du C.c.Q., art. 334. (Une personne morale est soumise aux règles de fonctionnement

pas d'en fournir une analyse exhaustive, mais d'en exposer les grandes lignes afin de poser les jalons nécessaires pour orienter la réflexion sur la réglementation de la grève étudiante par le droit. Les trois questions particulièrement importantes dans ce contexte sont l'incidence de la forme corporative sur la tenue des votes de grève, la force contraignante de ces votes pour les membres de la personne morale et les contraintes qu'impose la forme corporative sur les actes de contestation que peuvent poser les associations d'étudiants.

4.2.1.1. Incidence de la loi sur la tenue des votes

Aucune disposition législative ne requiert qu'un vote tenu lors d'une assemblée générale des membres d'une personne morale doive se faire par scrutin secret. La *Loi sur les compagnies* prévoit plutôt que « [d]ans toute assemblée générale [si] un vote est demandé, il doit être pris de la manière prescrite par les règlements et, si les règlements ne contiennent aucune disposition à cet égard,

---

prévues au *Code civil* « si la loi qui la constitue ou qui lui est applicable le prévoit », de l'art. 31 al. 3 de la *Loi sur les compagnies* (lequel prévoit que « sous réserve des dispositions particulières de la présente partie, la compagnie est soumise aux obligations et restrictions et elle possède les droits et privilèges qu'énonce le *Code civil* à l'égard des personnes morales ») et l'art. 224 de cette même loi (selon lequel l'art. 31 s'applique aux compagnies incorporées en vertu de la partie III). Bien que les auteurs Martel et Lebel avancent que le C.c.Q., art. 334 ne permet pas l'application des articles 335-344 du *Code civil* aux compagnies de la Partie III parce que la *Loi sur les compagnies* indique un autre régime de fonctionnement, cette hypothèse fut rejetée par la Cour suprême dans l'affaire *Fédération des producteurs acéricoles du Québec c. Regroupement pour la commercialisation des produits de l'érable inc.*, 2006 CSC 50 où la Cour a décidé que l'existence d'un régime incomplet prévu par une loi particulière n'a pas pour effet d'écarter l'application du droit supplétif (par. 20-30). Cela est d'ailleurs plus compatible avec le texte anglais de la disposition, où l'on ne mentionne pas de « régime » mais plutôt des « rules ». Voir : Paul MARTEL et Georges A. LEBEL, *La corporation sans but lucratif au Québec. Aspects théoriques et pratiques*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2007, p. 2-13 et 2-14.

de la manière qu'indiquera le président »¹²⁶. D'ailleurs, quand le législateur a voulu qu'un vote par scrutin secret soit la norme, il l'a indiqué clairement dans la loi : la *Loi sur les compagnies* prévoit que « les élections des administrateurs [lors d'une assemblée des membres] se font au scrutin »¹²⁷. Pour sa part, le *Code civil du Québec* prévoit que « [l]e vote se fait à main levée ou, sur demande, au scrutin secret » sans indiquer quelle forme une telle demande doit prendre¹²⁸. Par ailleurs, cette disposition du *Code civil* est supplétive¹²⁹ et il semblerait qu'une association puisse y déroger dans son règlement en exigeant le vote à main levée en tout temps ou encore en autorisant au président d'assemblée de refuser que le vote soit passé par scrutin secret¹³⁰, surtout puisque la Loi sur les compagnies est explicite sur cette question et que les dispositions de cette dernière loi prédominent sur celles du *Code civil* en cas de conflit¹³¹. De plus, contrairement au *Code du travail*, lequel requiert que certains votes d'un syndicat accrédité soient tenus par scrutin secret¹³², aucune disposition de la L.a.f.a.e.e. ne vient dicter les règles applicables au fonctionnement interne d'une association d'étudiants accréditée¹³³.

---

126. *Loi sur les compagnies*, préc., note 105, art. 101 al. 1(2) (applicable aux compagnies régies par la Partie III en vertu de l'art. 224).

127. *Id.*, art. 89 al. 1 par. 2 (applicable aux compagnies régies par la Partie III en vertu de l'art. 224). L'absence de l'adjectif « secret » ne saurait mettre en doute cette interprétation : la version anglaise de la loi utilise le vocable « ballot », ce qui ne souffre d'aucune ambiguïté. Par ailleurs, en conformité avec le volontarisme de cette loi, l'acte constitutif ou les règlements de la compagnie peuvent déroger de cette disposition.

128. C.c.Q., art. 351.

129. C.c.Q., art. 334.

130. P. MARTEL et G. LEBEL, préc., note 125, p. 14-32.2 et 14-33.

131. C.c.Q., art. 300.

132. Il s'agit des votes d'élection à une fonction à l'intérieur d'un syndicat accrédité (C.t., art. 20.1), des votes de grève (C.t., art. 20.2) et les votes pour autoriser la signature d'une convention collective (C.t., art. 20.3).

133. S'il est vrai que L.a.f.a.e.e., art. 52 prévoit que la cotisation doit être fixée « par règlement approuvé par la majorité des voix des élèves ou étudiants qui votent lors d'une assemblée extraordinaire ou d'un référendum tenu à cette fin », la loi n'impose aucune norme procédurale encadrant ces votes ou référendums.

4.2.1.2. Force contraignante des votes tenus

Les membres d'une personne morale incorporée en vertu de la partie III de la *Loi sur les compagnies* sont liés par les décisions prises légalement par cette dernière. Ainsi, même les membres dissidents doivent respecter les décisions prises par les organes habilités à les prendre soit par la loi soit par l'acte constitutif de la compagnie ou par ses règlements, ce qui comprend l'assemblée générale¹³⁴. Ce principe découle notamment du fait que les règlements d'une personne morale établissent des rapports de nature contractuelle entre elle et ses membres¹³⁵ et que toute personne a le devoir d'honorer les engagements qu'elle a contractés¹³⁶. Il s'ensuit que les membres d'une association d'étudiants accréditée qui n'ont pas exercé leur droit de refuser d'y adhérer¹³⁷ sont liés par les votes légalement pris par l'assemblée générale de celle-ci conformément à son acte constitutif et à ses règlements, y compris les votes de grève.

Dans *Dumas c. Association des étudiantes et étudiants en histoire de l'Université Laval*, une décision récente relativement à la grève étudiante, la Cour du Québec (division des petites créances) a rejeté ce principe de l'opposabilité des décisions d'une association d'étudiants incorporée à l'égard de ses membres¹³⁸. Dans cette affaire, un étudiant membre d'une association d'étudiants réclamait des dommages et intérêts de cette dernière pour compenser le préjudice financier qu'il aurait subi en raison de la grève étudiante. Dans sa décision le tribunal n'a pas analysé la question en fonction

---

134. *Loi sur les compagnies*, préc., note 105, art. 83. (décisions sont prises par le conseil d'administration), C.c.Q., art. 311. (« Les personnes morales agissent par leurs organes, tels le conseil d'administration et l'assemblée des membres ») et C.c.Q., art. 335. (conseil d'administration peut créer de nouveaux organes et déléguer ses pouvoirs).

135. C.c.Q., art. 313. Voir aussi : P. MARTEL et G. LEBEL, préc., note 125, p. 8-34.3 et 8-34.4.

136. C.c.Q., art. 1458.

137. L.a.f.a.e.e., préc., note 62, art. 26 al. 2.

138. *Dumas c. Association des étudiantes et étudiants en histoire de l'Université Laval*, 2013 QCCQ 8934 (ci-après « *Dumas c. AÉÉH* »).

de la *Loi sur les compagnies*, se contentant de suivre le raisonnement de décisions rendues en matière d'injonction et de chercher ainsi un droit de grève qui serait octroyé par la L.a.f.a.e.e. Ne trouvant aucune disposition de cette dernière loi autorisant explicitement la grève étudiante, le tribunal « rejette donc l'argument selon lequel une décision ou résolution de l'Association peut lier chacun des membres »¹³⁹. Or, le principe de droit corporatif selon lequel les décisions d'une personne morale incorporée en vertu de la partie III de la *Loi sur les compagnies* lient ses membres, même dissidents, est bien établi depuis plus de trente ans. Dans une décision unanime, la Cour suprême du Canada a énoncé ce principe comme suit :

Lorsqu'un individu décide d'adhérer à une corporation [...], il accepte sa constitution et les règlements alors en vigueur et il contracte l'obligation de les observer. En acceptant la constitution, il s'engage aussi d'avance à observer les règlements qui seront régulièrement adoptés plus tard par la majorité des membres habiles à voter, et ce, même s'il n'est pas d'accord avec ces changements. D'ailleurs, il pourrait généralement démissionner alors qu'en restant il accepte les nouveaux règlements. La corporation pourrait lui réclamer en justice les arrérages de la cotisation fixée par règlement¹⁴⁰.

Cette décision date d'avant l'adoption du nouveau *Code civil* en 1994 et le législateur avait alors l'occasion d'abroger le principe qu'elle énonce. Or, l'inverse s'est produit, comme en font foi les commentaires du ministre de la Justice relativement à l'article 313 du *Code civil du Québec*, lequel prévoit que « [l]es règlements de la personne morale établissent des rapports de nature contractuelle entre elle et ses membres ». En effet, dans ses commentaires le ministre explique :

---

139. *Id.*, par. 36.

140. *Senez c. Chambre d'Immeuble de Montréal*, [1980] 2 R.C.S. 555, 566-567 (nos soulignements).

Cet article consacre le principe énoncé dans la décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Senez c. Chambre d'Immeuble de Montréal*, [1980] 2 R.C.S. 555, principe en vertu duquel les rapports entre la personne morale et ses membres sont qualifiés de contractuels [...]¹⁴¹.

Ce n'est donc pas surprenant que le même principe ait été appliqué par la Cour d'appel à plusieurs reprises depuis lors¹⁴².

Il n'y a pas eu de décision judiciaire en matière de droit corporatif qui rendrait ce principe inapplicable aux associations étudiantes alors qu'il s'applique à toute autre personne morale incorporée en vertu de la partie III de la *Loi sur les compagnies*. Le principe n'a néanmoins pas été appliqué par les tribunaux saisis au printemps 2012 par les demandes d'injonction relativement à la grève étudiante. La décision rendue dans *Dumas c. AÉÉH* n'est qu'un des effets de cette lacune importante dans le raisonnement figurant à ces décisions rendues en matière d'injonction, lesquelles sont traitées ci-dessous¹⁴³.

4.2.1.3. Activités pouvant provoquer la dissolution forcée

Un autre effet de l'incorporation obligatoire des associations d'étudiants accréditées en vertu de la *Loi sur les compagnies* résulte du fait que l'État se garde un droit de dissoudre toute compagnie dont les agissements iraient à l'encontre de l'ordre public, compris dans son sens de la paix et de la sécurité publique. La dissolution forcée entraîne la liquidation des actifs de la compagnie ainsi que

---

141. MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Commentaires du ministre de la Justice : le Code civil du Québec*, Québec, Publications du Québec, 1993, art. 313.

142. Voir : *Union canadienne des travailleurs en communication c. Papiccio*, 2005 QCCA 264, par. 69 (« L'adhésion à une personne morale, tel un syndicat, donne naissance à une relation de la nature d'un contrat et tant le syndicat que les syndiqués conviennent d'être liés par les modalités des statuts du syndicat »). Voir aussi : *Bourse de Montréal c. Letellier*, [1999] R.J.Q. 2839 (C.A.) et *Organisme canadien de réglementation du commerce des valeurs mobilières (OCRCVM) c. Beaudoin*, 2011 QCCA 2247.

143. Voir : *Infra*, s. 4.2.2.

la perte de son statut de personne morale¹⁴⁴. De plus, la dissolution d'une association d'étudiants accréditée entraînerait également la perte de son accréditation et les droits qui en découlent¹⁴⁵.

La dissolution pour des raisons d'intérêt public d'une personne morale constituée en vertu de la partie III de la *Loi sur les compagnies* est prévue à son article 231, lequel prévoit :

231. Un juge de la Cour supérieure du district où est situé le siège d'une personne morale, peut décréter l'annulation des lettres patentes de cette personne morale, sur requête du registraire des entreprises signifiée à la personne morale et basée sur des motifs d'intérêt public, et particulièrement lorsque la personne morale :

- a) imprime, publie, édite ou met en circulation, ou aide de quelque manière que ce soit à imprimer, publier, éditer ou mettre en circulation un livre, un journal, un périodique, une brochure, un imprimé, une publication ou un document de toute nature, contenant un écrit blasphématoire ou séditieux; ou
- b) permet qu'il soit prononcé des paroles blasphématoires ou séditeuses au cours d'une assemblée de ses administrateurs, de ses membres ou d'une assemblée publique qu'elle a convoquée; ou
- c) favorise ou aide les attroupements illégaux ou les émeutes.

Cet article pourrait poser un certain risque pour les associations d'étudiants incorporées. En ce qui concerne les écrits ou paroles séditieux, une décision récente de la Cour supérieure en matière d'outrage au tribunal permet de croire que les deux premiers paragraphes de cet article pourraient s'appliquer aux associations d'étudiants qui font appel au piquetage¹⁴⁶. De plus, le dernier paragraphe de cet article pourrait être appliqué aux

---

144. C.c.Q., art. 355-364.

145. L.a.f.a.e.e., préc., note 62, art. 10.1.

146. *Morasse c. Nadeau-Dubois*, 2012 QCCS 5438 (ci-après « *Morasse c. Nadeau-Dubois (outrage)* »).

associations d'étudiants dans la mesure où en contexte de grève étudiante certaines des activités organisées par elles ou sous leur égide, tels le piquetage, les levées de cours et les manifestations, pourraient être caractérisées comme étant des attroupements illégaux au sens de la loi¹⁴⁷.

Bien qu'aucun tribunal n'ait statué sur la question, il est fort probable que les paragraphes a) et b) de cet article soient anticonstitutionnels en ce qui concerne leur application aux paroles et écrits blasphématoires¹⁴⁸. En effet, vu la jurisprudence en la matière, il est difficile d'imaginer qu'un tribunal puisse statuer que l'atteinte par ces dispositions à la liberté d'expression protégée par la *Charte canadienne des droits et libertés*¹⁴⁹ est justifiée dans le cadre d'une société libre et démocratique¹⁵⁰. Par contre, l'incompatibilité de ces dispositions avec la protection constitutionnelle de la liberté d'expression est moins évidente quand il est question de paroles et d'écrits séditeux, que l'on peut définir comme étant ceux qui incitent la population à des actes de violence contre l'autorité constituée ou au désordre public visant

---

147. Des définitions de « piquetage » et « levée de cours » aux fins du présent article sont proposées à la s. 3.1, *infra*.

148. Par ailleurs, dans P. MARTEL et G. LEBEL, préc., note 125, p. 17-18, les auteurs écrivent : « Cette disposition accuse son âge “prérévolution tranquille”, avec l'accent qu'elle met sur la répression des écrits et paroles blasphématoires. Inutile de préciser qu'elle n'est jamais utilisée, du moins à cet effet ».

149. *Charte canadienne*, préc., note 45, art. 2(b). Dans le *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123, 1182, le juge Lamer (qui écrit pour lui-même) statue que la criminalisation de certaines paroles, y compris par le biais de l'art. 296 du *Code criminel* applicable au libelle blasphématoire, ne les exclut pas de la protection constitutionnelle. Cela fut récemment confirmé par la Cour d'appel du Québec dans l'affaire *Bertrand c. La Reine* 2011 QCCA 1412. Voir aussi : *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697.

150. *Charte canadienne*, préc., note 45, art. 1; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877.

celle-ci¹⁵¹. En effet, vu l'absence de protection constitutionnelle des appels à la violence¹⁵², il est possible que l'article 231 de la *Loi sur les compagnies* ne soit pas jugé contraire à la *Charte canadienne*¹⁵³.

La Cour supérieure a déjà conclu qu'en contexte de grève étudiante, un représentant étudiant a prononcé des paroles appelant à la désobéissance de l'autorité constituée. Au printemps 2012, alors qu'il était porte-parole de la CLASSE, Gabriel Nadeau-Dubois a affirmé lors d'une entrevue à la télévision « qu'il est tout à fait légitime pour les étudiants et les étudiantes de prendre les moyens pour faire respecter le choix démocratique qui a été fait d'aller en grève », et ce, malgré les injonctions prononcées par la Cour supérieure interdisant le blocage des portes d'universités. Dans le jugement sur la culpabilité de M. Dubois pour outrage au tribunal, le juge de la Cour supérieure a conclu qu'en prononçant ces paroles, le porte-parole prônait l'anarchie et encourageait la désobéissance civile¹⁵⁴. Dans son jugement sur sentence, le juge a statué que le message véhiculé par les propos « emporte des conséquences graves et va directement à l'encontre

---

151. Il s'agit de la définition de sédition retenue par la Cour suprême dans l'affaire *Boucher v. The King*, [1951] R.C.S. 265, 282-283, où la Cour a statué qu'afin de protéger la liberté d'expression la notion de « sédition » devait être comprise de façon restrictive. La définition d'intention seditieuse prévue à l'art. 59(4) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46 est définie comme « l'usage, sans l'autorité des lois, de la force comme moyen d'opérer un changement de gouvernement au Canada ».

152. *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573 (ci-après « *Dolphin Delivery* »).

153. Il est également possible que cette disposition soit *ultra vires* de l'Assemblée nationale parce qu'elle est de nature criminelle. Voir : *Switzman v. Elbing and A.G. of Quebec*, [1957] S.C.R. 285 (déclarant inconstitutionnelle la *Loi protégeant la province contre la propagande communiste*, S.R.Q. 1941, c. 52, car cette loi visait essentiellement à punir la sédition, une matière *ultra vires* de la législature de la province).

154. *Morassee c. Nadeau-Dubois (outrage)*, préc., note 146, par. 96-98. Le défendeur a porté appel de cette décision et la Cour d'appel n'a pas encore rendue sa décision. Voir : *Nadeau-Dubois c. Morassee*, 2013 QCCA 74 (question de savoir si l'autorisation de la Cour d'appel était nécessaire déferée à la formation qui entendra le fond).

d'un des fondements les plus importants de notre démocratie »¹⁵⁵. Ainsi, bien que la question en litige n'était pas de savoir s'il s'agissait de paroles séditeuses, cette décision démontre que les tribunaux n'hésiteront pas à scruter le discours étudiant afin d'y trouver une atteinte à la paix et à la sécurité publique¹⁵⁶.

Tel qu'il appert du dernier paragraphe de l'article 231 de la *Loi sur les compagnies*, les associations d'étudiants incorporées peuvent aussi courir le risque de la dissolution forcée dans la mesure où elles favorisent ou aident des attroupements illégaux ou des émeutes. Vu l'imprécision de la description du comportement visé¹⁵⁷ ainsi que la définition large que l'on pourrait donner à la notion d'attroupement illégal, il n'est pas impossible que l'on cherche à faire appliquer cette disposition à une association d'étudiants en contexte de grève étudiante.

Le *Code criminel* définit l'attroupement illégal comme la réunion d'au moins trois individus qui, dans l'intention d'atteindre un but commun, s'assemblent ou se conduisent de manière à faire raisonnablement craindre à des personnes se trouvant dans le voisinage qu'ils ne troublent la paix tumultueusement ou ne provoquent d'autres personnes à la troubler ainsi¹⁵⁸. Ainsi, des perturbations bruyantes des cours à l'occasion d'une grève peuvent facilement être visées par la définition d'attroupement illégal, car

---

155. *Morasse c. Nadeau-Dubois*, 2012 QCCS 6101, par. 39. L'appel de cette décision fût réuni avec l'appel sur le verdict de culpabilité. Voir : *Nadeau-Dubois c. Morasse*, préc., note 154.

156. Pour la perspective du principal intéressé de cette affaire, voir : G. NADEAU-DUBOIS, préc., note 2, p. 184-193.

157. En effet, il n'est pas évident de savoir quel comportement d'une association serait tenu pour « favoriser » ce type d'attroupement. La version anglaise de l'art. 231(c) de la *Loi sur les compagnies*, préc., note 105, utilise le vocable « *abet* » ce qui a le mérite de traduire un concept bien connu en droit pénal et qui est normalement traduit en français comme « encourager » ou « conseiller ». Voir : *Code criminel*, préc., note 151, art. 21(1)(c) (participation à une infraction). Voir aussi : C.t., art 145 (rendant coupable les participants aux infractions, y compris celui qui « aide à la commettre ou conseille de la commettre », ce qui est traduit dans la version anglaise comme « *aids or abets the commission thereof* »).

158. *Code criminel*, préc., note 151, art. 64.

elles sont tumultueuses de par leur nature même. Le piquetage devant un établissement visé par une grève étudiante pourrait également être visé par cette définition, notamment parce que le voisinage pourrait raisonnablement craindre qu'il n'incite les étudiants dissidents à troubler tumultueusement la paix.

De plus, la définition d'« attroupement illégal » dans la *Loi sur les compagnies* n'est pas nécessairement restreinte à celle qui se trouve au Code criminel. Elle pourrait également couvrir toute réunion ou assemblée qui enfreint la loi. Par exemple, plusieurs règlements municipaux, dont le désormais célèbre *Règlement sur la prévention des troubles de la paix, de la sécurité et de l'ordre public*, et sur l'utilisation du domaine public (P-6) de la Ville de Montréal, prétendent rendre illégales des assemblées, défilées ou autres attroupements tenus sans qu'un itinéraire ne soit communiqué préalablement aux forces de l'ordre¹⁵⁹. De plus, une manifestation qui entrave la circulation sur un chemin public sans que celui-ci soit fermé à la circulation ou sous le contrôle d'un corps de police pourrait être considérée comme un « attroupement illégal » au sens

---

159. R.R.V.M., c. P-6, art. 2.1. (L'article 2.1. a été inséré à ce règlement par le *Règlement modifiant le règlement sur la prévention des troubles de la paix, de la sécurité et de l'ordre public, et sur l'utilisation du domaine public*, Conseil municipal de la Ville de Montréal, règlement n° 12-024, 18 mai 2012). Voir aussi, par exemple : *Règlement général de la Ville de Sherbrooke*, Conseil municipal de la Ville de Sherbrooke, règlement n° 1, 17 décembre 2001, Titre 5 (Protection de la personne et de la propriété), c. 6 (Ordre et Paix Publique), art. 5.6.1.6. (défense de troubler la paix publique lors d'une assemblée, un défilé ou un autre attroupement de trois personnes ou plus) et c. 5 (Circulation), art. 5.1.69 et 5.1.70(2)(b) (obligation d'obtenir l'autorisation du service de police avant de pouvoir tenir une manifestation nécessitant la fermeture ou l'occupation partielle d'un chemin public). Pendant le printemps étudiant, il y a eu au moins 1616 arrestations qui ont menés à des constats d'infractions des règlements municipaux, voir : LIGUE DES DROITS ET LIBERTÉS, ASSOCIATION DES JURISTES PROGRESSISTES et ASSOCIATION POUR UNE SOLIDARITÉ SYNDICALE ÉTUDIANTE, préc., note 4, p. 16-18.

de la *Loi sur les compagnies* en raison de sa non-conformité avec le *Code de la sécurité routière*¹⁶⁰.

Bien que les associations d'étudiants peuvent essayer de s'assurer que les activités qu'elles organisent ne deviennent pas des attroupements illégaux au sens très large que cette expression pourrait avoir, il est difficile d'imaginer qu'elles puissent organiser ou participer à des activités de contestation en contexte de grève étudiante sans courir le risque de « favoriser » ou « aider » de tels attroupements¹⁶¹.

Cela étant dit, il ne faut pas exagérer le danger que pose l'article 231 de la *Loi sur les compagnies* pour la survie des associations d'étudiants. La seule personne qui peut enclencher les procédures de dissolution forcée en vertu de cet article est le registraire des entreprises. Ainsi, les étudiants dissidents et les établissements d'enseignement ne pourraient pas y recourir. De plus, le tribunal éventuellement appelé à statuer sur une telle demande devrait interpréter la loi de façon à ce qu'elle soit conforme à la Constitution¹⁶² et notamment aux protections des libertés

---

160. *Code de la sécurité routière*, RLRQ, c. C-24.2, art. 500.1 (interdisant l'entrave de la circulation lors d'une « action concertée destinée à entraver de quelque manière la circulation » sans l'autorisation préalable de la personne responsable de l'entretien du chemin public). Cette disposition fut déclarée constitutionnelle dans *Montréal (Ville de) c. Garbeau*, 2014 QCCM 76. Lors du printemps étudiant, au moins 817 accusations ont été portées en application de cette disposition, voir : LIGUE DES DROITS ET LIBERTÉS, ASSOCIATION DES JURISTES PROGRESSISTES ET ASSOCIATION POUR UNE SOLIDARITÉ SYNDICALE ÉTUDIANTE, préc., note 4, p. 18-19. Voir aussi : COMMISSION SPÉCIALE D'EXAMEN DES ÉVÉNEMENTS DU PRINTEMPS 2012, préc., note 2, p. 152-157.

161. Voir, par exemple : *Sherbrooke (Ville) c. Lachance-Barbeau*, 14 novembre 2013, Saint-François 12-10385-6 (Q. C.M.) (défendeur coupable d'avoir invité une foule à prendre la rue pendant une manifestation étudiante et condamné à une amende de 3 000 \$).

162. *Slaight communications inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038 (le tribunal ne doit pas interpréter une disposition législative susceptible de plus d'une interprétation de façon à la rendre incompatible avec la *Charte canadienne*).

d'expression, de réunion pacifique et d'association accordées par la *Charte canadienne des droits et libertés*¹⁶³. Cela milite en faveur d'une interprétation restrictive de cet article de la *Loi sur les compagnies* afin qu'elle ne s'applique que dans des cas où la paix sociale est menacée à un tel point que la restriction de ces libertés fondamentales soit justifiée.

Enfin, si les associations d'étudiants étaient entièrement libres de choisir une autre forme corporative, cela n'aurait pas pour effet de les immuniser contre la dissolution forcée dans certains cas. Même si la *Loi sur les compagnies* est la seule loi prévoyant explicitement ce type de dissolution forcée, le régime de droit commun applicable à toutes les personnes morales permet également leur dissolution forcée par un tribunal lorsqu'il constate « l'existence d'une [...] cause légitime »¹⁶⁴ pour la dissolution, et la jurisprudence enseigne que ce processus peut être enclenché contre le gré de la personne morale¹⁶⁵.

4.2.2. Loi sur les syndicats professionnels

La *Loi sur les syndicats professionnels*¹⁶⁶ fut adoptée en 1924, donnant ainsi satisfaction aux syndicats qui réclamaient la possibilité de se constituer en personne morale et de jouir ainsi d'une existence juridique distincte de celles de leurs membres, ce qui était nécessaire à l'époque pour ester en justice¹⁶⁷.

---

163. *Charte canadienne*, préc., note 45, art. 2 (b), (c) et (d).

164. C.c.Q., art. 335.

165. *Fédération des producteurs acéricoles du Québec c. Regroupement pour la commercialisation des produits de l'érable inc.*, préc., note 125 (C.c.Q., art. 355 permet la dissolution forcée d'une entreprise incorporée en vertu de la partie III de la *Loi sur les compagnies*).

166. L.s.p., préc., note 75.

167. Voir : Pierre VERGE et Gregor MURRAY, *Le droit et les syndicats. Aspects du droit syndical Québécois*, Sainte-Foy, Presses de l'Université Laval, 1991, p. 113-121. Voir aussi : M. COUTU et al., préc., note 41, n° 232-233. Par ailleurs, les associations de salariés n'ont plus besoin d'être constituées en personne morale afin de pouvoir ester en justice, et ce, en raison du C.p.c., art. 60 al. 2. (une association de salariés peut ester en justice si

Cette loi continue de fournir un cadre législatif permettant la constitution d'une association de salariés en personne morale, mais qui est moins lourd que celui prévu à la partie III de la *Loi sur les compagnies*. En effet, un syndicat professionnel peut être constitué par quinze personnes « exerçant la même profession, le même emploi, des métiers similaires [ou] se livrant à des travaux connexes concourant à l'établissement de produits déterminé [...] »¹⁶⁸ et doit avoir comme objet exclusif « l'étude, la défense et le développement des intérêts économiques, sociaux et moraux de [ses] membres »¹⁶⁹.

Bien que l'historique de la L.s.p. démontre clairement qu'elle vise les associations de salariés, on pourrait faire l'argument que les notions d'emploi, de métier et de profession sont suffisamment larges pour inclure les étudiants, suivant la définition souvent avancée par certaines associations d'étudiants selon laquelle « l'étudiant est un jeune travailleur intellectuel »¹⁷⁰. Cet argument ne serait certainement pas gagné d'avance, mais les tribunaux ont interprété assez librement la définition de « syndicat professionnel »

---

elle dépose un certificat de la Commission des relations du travail attestant qu'elle est une association de salariés au sens du *Code du travail*).

168. L.s.p., préc., note 75, art. 1(1).

169. *Id.*, art. 6. Comparer le C.t., art.1a). (une association de salariés a comme buts « l'étude, la sauvegarde et le développement des intérêts économiques, sociaux et éducatifs de ses membres et particulièrement la négociation et l'application de conventions collectives ») et L.a.f.a.e.e., préc., note 62, art. 3 (une association d'étudiants « a pour fonctions principales de représenter respectivement les [...] étudiants et de promouvoir leurs intérêts, notamment en matière d'enseignement, de pédagogie, de services aux [...] étudiants et d'administration de l'établissement d'enseignement »).

170. Voir : A. LEDUC, préc., note 7, p. 33. (« Finalement, la percée de l'idéologie syndicale dans le milieu étudiant québécois se fait par la diffusion et l'adaptation de la charte de Grenoble rédigée en 1946 [par l'Union nationale des étudiants de France] et qui déclare que l'étudiant est un jeune travailleur intellectuel, ce qui lui confère une série de droits et de devoirs »).

par le passé, notamment en y assimilant une association de retraités¹⁷¹.

La L.s.p. prévoit aussi un régime de fédération applicable aux regroupements de trois syndicats ou plus et un régime de confédération applicable aux regroupements de fédérations¹⁷². Ces régimes peuvent servir de cadre juridique permettant la constitution d'une fédération d'associations d'étudiants en personne morale ayant une personnalité juridique distincte de celles de ses composants. En effet, la L.s.p. est très claire à l'effet que ces régimes s'appliquent aux « syndicats, constitués ou non en vertu de la présente loi »¹⁷³. Ainsi, une fédération d'associations d'étudiants dont toutes les associations membres sont incorporées en vertu de la partie III de la *Loi sur les compagnies* peut très bien s'incorporer sous la L.s.p. dans la mesure où les associations membres peuvent se qualifier comme « syndicat », vocable qui n'est défini ni dans la L.s.p. (ou l'on parle de « syndicat professionnel ») ni dans le *Code du travail* (où l'on parle d'« association de salariés »). Cela explique pourquoi le registraire des entreprises a accepté en 2001 d'autoriser la constitution de l'ASSÉ en personne morale sous le régime de la L.s.p.¹⁷⁴.

Par ailleurs, dans son rapport annuel de 2004, le Comité d'accréditation nommé par le ministre responsable de la L.a.f.a.e.e. a recommandé l'adoption d'une loi calquée sur la L.s.p. qui serait

---

171. AREQ (CSQ) (*Association des retraitées et retraités de l'éducation et des autres services publics du Québec*) c. Régie de l'assurance maladie du Québec, 2011 QCCS 1088.

172. L.s.p., préc., note 75, art. 19-21.

173. *Id.*, art. 19 et 20.

174. Selon le registre des entreprises, l'Association pour une solidarité syndicale étudiante (« ASSÉ ») est constituée en vertu de la L.s.p. L'art. 5 des règlements de cette association prévoit que ses membres sont des associations d'étudiants « de type syndical ».

applicable uniquement aux associations d'étudiants¹⁷⁵. Selon le rapport, une telle loi « pourrait imposer aux associations un fardeau mieux adapté que ce qui requiert [l'incorporation] selon la partie III de la *Loi sur les compagnies* »¹⁷⁶. Le rapport mentionne également qu'une telle loi pourrait fournir un cadre clair permettant une certaine reconnaissance juridique d'associations regroupées en fédérations nationales sans pour autant instituer un régime d'accréditation applicable à ces dernières¹⁷⁷.

On constate que, pour l'instant, aucune association d'étudiants locale n'est incorporée sous la L.s.p. Cela n'est pas surprenant, étant donnée la nécessité de l'incorporation en vertu de la partie III de la *Loi sur les compagnies* pour être accréditée au sens de la L.a.f.a.e.e. et l'inapplicabilité probable de la L.s.p. aux associations d'étudiants locales, malgré son application aux fédérations d'associations d'étudiants. Ainsi, étant donné qu'en pratique ce sont les associations d'étudiants locales, et non les regroupements et fédérations auxquels elles peuvent appartenir, qui déclarent les grèves étudiantes, la question de l'incidence de ce régime d'incorporation sur la grève étudiante ne s'est pas posée. Cela étant dit, l'analyse ci-haut s'appliquerait *mutatis mutandis* aux associations d'étudiants incorporées sous la L.s.p. et ce, notamment parce que les dispositions du *Code civil* relativement aux votes et à la nature contractuelle de la relation entre les membres et leur association s'appliquent à toutes les personnes morales et pas seulement à celles incorporées en vertu de la partie III de la *Loi sur les compagnies*. Par contre, la L.s.p. ne contient aucune disposition analogue à l'article 231 de la *Loi sur les compagnies* prévoyant la dissolution pour des raisons d'intérêt public de syndicats professionnels incorporés.

---

175. COMITÉ D'ACCREDITATION, préc., note 75, p. 67-77. La L.a.f.a.e.e., préc., note 62 prévoit, à son art. 63, l'obligation du Comité de remettre un rapport annuel au ministre. Le rapport de 2004 est important, car il donne suite à un mandat du ministre de l'Éducation de l'époque d'étudier l'évolution de la loi au cours des dix années précédentes. Les recommandations du rapport étaient faites suite à une consultation auprès d'associations d'étudiants et d'établissements d'enseignement.

176. COMITÉ D'ACCREDITATION, préc., note 75, p. 68.

177. *Id.*, note 75, p. 69.

4.2.3. Dispositions du Code civil du Québec applicables au contrat d'association

Une autre forme juridique que peuvent prendre les associations d'étudiants est celle de l'association non incorporée au sens du *Code civil*. Une telle association est constituée par un contrat entre personnes qui conviennent de poursuivre un but non lucratif commun¹⁷⁸. Par ailleurs, un tel contrat n'a aucunement besoin d'être écrit, ni même explicite : il peut résulter tout simplement des faits manifestes indiquant l'intention de s'associer¹⁷⁹. Ainsi, un ensemble d'étudiants qui s'est doté d'un minimum de structure (par exemple des règlements de fonctionnement, des réunions régulières, etc.), mais qui ne s'est pas constitué en personne morale est une association au sens du *Code civil*.

Les membres d'une association non incorporée au sens du *Code civil* sont liés par les décisions de celle-ci — y compris les votes de grève dans le cas d'associations d'étudiants — dans la mesure où ils sont partis au contrat d'association et que toute personne est tenue d'honorer les engagements qu'elle a contractés¹⁸⁰. De plus, il semble qu'il y ait moins de contraintes sur la forme que peut prendre le vote d'une association non incorporée que dans le cas de personnes morales¹⁸¹.

Par contre, même si, dans certaines circonstances, les associations d'étudiants non incorporés peuvent jouer un rôle important de représentation auprès des établissements

---

178. C.c.Q., art. 2168 al. 2.

179. C.c.Q., art. 2267.

180. C.c.Q., art. 1458.

181. MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Commentaires du ministre de la Justice : le Code civil du Québec*, Québec, Publications du Québec, 1993, art. 2268 (« Le premier alinéa reconnaît la primauté du contrat d'association quant à la régie de l'organisation générale de l'association. Ainsi, il n'a pas semblé souhaitable de retenir, même à titre supplétif, un cadre général axé sur l'adoption de statuts et de règlements ou sur la tenue d'assemblées »)

d'enseignement, elles auraient de la difficulté à prétendre que leurs décisions puissent lier l'ensemble des étudiants inscrits à l'établissement. Au contraire, bien qu'une association d'étudiants constituée en association non incorporée au sens du *Code civil* puisse être reconnue par un établissement d'enseignement aux fins de la L.a.f.a.e.e. sans être accréditée, notamment en ce qui concerne la perception des cotisations¹⁸², le nombre d'étudiants liés par ses décisions risque d'être relativement petit. Cela découle du fait qu'à la différence des étudiants d'un établissement où il y a une association accréditée, les étudiants d'un établissement d'enseignement qui reconnaît volontairement une association d'étudiants ne sont pas réputés membres de celle-ci¹⁸³. En absence d'une telle présomption, ils ne peuvent pas être membres de l'association au sens du *Code civil* sans avoir posé un geste positif indiquant leur volonté d'y adhérer, et ce geste ne peut pas être le simple paiement des cotisations dans la mesure où cela peut leur être imposé nonobstant leur refus d'adhérer à l'association.

5. RÉGLEMENTATION JURIDIQUE DE LA GRÈVE ÉTUDIANTE

La grève est définie au *Code du travail* comme « la cessation concertée de travail par un groupe de salariés »¹⁸⁴. Des définitions similaires se trouvent dans toutes les lois canadiennes régissant les rapports collectifs du travail et elles s'appliquent toutes uniquement aux personnes liées par un contrat de travail, peu importe qu'on les appelle « salariés », « employés » ou « travailleurs »¹⁸⁵.

---

182 L.a.f.a.e.e., préc., note 62, art. 56.

183 *Id.*, art. 26 al. 1, *a contrario*.

184 C.t., art. 1g).

185 Voir, par exemple : C.c.t., art. 3(1) (« un arrêt du travail ou du refus de travailler, par des employés agissant conjointement, de concert ou de connivence; lui sont assimilés le ralentissement du travail ou toute autre activité concertée, de la part des employés, ayant pour objet la diminution ou la limitation du rendement et relative au travail de ceux-ci. ») et la *Loi sur les Relations de travail*, L.R.O., c. L-2, art. 1(1) (« "grève" S'entend en outre de l'arrêt de travail, du refus de travailler ou de continuer de travailler de la part des employés, comme groupe, de concert ou d'un

Bien que la *Charte canadienne des droits et libertés* accorde une protection constitutionnelle à la liberté d'association¹⁸⁶, à ce jour, la jurisprudence a refusé de reconnaître que cette protection s'étend à la grève de salariés¹⁸⁷, et ce, contrairement à d'autres droits syndicaux, tel le droit à la négociation collective¹⁸⁸. Ainsi, en droit canadien, les salariés qui font la grève n'exercent pas une liberté fondamentale; ils font plutôt l'usage d'un droit dont les paramètres sont déterminés par la législation¹⁸⁹.

Ces paramètres sont très restrictifs et toute grève de salariés est illégale jusqu'à preuve du contraire¹⁹⁰. En effet, le *Code du travail* prévoit que la grève est interdite pour tout salarié à moins qu'il ne soit membre d'un syndicat accrédité par la Commission des relations du travail et que ce syndicat se trouve dans une des

---

commun accord, ou d'un ralentissement du travail ou d'une autre action concertée de la part des employés en vue de limiter le rendement. »).

186. *Charte canadienne*, préc., note 45, art. 2(d).

187. *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313 (ci-après « *Renvoi sur la grève* »). Par contre, la possibilité de la reconnaissance d'une protection constitutionnelle de la liberté de faire la grève redevient d'actualité: voir *R. v. Saskatchewan Federation of Labour*, 2013 SKCA 43 (la grève ne peut pas recevoir une protection constitutionnelle sans que la Cour suprême revoie sa décision dans le *Renvoi sur la grève*) et *Saskatchewan Federation of Labour* (pour son propre compte et au nom des syndicats et travailleurs de la province de Saskatchewan) et *al. c. Sa Majesté la Reine du chef de la province de la Saskatchewan*, 2013 CanLII 65412 (CSC) (permission d'appel accordée par la Cour suprême). Voir aussi : Pierre VERGE, « Inclusion du droit de grève dans la liberté générale et constitutionnelle d'association : justification et effets », (2009) 50 *C. de D.* 267.

188. *Health Services and Support - Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, 2007 CSC 27 (ci-après « *Health Services* »); *Ontario (Procureur général) c. Fraser*, 2011 CSC 20 (ci-après « *Fraser* »).

189. Voir : R. GAGNON, préc., note 41, n° 600-601.

190. Voir : F. MORIN et al., préc., note 35, n° IV-115.

situations bien précises lui donnant le droit de déclarer la grève¹⁹¹. Quiconque déclare ou provoque une grève ou y participe sans qu'elle soit autorisée par les dispositions du *Code du travail* commet une infraction et est passable d'une amende pour chaque jour ou partie d'une journée pendant lequel la grève subsiste¹⁹².

Ce régime d'interdiction générale assorti d'exceptions particulières est l'aboutissement d'une longue histoire de la législation en matière de travail, laquelle partait de la prémisse que la grève et le piquetage sont des activités de nature criminelle. La reconnaissance de l'existence d'un certain droit des salariés de faire la grève, aussi restreint et fragile qu'il puisse être, a commencé par sa décriminalisation en 1872. Depuis, chaque élargissement de ce droit fut gagné suite à de longues luttes par les mouvements ouvriers.¹⁹³

Il s'ensuit de la définition de grève dans les diverses lois relatives au travail ainsi que de leur historique qu'une grève étudiante n'est pas une grève au sens du droit du travail; rien n'est plus clair. De plus, aucune loi, y compris la L.a.f.a.e.e., n'accorde explicitement aux étudiants le droit de faire la grève ni aux associations d'étudiants le droit de déclarer la grève. Certains ont vu dans ce silence du législateur la preuve que les étudiants et leurs

---

191. C.t., art. 106 (« La grève est interdite tant qu'une association des salariés en cause n'a pas été accréditée et n'y a pas acquis droit [...] »). Règle générale, une grève peut être déclarée seulement si aucune convention collective n'est en vigueur, une période de négociation infructueuse a eu lieu et le différend n'a pas été soumis à l'arbitrage (art. 58 C.t.). La majorité des salariés membres du syndicat et compris dans l'unité de négociation doit avoir voté en faveur de la grève lors d'un scrutin secret préalable: C.t., art. 20.2. Voir aussi : C.t., art. 108 (interdiction d'appels au ralentissement d'activités destiné à limiter la production). Un régime similaire s'applique aux entreprises relevant de la compétence législative fédérale : voir C.c.t., art. 88-93

192. C.t., art. 142 (l'amende est de 25 \$ à 100 \$ pour un salarié, de 1 000 \$ à 10 000 \$ pour un dirigeant syndical et de 5 000 \$ à 50 000 \$ pour un syndicat).

193. Sur l'historique du droit à la grève, voir : M. COUTU et al., préc., note 41, par. 35-37; F. MORIN et al., préc., note 35, n° IV-114.

associations n'auraient pas le droit de faire la grève. Or, il n'en est rien.

La législation relative aux rapports collectifs du travail octroie et encadre un « droit » de grève justement parce que cette activité fut jadis interdite. En l'absence d'une telle interdiction, ce droit légiféré n'a aucune raison d'être, car le principe de la liberté d'association implique le droit d'exercer collectivement des activités qui sont licites lorsqu'elles sont exercées par un seul individu¹⁹⁴. Il s'agit là d'une déclinaison du principe encore plus général qui sous-tend l'État de droit de type libéral, soit celui voulant que ce qui n'est pas explicitement défendu par la loi soit permis¹⁹⁵. Il est évidemment licite pour un étudiant de refuser de se présenter à ses cours. En l'absence d'une disposition législative explicite, on ne saurait avancer qu'il est interdit aux étudiants de refuser collectivement de se présenter à leurs cours — c'est-à-dire de faire la grève étudiante —, et ce, nonobstant que ce droit ne leur est pas accordé explicitement par la législation.

5.1. « Judicialisation » de la grève étudiante au printemps 2012

Comme expliqué ci-dessus, la grève étudiante a fait partie du paysage politique et social du Québec depuis des décennies, et ce, sans que la question de sa régulation par le droit se pose de façon générale¹⁹⁶. Bien qu'il y ait eu quelques injonctions prononcées afin d'empêcher des étudiants grévistes d'entraver l'accès aux

---

194. *Renvoi sur la grève*, préc., note 187, par. 176 (J. McIntyre, motifs conc.).

195. Sur la pertinence de ce principe à la grève étudiante, voir : C. BRUNELLE, P. LAMPRON et M. ROUSSEL, préc., note 53, 843.

196. Robert SÉVIGNY, « Les contestations étudiantes à l'université : quelques éléments d'analyse », (1980) 12-2 *Sociologie & sociétés* 143 (décrivant la grève étudiante comme arme politique et non l'exercice d'un droit).

installations universitaires¹⁹⁷, le recours aux procédures judiciaires pour réguler l'activité des associations d'étudiants demeurerait exceptionnel.

Cela a changé lors de la grève étudiante du printemps 2012. Une multitude d'injonctions visant à la fois les associations d'étudiants et les établissements d'enseignement fut prononcée par la Cour supérieure entre le 30 mars 2012¹⁹⁸ et le 17 mai 2012¹⁹⁹.

-
197. Voir, par exemple : Philippe BOUDREAU, « Mémoire des luttes. UQAM la Rouge », (2008) 23 *À Babord*, en ligne : <<http://www.ababord.org/spip.php?article729>> (faisant état de la grève étudiante de 1986 contre le dégel des droits de scolarité et mentionnant qu'une injonction fut obtenue par l'UQÀM pour assurer le libre accès à l'université, que les étudiants n'ont pas respecté cette injonction quoique l'UQÀM ait appelé la police en renfort et que plusieurs grévistes ainsi que l'association des étudiants furent déclarés coupables d'outrage au tribunal); UQÀM, *communiqué 08-124 « À la suite de perturbations étudiantes à l'UQAM la Cour supérieure émet une ordonnance d'injonction provisoire jusqu'au 27 mars 2008 »*, 18 mars 2008, en ligne : <<http://www.uqam.ca/nouvelles/2008/08-124.htm>>.
198. La première injonction prononcée par la Cour supérieure par décision du 30 mars 2012 visait l'Association étudiante du Collège d'Alma ainsi que le collège lui-même: *Déry c. Duchesne*, 2012 QCCS 1563. La même journée, la Cour refusait d'accorder une injonction visant notamment l'Association des étudiants en droit de l'Université de Montréal, car l'association défenderesse s'était prononcée contre la poursuite de la grève et le litige devenait ainsi caduque: *Charrette c. Chaudier (Association des étudiants en droit de l'Université de Montréal (AED))*, 2012 QCCS 1541 (ci-après « *Charrette c. AED* »). La première injonction visant une association d'étudiants de niveau universitaire fut prononcée le 3 avril suivant: *Proulx c. Université Laval*, 2012 QCCS 1384 (ci-après « *Proulx c. Laval* »).
199. *Lamarre c. Collège Bois-de-Boulogne*, 2012 QCCS 2143. *La Loi permettant aux étudiants de recevoir l'enseignement dispensé par les établissements de niveau postsecondaire qu'ils fréquentent*, L.Q. 2012, c.-12, est entrée en vigueur le lendemain (art. 37) et cette loi mettait fin aux « demandes en justice introduites avant le 18 mai 2012 en vue d'ordonner que soient dispensés aux étudiants d'un établissement les services d'enseignement auxquels ils ont droit, notamment les demandes en injonction » (art. 32).

Cette intervention massive²⁰⁰ de l'appareil judiciaire était décrite comme la « judiciarisation » de la grève étudiante²⁰¹.

Outre la différence quantitative que représente le recours systématique à l'injonction comme outil de régulation de la grève étudiante, il se dégage des litiges du printemps 2012 des différences qualitatives qui marquent une rupture avec la situation antérieure caractérisée par l'appel sporadique aux tribunaux. Premièrement, alors que par le passé la partie demanderesse en injonction était l'institution d'enseignement qui mobilisait ainsi l'appareil judiciaire dans son conflit avec une association d'étudiants, au printemps 2012, on a vu pour la première fois des étudiants individuels saisir les tribunaux. Deuxièmement, alors qu'auparavant seuls les associations d'étudiants et leurs administrateurs étaient nommés comme parties défenderesses, plusieurs des demandes d'injonction déposées lors du printemps 2012 visaient également les institutions d'enseignement. Les demandeurs ne cherchaient donc pas uniquement des ordonnances pour encadrer le piquetage, mais aussi des ordonnances forçant les institutions d'enseignement à dispenser leurs cours, et ce, même quand la direction d'établissement avait reconnu implicitement ou explicitement la légitimité d'une déclaration de grève prononcée par une association d'étudiants, notamment en annulant des cours. Enfin, pour la première fois la légalité de la grève étudiante comme telle fut remise en question, ce qui découlait presque inévitablement du recours aux tribunaux par des étudiants individuels contre à la fois leur association d'étudiants et leur institution d'enseignement.

---

200. Pendant cette période de 48 jours, la Cour supérieure a émis aux moins 60 injonctions visant les associations d'étudiants.

201. Véronique ROBERT, « Judiciarisation », dans Mariève ISABEL et Laurence-Aurélien THÉROUX-MARCOTTE (dir.), *Dictionnaire de la révolte étudiante. Du carré rouge au printemps érable*, Montréal, Tête première, 2012, p. 108. Voir aussi : A. FRAPPIER, R. POULIN et B. RIOUX, préc., note 2, p. 113-117; COMMISSION SPÉCIALE D'EXAMEN DES ÉVÉNEMENTS DU PRINTEMPS 2012, préc., note 2, p. 40-53.

5.1.1. Les demandes d'injonction

L'injonction est définie par le *Code de procédure civile* comme « [...] une ordonnance de la Cour supérieure ou de l'un de ses juges, enjoignant à une personne, à ses dirigeants, représentants ou employés, de ne pas faire ou de cesser de faire, ou, dans les cas qui le permettent, d'accomplir un acte ou une opération déterminés, sous les peines que de droit »²⁰².

Il n'est pas sans intérêt de souligner que l'injonction est l'outil juridique le plus souvent utilisé pour réguler le piquetage lors d'une grève de travailleurs, et ce, depuis plus d'un siècle²⁰³. En effet, alors que le *Code du travail* encadre la grève elle-même (c'est-à-dire la cessation concertée du travail), il ne contient aucune disposition relativement aux activités auxquelles peuvent se livrer les grévistes²⁰⁴. La régulation du piquetage revient donc au droit commun et c'est généralement en invoquant leur droit de propriété sur les lieux que les employeurs demandent aux tribunaux de prononcer les injonctions en contexte de grève²⁰⁵. En partie en raison de cette prépondérance du droit de propriété sur l'activité associative et expressive des grévistes, la jurisprudence en la matière a historiquement favorisé les employeurs, ce qui a mené certains commentateurs à décrire le rôle des tribunaux lors de

---

202. C.p.c., art. 751.

203. Voir, par exemple : Felix FRANKFURTER et Nathan GREENE, *The Labour Injunction*, New York, Macmillan, 1930 (traçant l'historique de l'injonction en matière de travail et comportant une analyse empirique de son utilisation dans trois états des États-Unis). Pour l'historique canadien, voir : Eric TUCKER et Judy FUDGE, « Forging Responsible Unions: Metal Workers and the Rise of the Labour Injunction in Canada », (1996) 37 *Labour/Le Travail*, 81.

204. Québec rejoint le droit fédéral à cet égard; le *Code canadien du travail* ne réglemente pas la grève. Par contre, d'autres juridictions canadiennes ont décidé de retirer de la Cour supérieure sa compétence sur le piquetage accompagnant un conflit de travail. Voir, par exemple : *Labour Relations Code*, R.S.B.C. 1996, c. 244, art. 65-77 et 139(w).

205. Voir, par exemple : *Harrison c. Carswell*, préc., note 44 (le piquetage n'est permis sur la propriété privée que lorsque la législation l'autorise, et ce, afin de protéger le droit du propriétaire à la jouissance de ses biens).

conflits de travail comme celui d'un partenaire du patronat dans la suppression de l'activité syndicale²⁰⁶. En ce qui concerne le droit de propriété sur les campus, la jurisprudence canadienne a statué que les campus sont assimilables à la propriété privée aux fins de la régulation du piquetage²⁰⁷, et ce, en dépit du fait qu'il s'agit de lieux où tout le monde a normalement le droit de s'exprimer librement²⁰⁸. Vu ce contexte juridique et historique, il était prévisible que les demandes d'injonctions visant à restreindre les activités des étudiants grévistes reçoivent un traitement positif des tribunaux. Effectivement, la quasi-totalité des demandes d'injonctions fut accordée²⁰⁹, parfois avec des ordonnances qui allaient bien au-delà des conclusions recherchées par les demandeurs²¹⁰.

---

206. F. FRANKFURTER et N. GREENE, préc., note 203.

207. *UdeS c. Seesus*, préc., note 44 (ordonnance enjoignant aux salariés en grève d'établir leurs piquets de grève à l'extérieur du campus, car l'état du droit au Québec interdit d'établir des piquets de grève sur la propriété privée). Voir aussi : *Queen's University v. Canadian Union of Public Employees, Local 229*, 1994 CanLII 546 (ON CA) (certains bâtiments sur un campus ne sont pas des lieux normalement accessibles au public et le piquetage peut donc y être interdit sur demande de l'université). Comparer *Wilson v. University of Calgary*, 2014 ABQB 190 (l'Université est un milieu où devraient régner le discours ouvert et le libre échange des idées et toute restriction imposée sur un kiosque d'information contre l'avortement doit être justifiée) et *R. v. Whatcott*, 2002 SKQB 399 (un règlement universitaire ne peut pas interdire la distribution de tracts sur le campus, car il s'agit d'un lieu où l'on devrait encourager la discussion intellectuelle libre et ouverte).

208. *Comité pour la République du Canada c. Canada*, [1991] 1 R.C.S. 139 (le piquetage est permis dans un aéroport, car il s'agit d'un lieu normalement accessible au public).

209. Des 62 décisions de la Cour supérieure en la matière publiées, la demande d'injonction fut rejetée dans seulement deux cas. Dans *Charrette c. Chaudier (Association des étudiants en droit de l'Université de Montréal (AED))*, 2012 QCCS 1541, la Cour rejeta la demande, car l'association avait terminé la grève et la demande était donc caduque; dans *Louati c. Université du Québec à Rimouski*, 2012 QCCS 1728 (ci-après « *Louati c. UQAR* »), l'Université défenderesse avait pris les mesures nécessaires afin de permettre aux étudiants d'obtenir leur diplôme suite à une prolongation de la session; il n'y avait donc pas d'urgence.

210. Par exemple, dans *Carrier c. UdeS*, préc., note 54, les demandeurs cherchaient une ordonnance enjoignant à l'association d'étudiants « de

Comme il a été déjà mentionné, les demandes d'injonction déposées au printemps 2012 visaient soit les associations d'étudiants, soit les établissements d'enseignement, soit les deux. Sauf dans le cas des demandes déposées par les établissements eux-mêmes — lesquelles étaient fondées sur le droit de propriété de l'établissement — le fondement juridique allégué de tous ces recours était le même : le droit de l'étudiant demandeur de recevoir l'enseignement auquel il avait droit en vertu de son contrat avec l'université. Bien que les arguments n'étaient souvent pas très bien articulés, sans doute parce que bon nombre des demandeurs se représentaient seuls et sans l'aide d'un avocat devant le tribunal²¹¹, on reprochait essentiellement aux associations d'étudiants d'empêcher la tenue de cours, soit en les perturbant (c'est-à-dire faire des levées de cours), soit en bloquant l'accès aux salles de cours. Les demandeurs reprochaient également aux universités d'avoir annulé leurs cours, soit par respect de la déclaration de grève des associations d'étudiants, soit en « cédant » devant la pression exercée par ces dernières. Évidemment, ce dernier argument repose sur l'hypothèse voulant que les votes de grève tenus par les associations d'étudiants ne liaient ni les étudiants

---

mettre fin aux lignes de piquetage qui bloquant [*sic*] physiquement les salles de cours et pavillons de l'Université de Sherbrooke », mais le jugement rendu comprenait une ordonnance prohibant toute manifestation dans un rayon de 25 mètres des entrées et à nul endroit sur les terrains de l'Université. De surcroît, le jugement ordonnait à l'Université « de dispenser ses cours de façon normale », alors que la requête introductive d'instance ne cherchait aucune conclusion visant l'Université.

211. Plusieurs des étudiants demandeurs reproduisaient dans leurs procédures des allégués d'un « kit d'injonction » distribué par un groupe d'étudiants dissidents qui se réclamaient d'un « Mouvement des étudiants socialement responsables du Québec ». À ce sujet, voir : LA PRESSE CANADIENNE, « Grève étudiante - Un 'kit d'injonction' sur mesure pour étudiants », *Le Devoir*, 26 avril 2012, en ligne : <<http://www.ledevoir.com>>. Voir aussi M. BONENFANT, A. LAPOINTE et M.-E. GLINOER, préc., note 2, p. 120-122.

dissidents ni les établissements. Suivant le discours médiatique²¹² et gouvernemental²¹³, les étudiants demandeurs ont invité les tribunaux à considérer la grève étudiante comme un simple « boycottage des cours », lequel n'était pas susceptible de générer des effets juridiques pouvant affecter les droits des tiers. C'est ainsi que la question de la légalité en soi de la grève étudiante devint un enjeu devant les tribunaux.

5.1.2. Jugements rendus

Dans toutes les décisions relatives à la grève étudiante rendues par la Cour supérieure pendant le printemps 2012, le tribunal a soit affirmé explicitement soit accepté implicitement qu'il était impossible qu'une décision prise par une association d'étudiants en conformité avec son acte constitutif et ses règlements puisse lier l'ensemble de ses membres. Cette position était souvent basée sur le simple énoncé que le *Code du travail* ne s'appliquait pas, sans que le tribunal ne se livre à une analyse de la L.a.f.a.e.e.

---

212. Au sujet du rôle des médias dans le débat sémantique autour de la notion de grève étudiante, voir : Kim SAWCHUK, « La grève est étudiante, la lutte est populaire : the Québec Student Strike » (2012) 37-1 *Canadian Journal of Communications* 499. Sur le rôle des médias dans les événements du printemps 2012 plus généralement, voir : A. FRAPPIER, R. POULIN et B. RIOUX, préc., note 2, p. 135-139 et Renaud Poirier ST-PIERRE et Philippe ETHIER, *De l'école à la rue. Dans les coulisses de la grève étudiante*, Montréal, Écosociété, 2013, p. 146-184.

213. Par une lettre datée du 16 février 2012, le sous-ministre adjoint de l'éducation informait les directions des Cégeps que la grève étudiante était un « boycott » et non pas une grève au sens du *Code du travail* et qu'ainsi les établissements n'étaient pas tenus de respecter la déclaration de grève des associations d'étudiants. « Grève étudiante: Québec ordonne aux cégeps de continuer l'enseignement », *Radio-Canada*, 18 février 2012, en ligne : <<http://www.radio-canada.ca>>. Au sujet de la stratégie de communication gouvernementale qui consistait en la délégitimation de la grève par l'utilisation systématique de l'appellation « boycottage », voir : Philippe LANGLOIS, « Révolte contre le néolibéralisme, riposte contre la liberté d'association », (2012) 87 *Culture & Conflits* 167, 169-171. Voir aussi : G. NADEAU-DUBOIS, préc., note 2, p. 180-182 (affirmant que « [l]a notion de "boycott" n'est rien d'autre qu'une invention rhétorique des libéraux »).

et de la partie III de la *Loi sur les compagnies*. La conséquence de cette conclusion, selon les jugements rendus, était que les associations d'étudiants n'avaient pas le droit d'empêcher la tenue des cours et que les universités devaient les dispenser aux étudiants dissidents.

5.1.2.1. Cadre juridique applicable à la grève étudiante

Dès les premières décisions rendues, les tribunaux ont démontré une certaine confusion relativement au cadre juridique applicable. Par exemple, dans l'affaire *Déry c. Duchesne*²¹⁴, rendue le 30 mars 2012, le juge semble avoir confondu le droit de grève accordé aux salariés par le *Code du travail* avec la liberté que disposent les étudiants de refuser de concert à se présenter à leurs cours. Il écrivait que « [l]a légalité de cette grève apparaît douteuse en regard du régime et des lois du travail en vigueur au Québec, qui consacre le droit à la grève à certaines personnes et à certaines conditions très strictes »²¹⁵. Mais, comme il a été expliqué plus haut, un octroi législatif d'une permission explicite de faire la grève en vertu des lois du travail en vigueur (c'est-à-dire le « droit de grève ») est seulement nécessaire parce qu'historiquement la grève des travailleurs était une activité délictuelle, voire criminelle. Il n'y a jamais eu d'interdiction de faire la grève étudiante et l'on chercherait alors en vain une disposition législative la permettant. Dans ce même jugement, le juge a dit « [s]'interroger sérieusement sur les droits des étudiants, en vertu de la *Loi sur l'instruction publique* et de la *Charte des droits et libertés de la personne* qui souhaitent poursuivre leurs études et terminer leur année scolaire en toute liberté et ce, dans le délai prévu »²¹⁶. Or, la *Loi sur l'instruction publique* ne s'applique aucunement aux cégeps ni aux universités²¹⁷ et les dispositions de la *Charte des droits et libertés*

---

214. *Déry c. Duchesne*, préc., note 198.

215. *Id.*, par. 2.

216. *Id.*, par. 3 (références omises).

217. Selon son article premier, le droit à l'instruction publique garanti par la *Loi sur l'instruction publique*, RLRQ, c. I-13.3 est un droit « au service de l'éducation préscolaire et aux services d'enseignement primaire et

de la personne relativement au droit à l'instruction publique non plus²¹⁸. Dans cette décision, on ne trouve aucune mention de la L.a.f.a.e.e. ni de la *Loi sur les compagnies*.

Si la jurisprudence a évolué quelque peu dans les semaines qui ont suivi l'affaire *Déry c. Duchesne*, elle reprenait néanmoins l'erreur fondamentale de voir dans la non-application du *Code du travail* à la grève étudiante une raison suffisante pour refuser d'évaluer les effets juridiques d'une décision prise par l'assemblée générale d'une association d'étudiants. Par exemple, dans l'affaire *Morassee c. Laval (provisoire)*, le juge s'exprimait ainsi :

[L]a légalité de ce boycottage d'un groupe d'étudiants apparaît douteuse même s'il a été décrété lors d'une assemblée d'étudiants, tenue en conformité avec les statuts de la Confédération demanderesse ou d'autres associations étudiantes.

En effet, il ne s'agit pas ici d'une grève légale au sens juridique du terme en droit québécois. Les lois du Québec consacrent le droit à la grève à certaines personnes et à certaines conditions très strictes. Le boycottage des étudiants ne peut pas être assimilé à une grève. Il n'a pas la légalité d'une grève et ne jouit pas de la protection que les tribunaux accordent à une grève légale.²¹⁹

---

secondaire ». Les cégeps sont régis par la *Loi sur les collèges d'enseignement général et professionnel*, RLRQ, c. C-29 et les universités sont régies par la *Loi sur les établissements d'enseignement de niveau universitaire*, RLRQ, c. E-14.1 ainsi que par leurs lois constitutives.

218. L'art. 40 de la *Charte québécoise*, préc., note 46 prévoit que « [t]oute personne a droit, dans la mesure et suivant les normes prévues par la loi, à l'instruction publique gratuite ». La jurisprudence confirme que cette disposition ne s'applique pas à l'éducation postsecondaire; voir *Syndicat étudiant du Cégep Marie-Victorin c. Cégep Marie-Victorin*, J.E. 2000-1195 (C.S.).

219. *Morassee c. Université Laval*, 2012 QCCS 1565 (ci-après « *Morassee c. Laval (provisoire)* »), par. 20-21 (nos soulignements).

Ainsi, le tribunal ne reconnaissait pas la possibilité que la décision prise par la majorité puisse lier juridiquement les membres dissidents de l'association, et ce, en raison de l'hypothèse que seules les lois en matière du travail pourraient donner un tel effet à cette décision. Vu cette hypothèse et puisque les lois en matière du travail ne s'appliquaient manifestement pas, la seule conclusion possible était que les étudiants dissidents n'étaient pas liés par la déclaration de grève étudiante. Par ailleurs, le vocable « boycottage » comme alternative à « grève » pour décrire le refus collectif des étudiants de se présenter à leurs cours fit irruption ici dans le discours judiciaire²²⁰.

La même logique fut adoptée encore plus clairement dans l'affaire *Jourdain c. Université du Québec à Rimouski*, où, sans avoir discuté de la L.a.f.a.e.e. ni de la nature du lien contractuel entre une personne morale incorporée en vertu de la *Loi sur les compagnies* et ses membres, le juge a expliqué :

[C]ontrairement au domaine des relations de travail, où un vote de grève lie l'ensemble des travailleurs concernés, il n'existe dans notre droit aucun système en vertu duquel chaque membre d'une association étudiante serait lié par une décision, même majoritaire, prévoyant le boycottage des cours comme moyen de pression.²²¹

---

220. La même dichotomie se trouvait articulée dans l'affaire *Université du Québec à Chicoutimi c. Mouvement des associations générales étudiantes de l'Université du Québec à Chicoutimi (MAGE-UQAC)*, 2012 QCCS 1561, par. 22 (« Une grève est une cessation concertée de travail par un groupe de salariés en vue d'appuyer leurs demandes ou revendications. Dans le cas qui nous intéresse, il s'agit plutôt d'un boycott. Les règles qui s'appliquent en cas de grève que l'on retrouve dans la législation du travail ne peuvent, à notre avis, s'appliquer dans le présent cas. »). Cette décision est moins pertinente dans la mesure où les associations d'étudiants défenderesses ayant déclaré la grève étudiante n'étaient ni incorporées ni accréditées en vertu de la L.a.f.a.e.e. et que la seule association accréditée pour représenter l'ensemble des étudiants de l'établissement s'était prononcée contre la grève.

221. *Jourdain c. Université du Québec à Rimouski* (UQAR), 2012 QCCS 1781, par. 26 (ci-après « *Jourdain c. UQAR* »).

Enfin, l'expression la plus explicite du lien entre l'impossibilité prétendue pour une association d'étudiants de lier juridiquement ses membres et la conception du refus collectif des étudiants comme étant du « boycottage » se trouve dans l'affaire *Carrier c. Université de Sherbrooke* :

Bien que les étudiants ne soient pas liés par un vote majoritaire de leur Association Étudiante prévoyant un boycottage des cours, un étudiant ne peut se plaindre du fait que d'autres étudiants boycottent les cours.

[...]

Le mouvement de boycottage des cours organisé par les associations étudiantes s'apparente à tout autre boycottage qui pourrait être organisé contre un fabricant de jus de raisin ou d'un magasin à grande surface. On ne peut obliger ou empêcher une personne de faire affaire avec un fabricant de jus de raisin ou un magasin de grande surface. Il s'agit d'un choix individuel. Si un groupe décide d'organiser un boycottage de quelque entreprise que ce soit, il peut le faire. Par contre, si une personne décide de boycotter une entreprise il ne pourra pas pour autant bloquer l'accès de cette entreprise.

Il en est de même dans le cas des universités.

Les étudiants qui ont déjà payé pour les services qu'ils devaient recevoir n'ont aucune obligation de les recevoir. Ils peuvent donc rester à leur domicile s'ils le désirent. Ce qu'ils ne peuvent pas faire, c'est d'empêcher d'autres étudiants qui ont payé pour les services de recevoir ceux-ci.²²²

Aucune de ces décisions ne traite de l'effet combiné de la partie III de la *Loi sur les compagnies* et de l'article 313 du *Code civil* ni de la jurisprudence de la Cour suprême confirmant que les membres d'une personne morale sont liés par les décisions légalement prises par cette dernière. De plus, la très grande

---

222. *Carrier c. UdeS*, préc., note 54, par. 21-25.

majorité des décisions rendues fait l'économie d'une analyse, ne serait-ce que sommaire, de la L.a.f.a.e.e. et du rôle du monopole de représentation qu'elle octroie aux associations d'étudiants accréditées dans la détermination des effets juridiques de leurs décisions.

Une exception est l'affaire *Michaudville*²²³. Dans cette affaire, l'association d'étudiants a plaidé que la L.a.f.a.e.e. lui permettait de négocier la suspension des cours avec le cégep où étudiaient ses membres suite à une déclaration de grève. Le juge a rejeté cet argument en insistant sur l'absence d'une disposition dans la loi accordant explicitement un tel droit aux associations d'étudiants. Il écrivait :

Nulle part [...] ne retrouvons-nous dans [la L.a.f.a.e.e.] le droit de l'Association de faire la grève et de paralyser l'établissement d'enseignement auprès duquel elle est accréditée.

Nulle part, non plus, l'Association a-t-elle le mandat de négocier et de conclure une entente relative aux modalités de dispense des cours offerts par l'établissement en question. Nulle part, ne trouve-t-on des pouvoirs accordés à l'Association qui se comparent de près ou de loin aux droits et pouvoirs accordés à un syndicat ou à une unité d'accréditation reconnus par le *Code du Travail*.

Donc, nulle part ne voit-on dans la [L.a.f.a.e.e.] le pouvoir pour une association étudiante accréditée, de négocier une quelconque entente ou convention de la nature d'une convention collective liant tous les membres d'une unité d'accréditation.

---

223. *Michaudville*, préc., note 51.

Nulle part, ne retrouve-t-on des dispositions aux termes desquelles les associations étudiantes n'ont le droit de déclencher une grève générale illimitée et que cette grève soit opposable à tous les étudiants. Cela est d'autant plus vrai que les associations étudiantes, une fois lancées dans un tel processus, n'ont aucun moyen réel d'en sortir hormis la pression sociale et politique amenant un changement législatif de la part du gouvernement. Par contre, aucune disposition ne les empêchent [sic.] d'agir comme ils le font. Les étudiants et leurs associations prétendent à un droit de faire la "grève" sans contrôle, sans limite et sans encadrement. Cela s'appelle un droit de grève sauvage. Avec égards, je crois qu'aucune loi du Québec ne permette un tel abus, un tel déraillement. Par opposition, les lois du travail encadrent, limitent et balisent le droit de grève tout en prévoyant un moyen de s'en sortir par la négociation d'une convention collective de travail, d'une conciliation, d'une médiation ou même d'un arbitrage. Ici, les étudiants semblent vouloir fonctionner dans un contexte non balisé au nom de leur droit fondamental de libre expression et d'opinion. Cela est peut-être possible, mais n'est pas sans le risque d'un encadrement notamment par intervention judiciaire.²²⁴

Ici, on voit à quel point l'insistance sur la nécessité d'une analogie parfaite avec le *Code du travail* constitue un obstacle à une analyse de la grève étudiante selon le droit réellement applicable. Le juge refuse tout simplement de considérer la possibilité d'une liberté de grève étudiante qui n'est pas encadrée par exactement les mêmes balises que celles imposées par le *Code du travail* à la grève de salariés.

Ce qui rend cette insistance sur l'importance de l'exclusion de la grève étudiante des règles du *Code du travail* particulièrement problématique est qu'à travers la jurisprudence les juges semblent se méprendre sur le fonctionnement du *Code du travail* lui-même. Le syllogisme que l'on trouve systématiquement est le suivant : seul le *Code du travail* permet à un syndicat de faire une déclaration de

---

224. *Id.*, par. 26-30 (nos soulignements).

grève qui lie ses membres, même dissidents; le *Code du travail* ne s'applique pas aux étudiants comme tels, car ils ne sont pas des salariés; ainsi, les décisions des associations d'étudiants ne peuvent pas lier leurs membres dissidents. On trouve l'expression succincte de ce syllogisme dans l'affaire *Morasse c. Laval (interlocutoire)* :

[L'association d'étudiants] confond le monopole de représentation, si monopole de représentation il y a, avec le monopole du travail, lequel découle des dispositions anti-briseurs de grève du *Code du travail* qui interdisent à un employeur de retenir les services d'un salarié qui fait partie d'une unité de négociation en grève.

Contrairement au *Code du travail*, la *Loi sur l'accréditation et le financement des associations d'élèves ou d'étudiants* ne contient aucune disposition permettant à une association de forcer un étudiant, contre son gré, à pratiquer le boycott de ses cours et de lui en faire supporter les effets.²²⁵

Or, si les salariés syndiqués sont liés par une déclaration de grève de leur syndicat, ce n'est pas en vertu du *Code du travail*, mais bien en vertu des mêmes principes du droit des personnes morales applicables aux associations étudiantes. En définitive, aucune disposition du *Code du travail* n'interdit directement à un salarié membre d'une unité de négociation en grève de faire fi de la décision de la majorité de ses confrères du travail et de traverser les piquets de grève qu'ils ont dressés²²⁶. Les dispositions « anti-scabs » du *Code du travail* ne s'appliquent pas aux salariés; elles

---

225. *Morasse c. Université Laval*, 2012 QCCS 1859 (ci-après « *Morasse c. Laval (interlocutoire)* »), par. 30-31 (références omises, nos soulignements).

226. Par contre, on pourrait avancer que cela soit *indirectement* interdit dans la mesure où le salarié qui travaille pour un employeur en violation de C.t., 109.1 c) se rend complice de l'infraction commise par l'employeur par l'effet combiné de C.t., art. 142.1 et 145. Voir : M. COUTU et al., préc., note 41, n° 454. Cette hypothèse n'a pas été retenue par la jurisprudence; voir : *Gouin c. Hôpital de Montréal pour enfants*, D.T.E. 94T-387 (C.S.).

s'appliquent aux employeurs²²⁷. Donc, c'est seulement d'une perspective fonctionnelle que la déclaration de grève d'un syndicat de travailleurs a comme effet d'empêcher ses membres, même dissidents, de travailler pour l'employeur visé par la grève, car ce dernier n'a pas le droit de recourir à leurs services. Juridiquement, le *Code du travail* ne fait pas en sorte que les salariés dissidents soient liés par une déclaration de grève. Il est ainsi dans toutes les autres juridictions canadiennes, même en Colombie-Britannique, seule autre province à avoir adopté des dispositions anti-briseurs de grève²²⁸. Le fondement juridique de l'obligation des salariés membres d'un syndicat de respecter une décision majoritaire de faire la grève est le droit des personnes morales, pas le *Code du travail*²²⁹. En effet, le lien entre un salarié et son syndicat est de nature contractuelle, comme l'a confirmé la Cour suprême dans l'affaire *Berry c. Pulley*²³⁰, décision qui représente l'application dans le contexte syndical du principe énoncé dans l'affaire *Senez c. Chambre d'Immeuble de Montréal*²³¹ et repris en droit québécois par l'article 313 du *Code civil*. Dans l'affaire *Berry c. Pulley*, la Cour suprême explique :

Par son adhésion, le syndiqué consent à respecter les règles du syndicat, et par l'adhésion qui les lie, les syndiqués ont les uns envers les autres des obligations juridiques de se conformer à ces règles. [U]n syndicat peut imposer au syndiqué qui contrevient à ses règlements les mesures disciplinaires prévues par ses statuts.²³²

---

227. C.t., art. 109.1 énonce que « [p]endant la durée d'une grève déclarée conformément au présent code ou d'un lock-out, il est interdit à un employeur » d'utiliser les services de briseurs de grève.

228. L'art. 68(1) de la *BC Labour Relations Code*, préc., note 204, interdit à l'employeur d'avoir recours aux travailleurs de remplacement à moins qu'ils ne soient des membres de l'unité de négociation qui ont décidé de traverser les piquets de grève.

229. Pour l'analogie avec les associations d'étudiants, voir : F. MAKELA et S. AUDETTE-CHAPDELAINE, préc., note 24, p. 298-99.

230. *Berry c. Pulley*, 2002 CSC 40.

231. *Senez c. Chambre d'Immeuble de Montréal*, préc., note 140.

232. *Berry c. Pulley*, préc., note 230, par. 63. En contexte québécois, voir : *Union canadienne des travailleurs en communication c. Papiccio*, préc., note

Ainsi, dans les juridictions n'ayant pas de dispositions « anti-scabs », c'est par la discipline syndicale fondée sur la relation contractuelle entre le syndicat et ses membres que les syndicats arrivent à faire respecter leurs déclarations de grève²³³ et même dans les juridictions où l'on trouve de telles dispositions, les lois du travail ne prévoient pas que la déclaration de grève lie directement les membres dissidents du syndicat. En conséquence, tout argument voulant que ce soit la non-application des lois sur le travail à la grève étudiante qui justifierait la conclusion que la décision d'une association d'étudiants ne peut pas lier ses membres dissidents s'écroule.

En effet, ce n'est pas le droit du travail, mais plutôt le droit des personnes morales qui rend les décisions d'associations incorporées juridiquement opposables à leurs membres, que les associations en question soient syndicales ou étudiantes. Il s'ensuivrait de l'application de l'article 313 du *Code civil* que les membres d'une association d'étudiants incorporée ayant déclaré la grève en conformité avec ses statuts et règlements auraient l'obligation contractuelle de respecter la décision de faire la grève. En d'autres mots, ils seraient contractuellement obligés (envers leur association) de ne pas insister sur l'exécution de leur contrat d'études (celui avec leur institution d'enseignement)²³⁴. Ainsi,

---

142, par. 69 (« L'adhésion à une personne morale, tel un syndicat, donne naissance à une relation de la nature d'un contrat et tant le syndicat que les syndiqués conviennent d'être liés par les modalités des statuts du syndicat »).

233. Voir : Michael MACNEIL, Michael LYNK et Peter ENGELMANN, *Trade Union Law in Canada*, Toronto, Canada Law Book, 1994, feuilles mobiles, à jour en mai 2012, p. 9-30.6 à 9-33; P. VERGE et G. MURRAY, préc., note 167, p. 214.

234. Par ailleurs, il n'est pas question ici de deux contrats prévoyant des obligations contradictoires, car l'étudiant n'est pas obligé par son contrat d'études de se présenter à ses cours. Bien que l'étudiant ait l'obligation contractuelle de respecter les règlements académiques et disciplinaires, à notre connaissance, aucune université québécoise n'a adopté un tel règlement obligeant l'étudiant à se présenter en classe. Au contraire, le choix de se présenter ou non incombe à l'étudiant et c'est à lui d'assumer les conséquences de la décision, sous réserve de l'obligation de l'institution

l'article 313 du *Code civil* enlèverait des membres d'une association d'étudiants en grève un des attributs nécessaires pour demander une injonction : celui d'avoir un droit clair à faire valoir.

5.1.2.2. Application du cadre juridique

Une fois que les tribunaux avaient déterminé que les décisions des associations d'étudiants de faire la grève ne liaient pas leurs membres, il s'en suivait que ces derniers pouvaient exercer individuellement leurs droits en vertu du contrat d'études qui les liait à leur université.

Le contrat d'études est un contrat innomé *sui generis* liant l'université et l'étudiant²³⁵. Si les termes essentiels du contrat sont fixés lorsque l'université « accepte des étudiants à un programme défini devant mener à un grade spécifique et que les étudiants ont commencé à suivre ces cours »²³⁶, son contenu est appelé à évoluer dans le temps, et ce, en raison notamment de l'inclusion par incorporation des règlements, directives et politiques universitaires, lesquels sont sujets à modification²³⁷. Ainsi, les auteurs Lajoie et

---

d'enseignement de ne pas discriminer. Voir : Andrée LAJOIE et Michèle GAMACHE, *Droit de l'enseignement supérieur*, Montréal, Éditions Thémis, 1990, p. 392 et 393 (c'est à l'université de sanctionner la violation d'un de ses règlements). Voir aussi : *infra*, note 294 (obligation d'accommodement en cas d'absence d'un étudiant résultant de l'exercice d'un droit fondamental).

235. Tremblay c. Université de Sherbrooke (1973) C.S. 999; Université de Montréal c. Fédérations des médecins résidents du Québec, [1997] R.J.Q. 1832 (C.A.) (ci-après « UdeM c. FmrQ »); Ruel c. Québec (Éducation), [2001] R.J.Q. 2590. Voir aussi : Carole TREMBLAY, « La relation juridique étudiant-université et la politique sur les droits de scolarité », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Développements récents en droit de l'éducation* (1999), Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 285, à la page 290.

236. A. LAJOIE et M. GAMACHE, préc., note 234, p. 332 et 333.

237. Il ne semble pas nécessaire pour l'université de porter à l'attention du futur étudiant chacun de ces instruments normatifs afin qu'ils lui soient opposables. Ainsi, bien que le contrat d'études en est un d'adhésion au sens de l'art. 1379 C.c.Q., les tribunaux n'appliquent pas les conditions de l'art. 1435 al. 2 C.c.Q.

Gamache décrivent le « contrat d'enseignement supérieur » comme « un contrat synallagmatique d'adhésion, complété par des normes réglementaires et résiliables unilatéralement »²³⁸.

Lors de la grève étudiante du printemps 2012, le contrat d'études a servi de fondement des recours entamés par des étudiants dissidents contre leur association d'étudiants et contre leur université. Dans le premier cas, l'argument était que l'association d'étudiants empêchait l'exécution du contrat d'études des étudiants dissidents, soit en perturbant les activités pédagogiques, soit en bloquant l'accès aux salles de cours. Dans le deuxième cas, l'argument était qu'en vertu du contrat d'études, l'université avait l'obligation de dispenser les cours et qu'elle ne pouvait pas se soustraire de cette obligation par respect de la décision de l'association d'étudiants de faire la grève.

5.1.2.2.1. Le droit opposable à autrui d'assister à ses cours

L'argument voulant que les levées de cours et le piquetage puissent être encadrés par injonction dans la mesure où ils empêchaient l'exécution du contrat d'études était, à tout le moins implicitement, le fondement de tous les recours intentés contre les associations d'étudiants universitaires. Évidemment, cet argument présume que l'étudiant n'est pas lié par les décisions prises par l'association dont il est membre, ou dans le cas de l'étudiant démissionnaire, qui lui représente. Pour autant que cette hypothèse est confirmée, l'argument est conforme à l'état du droit en matière d'injonctions, lequel admet effectivement qu'une ordonnance puisse être émise par un tribunal pour empêcher l'immixtion dans les rapports contractuels d'autrui.

Bien que le délit nommé d'immixtion dans les rapports contractuels d'autrui soit inconnu en droit civil ²³⁹, un tel

---

238. A. LAJOIE et M. GAMACHE, préc., note 234, p. 297.

239. Il s'agit d'un tort nommé en *common law*, connu sous l'appellation « *intentional interference with contractual relations* ».

comportement constitue une faute au sens du régime général de responsabilité civile²⁴⁰ et dans l'affaire *MacMillan Bloedel Ltd c. Simpson*, la Cour suprême a établi qu'il peut justifier l'émission d'une injonction. Dans cette affaire, une injonction fut rendue par la Cour supérieure de la Colombie-Britannique afin de mettre fin au blocage de routes par des militants de Greenpeace, qui empêchaient ainsi une compagnie forestière de sortir le bois coupé d'une zone sensible de la forêt pluviale du Pacifique. La juge en chef, rédigeant les motifs pour une cour unanime, expliquait pourquoi de telles ordonnances étaient justifiées :

Comme il en va dans la plupart des cas, le présent pourvoi se rattache à un conflit fondamental. Il s'agit en l'espèce du conflit entre le droit de manifester publiquement sa dissidence, d'une part, et l'exercice de droits de propriété et de droits contractuels, d'autre part. [...] Dans une société qui prise aussi bien le droit de manifester sa dissidence que la préservation des droits privés, il faut trouver un moyen de concilier les deux intérêts. Les ordonnances judiciaires telles que celle en cause constituent un tel moyen. La tâche des tribunaux consiste à trouver une façon de protéger l'exercice légitime de droits privés tout en laissant le plus possible libre cours à l'exercice légal du droit d'exprimer son opinion et de manifester.²⁴¹

Dans le contexte de la grève étudiante, le même raisonnement fut déployé dans l'affaire *Morasse c. Laval (provisoire)*, où le juge a énoncé :

Comme institution d'enseignement, l'Université Laval et ses professeurs ont l'obligation de dispenser les cours qu'ils se sont engagés à dispenser aux étudiants.

---

240. C.c.Q., art. 1457. C'est d'ailleurs le fondement du recours en dommages et intérêts dans l'affaire *Dumas c. AÉÉH*, préc., note 138, par. 47 où le juge a statué (par. 47) que « le fait par l'Association d'avoir organisé et coordonné le piquetage et d'avoir ainsi bloqué l'accès aux cours, est à l'origine et fût la cause immédiate et directe du préjudice de M. Dumas ».

241. *MacMillan Bloedel Ltd c. Simpson*, [1996] 2 R.C.S. 1048 (ci-après « *MacMillan Bloedel* »), par. 15 (nos soulignements).

[...]

Le Tribunal ne discute pas le droit de certains étudiants de soutenir et de participer au boycottage des cours en refusant d'y assister, mais leur refus ne leur accorde par le droit de brimer et même d'anéantir le droit des autres étudiants d'assister à leurs cours de manière à terminer leur session.²⁴²

Dans l'affaire *De Montigny c. Université du Québec en Outaouais*, le juge est venu à la même conclusion :

Les demandeurs sont empêchés d'assister à leurs cours en raison des agissements ou moyens de pression de [l'association d'étudiants] et ses membres.

Selon les allégués de la requête, ils bloquent l'entrée à l'Université par l'installation de barricades et pénètrent dans les salles de classe et expulsent les étudiants et les professeurs. Sans faire une liste exhaustive de ces moyens de pression, la conséquence de ceux-ci est que l'UQO a suspendu ses activités d'enseignement.

La véritable question est de déterminer sommairement, est-ce que les étudiants ont le droit d'avoir accès aux locaux de l'Université du Québec dans l'Outaouais?

De l'avis du Tribunal, les étudiants ont le droit d'avoir accès aux locaux afin de compléter leur semestre et pour certains leurs études. Ils ont payé leurs frais de scolarité et sont en droit de s'attendre de recevoir l'enseignement auquel ils ont droit.²⁴³

Ainsi, dès que les juges sont venus à la conclusion que ni les étudiants dissidents ni les universités n'étaient liés par une déclaration de grève d'une association d'étudiants, le droit à

---

242. *Morasse c. Laval (provisoire)*, préc., note 219, par. 12, 14 et 15 (nos soulignements).

243. *De Montigny c. Université du Québec en Outaouais (UQO)*, 2012 QCCS 1524 (nos soulignements).

l'injonction était presque acquis. À cet égard, il n'est pas sans intérêt de noter qu'historiquement un raisonnement similaire justifiait l'émission systématique d'injonctions contre les syndicats de travailleurs, et ce, jusqu'à la légalisation de la grève au début du XX^e siècle : le piquetage qui empêchait les travailleurs dissidents de travailler pour le patron visé par la grève interférait avec leur capacité d'exécuter leur contrat de travail et cela justifiait l'émission d'une ordonnance judiciaire²⁴⁴.

5.1.2.2.2. Limites posées sur le piquetage

Le piquetage et la manifestation étant des activités expressives qui jouissent de la protection constitutionnelle accordée à la liberté d'expression, les limites qui leur sont imposées par la loi ou par décision judiciaire doivent être raisonnables et justifiées dans une société libre et démocratique²⁴⁵. Le piquetage peut donc être interdit uniquement dans la mesure où cela s'avère nécessaire pour empêcher une conduite délictuelle comme l'intrusion, la nuisance ou l'intimidation ou encore pour empêcher la commission d'actes criminels²⁴⁶. Dans cette optique et afin de garder un

---

244. Voir : Innis CHRISTIE, « Inducing Breach of Contract in Trade Disputes. Development of the Law in England and Canada » (1967) 13-1 *R.D. McGill* 101.

245. Dans le cas d'une limite imposée par la loi, elle doit être conforme à l'art. 1 de la *Charte canadienne*, préc., note 45, lequel prévoit que les droits fondamentaux « ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique » et dont l'opérationnalisation est assurée par l'application de l'arrêt *R. c. Oakes*, préc., note 150. Dans l'affaire *Dolphin Delivery*, préc., note 152, la Cour suprême a décidé qu'une injonction limitant le piquetage n'est pas sujette à un contrôle constitutionnel en fonction de la *Charte canadienne* parce qu'un tel contrôle s'impose uniquement aux actions gouvernementales au sens de son article 32 et que, aux fins de cet article, les juges de la Cour supérieure ne font pas partie du gouvernement. Par contre, dans l'affaire *Pepsi-Cola*, préc., note 47, la Cour a décidé que les injonctions restreignant le piquetage doivent être évaluées d'une façon conforme aux valeurs fondamentales reflétées dans la *Charte canadienne*.

246. *Pepsi-Cola*, préc., note 47.

équilibre entre les droits, une injonction encadrant le piquetage doit être bien circonscrite et ne doit pas limiter la liberté d'expression des piqueteurs plus que le minimum strictement nécessaire pour protéger les droits des tiers²⁴⁷.

En règle générale, les décisions rendues en contexte de grève étudiante ont respecté ces balises, dans la mesure où elles n'interdisaient pas le piquetage ou la tenue de manifestations comme tels, mais exigeaient seulement que ces activités n'empêchent pas les étudiants dissidents d'avoir accès à leurs cours. Par exemple, dans l'affaire *Morasse c. Laval (provisoire)*, l'ordonnance se lisait comme suit :

LE TRIBUNAL [...] ENJOINT à tous les étudiants et autres personnes qui pratiquent présentement le boycottage des cours de s'abstenir d'obstruer ou de nuire à l'accès aux cours par intimidation ou de poser toute action susceptible d'empêcher ou d'affecter négativement l'accès à ces cours.²⁴⁸

Dans tous les jugements rendus par le juge en chef, l'ordonnance relative au piquetage et aux levées de cours fut exprimée selon le même libellé, lequel est beaucoup plus détaillé que ceux qui figuraient aux autres jugements rendus. Cela étant dit, une lecture attentive du texte de ces ordonnances permet de constater qu'elles conservaient la liberté d'expression des piqueteurs et manifestants, dans la mesure où leurs activités n'empêchaient pas autrui d'avoir accès aux cours :

LE TRIBUNAL [...] INTERDIT à [l'association d'étudiants], ses dirigeants, officiers, ainsi qu'à tous ses membres et toute personne informée du présent jugement de poser les gestes suivants :

---

247. *MacMillan Bloedel*, préc., note 241.

248. *Morasse c. Laval (provisoire)*, préc., note 219, par. 25.

I. D'empêcher l'accès, la sortie, la libre circulation par quelque moyen que ce soit, à tout pavillon, établissement et immeuble de l'Université, à tout étudiant, professeur, chargé de cours, cadre ou employé de soutien de l'Université;

II. D'intimider ou de menacer tout étudiant, professeur, chargé de cours, cadre ou employé de soutien de l'Université voulant entrer ou sortir des pavillons et établissements de l'Université;

III. De manifester de quelque manière que ce soit, à l'intérieur et à l'extérieur de tout établissement de l'Université ou dans toute salle de classe, de manière à empêcher que les cours y soient dispensés ou à perturber le bon déroulement des cours.²⁴⁹

Parmi les jugements rendus, il y en a un dont l'ordonnance semble dépasser les limites posées par la jurisprudence en la matière. Il s'agit de l'affaire *Carrier c. l'Université de Sherbrooke*, dont les conclusions comprennent les ordonnances suivantes :

LE TRIBUNAL [...] ORDONNE à l'Association générale des étudiants de la Faculté des lettres et sciences humaines de l'Université de Sherbrooke, à ses membres et à tout étudiant de l'Université de Sherbrooke de laisser libre accès aux établissements et pavillons où sont dispensés les cours et de cesser toute intimidation, piquetage, menaces et manifestations ayant pour effet d'empêcher l'accès aux cours et à la tenue des cours à l'Université de Sherbrooke;

---

249. *Béchar d c. UQÀM*, préc., note 56, par. 43 (nos soulignements). Voir aussi : *Doyon c. Cégep de Saint-Hyacinthe*, préc., note 55, par. 51; *Labbé c. Collège d'enseignement général et professionnel Édouard-Montpetit*, 2012 QCCS 2155, par. 45; *Beausoleil c. Cégep régional de Lanaudière à Terrebonne*, 2012 QCCS 2022 (ci-après « *Beausoleil c. Cégep de Terrebonne* »), par. 37; *Breton-Supper c. Cégep Marie-Victorin*, préc., note 55, par. 39; *Doyon c. Cégep de Saint-Hyacinthe*, 2012 QCCS 2076, par. 13; *Beaudoin c. Cégep St-Laurent*, 2012 QCCS 2082, par. 20; *Lippé c. Cégep de Saint-Jérôme*, 2012 QCCS 2144, par. 37; *Labbé c. Collège d'enseignement général et professionnel Édouard-Montpetit*, 2012 QCCS 2153, par. 9.

ORDONNE aux étudiants de l'Université de Sherbrooke et à toute autre personne, quelle qu'elle soit ayant connaissance de la présente ordonnance, de ne pas entrer dans les locaux où se donnent des cours pour en entraver la bonne marche,

ORDONNE aux étudiants de l'Université de Sherbrooke et à toute autre personne, quelle qu'elle soit ayant connaissance de la présente ordonnance de tenir leurs manifestations à au moins 25 mètres des entrées de l'Université de Sherbrooke et à nul endroit sur les terrains de l'Université de Sherbrooke, à moins d'un consentement écrit de l'Université indiquant l'endroit où les manifestations peuvent avoir lieu²⁵⁰.

Si les deux premières ordonnances reproduites ici ressemblent sensiblement à celles rendues dans les affaires similaires et sont conformes aux principes applicables, il ne va pas de même pour la troisième, car les contraintes qu'elle pose sur la liberté d'expression semblent beaucoup plus importantes que ce qui serait nécessaire pour assurer l'exécution du contrat d'études entre les étudiants dissidents et l'université. Il est vrai que l'université aurait pu elle-même demander une telle ordonnance en vertu de son droit de propriété sur les lieux; d'ailleurs, c'est ce qu'elle fit dans le contexte d'un conflit de travail avec ses employés quelques mois avant la grève étudiante, dans l'affaire *Université de Sherbrooke c. Syndicat des employées et employés de soutien de l'Université de Sherbrooke*²⁵¹. L'ordonnance rendue à cette époque était rédigée par le même juge saisi de la demande d'injonction lors de la grève étudiante et il en a repris le libellé²⁵². Mais dans l'affaire *Carrier c.*

---

250. *Carrier c. UdeS*, préc., note 54, par. 55-57.

251. *UdeS c. Seesus*, préc., note 44.

252. *Carrier c. UdeS*, préc., note 54, par. 43 (« Le soussigné a déjà eu à se prononcer sur l'interdiction de dresser des piquets de grève sur les terrains appartenant à l'Université de Sherbrooke. Il s'agit d'un dossier qui opposait l'Université de Sherbrooke au Syndicat des employées et employés de soutien de l'Université de Sherbrooke. Dans *UdeS c. Seesus*, préc., note 44, l'Université faisait face à une grève légale, mais demandait une ordonnance pour interdire aux syndiqués de dresser leurs piquets de grève sur le terrain de l'Université »).

l'Université de Sherbrooke, contrairement à l'affaire *Université de Sherbrooke c. Syndicat des employées et employés de soutien de l'Université de Sherbrooke*, ce n'était pas la propriétaire des lieux qui était la partie demanderesse, mais ses étudiants. Il n'est pas du tout évident que l'on puisse se baser sur le droit de propriété d'autrui pour fonder une demande d'injonction; le principe voulant qu'en absence d'un mandat on ne puisse pas plaider pour autrui milite dans le sens inverse. De toute façon, on ne saurait reprocher aux étudiants demandeurs d'avoir fondé leur recours sur le droit de propriété de l'université, car ils n'ont même pas demandé cette ordonnance²⁵³. Ainsi, outre la question de sa conformité avec le principe de la restriction minimale de la liberté d'expression, on peut donc raisonnablement conclure que cette ordonnance était non fondée en droit en ce sens que le juge a rendu une décision *ultra petita*, c'est-à-dire au-delà des conclusions recherchées et donc de sa compétence²⁵⁴.

5.1.2.2.3. Le droit opposable à l'université de recevoir ses cours

La validité de l'argument voulant que, dans le contexte précis de la grève étudiante, le contrat d'études liant les étudiants dissidents et leur université était sujet à l'exécution forcée n'est pas certaine, quoiqu'il fût accepté par les tribunaux dans la très grande majorité des cas²⁵⁵.

Dans l'affaire *Jourdain c. Université du Québec à Rimouski*, la preuve a révélé que l'université défenderesse avait suspendu ses cours afin de respecter la décision prise par son association

---

253. *Supra*, note 210.

254. C.p.c., art. 468 (« Le tribunal ne peut adjuger au-delà de ce qui est demandé; il peut néanmoins redresser les impropriétés de termes dans les conclusions, pour donner à celles-ci leur véritable qualification eu égard aux faits allégués »).

255. Dans huit sur neuf litiges où un étudiant dissident demandait au tribunal d'émettre une ordonnance enjoignant l'exécution forcée du contrat d'études, la demande fût accueillie, l'exception étant l'affaire *Louati c. UQAR*, préc., note 209.

d'étudiants de faire la grève²⁵⁶. Le tribunal lui a ordonné de dispenser au demandeur les cours pour lesquels il était inscrit pour les raisons suivantes :

Que ce soit en vertu de la loi ou du contrat civil résultant d'une inscription dûment acceptée, il ne saurait faire de doute qu'une institution d'enseignement universitaire a le devoir de dispenser à ses étudiants les cours figurant aux programmes dans lesquels ils sont inscrits. Certes, il s'agit d'une obligation de moyens et non de résultat, de sorte qu'une institution ne saurait être contrainte par injonction de dispenser des cours qu'elle est empêchée de donner par cas de force majeure, comme, par exemple, lors d'une grève légale de son personnel enseignant.

Dans la présente affaire, en l'absence d'un tel empêchement, la suspension de cours [...] pourrait bien, malgré ses objectifs légitimes, constituer une violation par l'UQAR de ses obligations envers ceux de ses étudiants qui, favorables ou non au dégel des frais de scolarité au Québec, désirent poursuivre sans entrave leur programme d'études du trimestre en cours.²⁵⁷

Un autre exemple se trouve dans l'affaire *Carrier c. Université de Sherbrooke*, où les étudiants demandeurs alléguaient que l'université défenderesse n'avait pas pris les moyens nécessaires pour assurer la tenue des cours malgré les activités de perturbation des étudiants grévistes²⁵⁸. Le tribunal a ordonné à l'université « de dispenser ses cours de façon normale »²⁵⁹ et cette ordonnance était justifiée comme suit :

La Cour supérieure, dans le dossier *Tremblay c. Université de Sherbrooke* mentionnait :

---

256. *Jourdain c. UQAR*, préc., note 221, par. 4.

257. *Id.*, par. 23 et 24 (nos soulignements).

258. *Carrier c. UdeS*, préc., note 54, par. 6-14.

259. *Id.*, par. 54.

« Lorsqu'une université accepte des étudiants à un programme défini devant mener à un grade spécifique et que les étudiants ont commencé à suivre ces cours, il se forme entre l'université et ces étudiants un contrat innomé. En abolissant le cours unilatéralement l'université contrevient à son obligation et encourt les sanctions prévues à l'article 1065 C.C. [du Bas-Canada].

Les demandeurs, en observant les règlements de l'Université et de la Faculté, en suivant les cours et en se conformant à toutes les conditions, avaient indéniablement le droit de continuer le programme jusqu'à la fin et obtenir, en cas de succès, la licence en pédagogie (option supervision scolaire). Ce droit leur était acquis et la défenderesse ne pouvait unilatéralement les supprimer. »

Notre collègue Claude Tellier dans *Fédération des médecins résidents du Québec c. Université de Montréal* qualifiait le contrat entre l'université et l'étudiant de contrat *sui generis*, qui est spécifique aux parties et qui exprime la rencontre de leur volonté et que l'on identifiera comme le contrat universitaire.

Les étudiants sont donc en droit d'exiger de l'Université qu'elle remplisse ses obligations contractées en vertu de ce contrat *sui generis*²⁶⁰.

Vers la fin de la grève du printemps 2012, alors que la société québécoise était traversée par une profonde crise sociale²⁶¹, les jugements ont pris une tournure déconcertante : l'obligation contractuelle des universités de dispenser les cours fut interprétée comme comprenant l'obligation de faire intervenir les forces de l'ordre pour en assurer leur tenue. À cette époque, le juge en chef de la Cour supérieure avait décidé de se saisir de toute demande

---

260. *Id.*, par. 26-28 (nos soulignements).

261. Voir : Georges LEROUX, « De la révolte à l'archive » dans M. BONENFANT, A. LAPOINTE et M.-E. GLINOER, préc., note 2, vii.

d'injonction visant la reprise des cours²⁶². S'ensuivait une série de jugements ²⁶³ comprenant des conclusions pour le moins surprenantes, y compris des exhortations au procureur général de la province d'intervenir afin de faire respecter l'ordre public²⁶⁴. C'est dans ce contexte que la Cour est venue à la conclusion tout à fait inusitée que l'obligation de dispenser les cours qu'avait l'université en vertu du contrat d'études pouvait comprendre l'obligation de faire intervenir les forces de l'ordre. Dans *Bécharde c. Université du Québec à Montréal*, le juge en chef écrivait :

ATTENDU que l'UQAM n'a pris aucune mesure pour permettre aux étudiants de reprendre leurs cours depuis le vote général adopté par l'Association;

[...]

[LE TRIBUNAL] ORDONNE à la défenderesse l'Université du Québec à Montréal de prendre tous les moyens appropriés, nécessaires et raisonnables, y compris le recours aux forces policières, pour que les cours auxquels sont inscrits les demandeurs soient dispensés [...]²⁶⁵.

---

262. Christian DESJARDINS, « Grève étudiante : le juge en chef s'en mêle », *La Presse*, 2 mai 2012, en ligne : <<http://www.lapresse.ca>>.

263. Entre le 3 mai et le 16 mai, le juge en chef a rendu douze jugements accordant des injonctions demandant une ordonnance de reprise de cours.

264. *Mahseredjian c. Collège Montmorency*, 2012 QCCS 2276, par. 45; *Doyon c. Cégep de Saint-Hyacinthe*, préc., note 55, par. 52; *Beausoleil c. Cégep de Terrebonne*, préc., note 249, par. 21-22; *L'Abbé c. Collège Ahuntsic*, 2012 QCCS 2156, par. 22 et 23; *Breton-Supper c. Cégep Marie-Victorin*, préc., note 55, par. 22 et 23; *El Madi c. Collège de Rosemont*, 2012 QCCS 2018, par. 27; *Bécharde c. UQAM*, préc., note 56, par. 25. Au sujet de ces décisions, l'Association des juristes progressistes a fait la remarque suivante : « Cette conclusion par laquelle la Cour supérieure s'adresse directement au pouvoir exécutif pour l'exhorter à adopter des mesures qui favoriseraient vraisemblablement les intérêts d'une des parties se trouvant devant lui, et ce, avant même que le dossier ne soit entendu au fond, nous semble, avec respect, fort inusité ». Voir : S. ATAOGUL, F. MAKELA, et al., préc., note 29, p. 9.

265. *Bécharde c. UQAM*, préc., note 56, par. 10 et 42 (nos soulignements).

La conformité avec la jurisprudence de ces ordonnances de dispenser les cours n'est pas acquise. En effet, la jurisprudence accorde une marge de manœuvre importante aux universités quant à leur gestion interne et il est généralement admis que « les tribunaux doivent être très prudents au moment où on leur demande d'intervenir au moyen d'une injonction pour s'immiscer dans l'administration des universités »²⁶⁶. Cette marge comprend la modification de l'horaire de cours afin de répondre à des situations imprévues, telle une grève du personnel enseignant. Par exemple, dans l'affaire *Turner c. York University*, la Cour supérieure de l'Ontario a statué que la modification unilatérale de l'horaire fait partie des prérogatives universitaires et qu'elle ne saurait fonder un recours en responsabilité contractuelle en l'absence de preuve établissant que la conduite de l'université fût abusive²⁶⁷. Même s'il y a des différences entre le droit des contrats en vigueur en Ontario et celui du Québec, cette conclusion rejoint le droit québécois sur la question²⁶⁸. Par ailleurs, un des seuls jugements rendus pendant le printemps 2012 rejetant une demande d'injonction semble se fonder en partie sur une analyse similaire. Dans *Louati c. Université du Québec à Rimouski*, le juge expliquait que l'université défenderesse pouvait aménager son horaire afin de respecter ses engagements auprès de ses étudiants :

Il appert que depuis [...] la direction et l'administration de l'UQAR ont pris les dispositions nécessaires en vérifiant auprès du personnel enseignant leur intérêt à permettre aux étudiants de terminer leur session.

Est-ce à dire que du coup, une université peut se permettre de décider unilatéralement de ne pas honorer son contrat de fourniture de services avec les étudiants?

---

266. *Clément c. Université du Québec en Outaouais*, 2008 QCCS 4916, par. 13.

267. *Turner v. York University*, 2010 ONSC 4388 (tous les cours annulés par la direction universitaire pour une période de treize semaines en raison d'une grève des chargés de cours).

268. Mais voir *Désilets c. Université du Québec à Trois-Rivières*, 2001 CanLII 12980 (QC CQ) (étudiant remboursé pour des cours annulés en raison d'une grève des chargés de cours).

Ce n'est pas à cette étape-ci qu'on doit répondre à cette question.

Ainsi, le Tribunal conclut que les requérants n'ont pas satisfait au fardeau de preuve établissant le caractère d'urgence²⁶⁹.

Une autre raison pour laquelle la légalité de l'exécution forcée du contrat d'enseignement en contexte de grève étudiante est contestable se trouve dans l'acceptation historique de la grève étudiante comme phénomène social au Québec. Avant le printemps 2012, il aurait effectivement été difficile de nier que le respect par l'université d'une déclaration de grève étudiante faisait partie des usages québécois. Or, un contrat oblige les parties non seulement pour ce qu'ils ont exprimé, mais pour tout ce qui en découle suivant les usages²⁷⁰, et ces usages doivent être pris en compte lors de son interprétation²⁷¹. Ainsi, les universités auraient très bien pu s'opposer aux demandes d'injonction basées sur le contrat d'études en avançant que le contrat d'études les liant à leurs étudiants comprenait une clause implicite prévoyant la suspension temporaire des activités pédagogiques pour la durée d'une grève déclarée par son association d'étudiants²⁷².

---

269. *Louati c. UQAR*, préc., note 209, par. 20-23.

270. C.c.Q., art. 1434 (« Le contrat valablement formé oblige ceux qui l'ont conclu non seulement pour ce qu'ils y ont exprimé, mais aussi pour tout ce qui en découle d'après sa nature et suivant les usages, l'équité ou la loi »).

271. C.c.Q., art. 1426 (« On tient compte, dans l'interprétation du contrat, de sa nature, des circonstances dans lesquelles il a été conclu, de l'interprétation que les parties lui ont déjà donnée ou qu'il peut avoir reçue, ainsi que des usages »).

272. On trouve de telles clauses implicites prévoyant la suspension temporaire des cours pour d'autres motifs, par exemple lors d'une tempête hivernale. Voir : Guillaume ROUSSEAU, Marie Danielle ALARIE et Rémi DANYLO, *La grève étudiante à la lumière du droit. De l'impasse judiciaire aux solutions politiques*, Sherbrooke, Juripop, 2013, p. 20-32.

5.1.2.3. Valeur de précédent

Aucun des litiges mettant en cause la grève étudiante n'est rendu au jugement final; toutes les procédures étaient de nature provisoire ou interlocutoire²⁷³. Les motifs des jugements rendus énoncent clairement qu'ils ne disposent pas de façon finale des questions soumises au tribunal. Par exemple, dans l'affaire *Proulx c. l'Université Laval*, le tribunal a dit ceci sur la portée de sa décision :

La question de l'existence ou non d'un quelconque droit de grève dans le milieu étudiant n'a pas à être décidée immédiatement dans le présent contexte.

En effet, s'agit-il réellement d'un droit de grève, d'une démarche de "boycottage" ou quelque autre forme d'expression? La question pourra être tranchée ultérieurement²⁷⁴.

Comme c'est une situation d'urgence qui justifie l'octroi d'ordonnances provisoires et interlocutoires, il est dans la nature de ces procédures que le débat judiciaire soit relativement court et que les arguments soumis au tribunal soient sommaires. À ce stade, pour donner raison à la partie demanderesse et accorder l'injonction demandée, le tribunal ne doit pas être convaincu que sa demande est bien fondée, mais seulement qu'elle a l'apparence d'un droit, c'est-à-dire que son recours soulève une question sérieuse, par opposition à une réclamation futile ou vexatoire²⁷⁵. De plus, les jugements en matière d'injonction sont de nature discrétionnaire²⁷⁶. Ainsi, un tel jugement ne saurait constituer un précédent liant les juges saisis des mêmes questions sur le fond, que ce soit en

---

273. L'injonction provisoire est une mesure d'urgence et elle peut être ordonnée pour au plus dix jours en attendant que les parties soient entendues lors de l'audition sur l'injonction interlocutoire, laquelle demeure en vigueur jusqu'au jugement final. Voir : C.p.c., art. 752 et 753.

274. *Proulx c. Laval*, préc., note 198, par. 27 et 28 (nos soulignements).

275. *Manitoba (P.G.) c. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 R.C.S. 110.

276. *Id.*

application du principe de *stare decisis* ou celui de la courtoisie judiciaire²⁷⁷.

Cela étant dit, il serait hasardeux d'ignorer les jugements rendus lors du printemps 2012 quand vient le temps de réfléchir sur le droit applicable en matière de grève étudiante, ne serait-ce qu'en raison du poids du nombre de décisions rendues qui sont défavorables aux associations d'étudiants.

5.1.3. « Loi 12 »

La *Loi permettant aux étudiants de recevoir l'enseignement dispensé par les établissements de niveau postsecondaire qu'ils fréquentent*²⁷⁸ fut adoptée d'urgence le 18 mai 2012 et a reçu la sanction royale le même jour.

Cette loi, caractérisée par plusieurs intervenants comme étant « liberticide », imposait toute une série de restrictions sur les droits fondamentaux de l'ensemble des citoyens de la province, dont la liberté d'expression, la liberté de conscience, la liberté d'association et la liberté de réunion pacifique²⁷⁹.

---

277. Au sujet de la différence entre ces deux doctrines, voir : *Stuart v. Bank of Montreal*, (1909) 41 S.C.R. 516.

278. *Loi permettant aux étudiants de recevoir l'enseignement dispensé par les établissements de niveau postsecondaire qu'ils fréquentent*, L.Q. 2012, c. 12 (ci-après « Loi 12 »).

279. Voir : COMMISSION SPÉCIALE D'EXAMEN DES ÉVÈNEMENTS DU PRINTEMPS 2012, préc., note 2, p. 90-102; A. FRAPPIER, R. POULIN et B. RIOUX, préc., note 2, p. 127-132 (faisant état de tous les groupes, y compris le Haut-Commissariat aux droits de l'Homme de l'ONU, qui s'indignaient devant la Loi 12). Voir aussi : Francis LORANGER, « Loi spéciale » dans M. ISABEL et L.-A. THÉROUX-MARCOTTE, préc., note 201, p. 118; Normand BAILLARGEON, « Désobéissance civile » dans M. ISABEL et L.-A. THÉROUX-MARCOTTE, préc., note 201, p. 60; Maude BONENFANT, Anthony GLINOER et Martine-Emmanuelle LAPOINTE, « La loi spéciale, on s'en câlisse! », dans M. BONENFANT, A. GLINOER et M.-E. LAPOINTE, note 2, p. 214. Même ceux en faveur de l'adoption d'une loi spéciale trouvait que la Loi 12 était problématique; voir : M. SIMARD, préc., note 10, p. 23-35 (décrivant la Loi 12 comme « nécessaire, mais mal calibrée »).

En pratique, cette loi avait pour effet de codifier les décisions rendues en matière d'injonction discutées ci-haut. Aucune disposition de la *Loi 12* ne traitait directement de l'opposabilité des déclarations de grève par des associations d'étudiants à leurs membres ou à leur établissement, mais le piquetage empêchant l'accès aux cours ainsi que les levées de cours étaient interdits par ses articles 13 et 14, lesquelles prévoyaient :

13. Nul ne peut, par un acte ou une omission, entraver le droit d'un étudiant de recevoir l'enseignement dispensé par l'établissement d'enseignement qu'il fréquente, faire obstacle ou nuire à la reprise ou au maintien des services d'enseignement d'un établissement ou à l'exécution par les salariés de leur prestation de travail relative à ces services, ni contribuer directement ou indirectement à ralentir, altérer ou retarder la reprise ou le maintien de ces services ou l'exécution de cette prestation.

14. Nul ne peut, par un acte ou une omission, entraver l'accès d'une personne à un lieu où elle a le droit ou le devoir d'accéder pour y bénéficier des services d'un établissement ou pour y exercer des fonctions.

Sans restreindre la portée du premier alinéa, toute forme de rassemblement qui pourrait avoir pour effet d'entraver un tel accès est interdite à l'intérieur d'un édifice où sont dispensés des services d'enseignement par un établissement, sur un terrain où est situé un tel édifice ou dans un rayon de 50 mètres des limites externes d'un tel terrain.

La *Loi 12* mettait aussi fin aux litiges en cours et annulaient les injonctions déjà émises²⁸⁰, ce qui avait pour effet d'empêcher qu'un jugement soit rendu sur le fond dans ces causes et donc, indirectement, d'entretenir le flou sur la portée précise de la L.a.f.a.e.e.

---

280. *Loi 12*, préc., note 278, art. 32.

Dès son adoption, des doutes sérieux sur la constitutionnalité de la *Loi 12* furent soulevés²⁸¹ et des procédures ont été entamées pour la faire déclarer inconstitutionnelle par la Cour supérieure²⁸². Par contre, aucun jugement sur le fond n'aura lieu, car à la suite des élections de 2012, le gouvernement a exercé le pouvoir qui lui était accordé par l'article 36 de la *Loi 12* pour déclarer la cessation des effets de la majorité de ses articles, dont les articles 13 et 14²⁸³. Ainsi, la *Loi 12* n'aurait pas eu pour effet de clarifier l'état du droit relativement à la grève étudiante.

5.1.4. Impact de la judiciarisation sur l'avenir du droit de grève

Plusieurs commentateurs ont avancé que la judiciarisation de la grève étudiante lors du printemps 2012 constitue un point de rupture; qu'il y aura un avant et un après 2012²⁸⁴. Effectivement, rien ne permet de croire à un retour au consensus social qui permettait aux associations d'étudiants de déclarer une grève et de la faire respecter par leurs membres et par leur établissement d'enseignement. Si la grève comme telle (c'est-à-dire le refus collectif

---

281. Voir, par exemple : COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE, « *Commentaires sur la Loi permettant aux étudiants de recevoir l'enseignement dispensé par les établissements de niveau postsecondaire qu'ils fréquentent* », Cat. 2.412.119, juillet 2012; BARREAU DU QUÉBEC, communiqué, « *Loi permettant aux étudiants de recevoir l'enseignement dispensé par les établissements de niveau postsecondaire qu'ils fréquentent. Le Barreau du Québec formule de sérieuses inquiétudes* », 18 mai 2012, en ligne : <<http://www.barreau.qc.ca/fr/actualites-medias/communiques/2012/05/18-etudiants>>.

282. *Fédération étudiante collégiale du Québec (FECQ) c. Québec (Gouvernement du)*, 2012 QCCS 2860 (demande de suspension provisoire de certains articles en attendant l'audition sur le fond rejetée); *Fédération étudiante collégiale du Québec (FECQ) c. Québec (Gouvernement du)*, 2012 QCCA 1311 (appel rejeté).

283. *Cessation d'effet de la Loi permettant aux étudiants de recevoir l'enseignement dispensé par les établissements de niveau postsecondaire qu'ils fréquentent*, (2012) 41 G.O. II, 4865.

284. Voir, par exemple : Guillaume BOURGAULT-CÔTÉ, « La fin des assos étudiantes? », *Le Devoir*, 19 mai 2012, en ligne : <<http://www.ledevoir.com>>.

de se présenter à ses cours) est encore tout à fait loisible, il ne semble pas que les mécanismes qu'utilisaient les associations d'étudiants pour la rendre effective comme moyen de pression, notamment les levées de cours et le piquetage « dur », puissent dorénavant échapper à l'intervention judiciaire et éventuellement policière.

Vu cette impossibilité de retour en arrière, les associations d'étudiants québécois se trouvent actuellement dans une situation similaire à celle des syndicats de travailleurs pendant la période allant de la décriminalisation de la grève en 1872 à l'adoption de la législation précurseur du *Code du travail* en 1944²⁸⁵. À cette époque, les employeurs n'avaient aucune obligation de reconnaître la représentativité d'un syndicat ni la légitimité d'une grève déclarée par celui-ci. Ainsi, le mouvement ouvrier devait avoir recours aux moyens illégaux afin d'imposer les décisions prises par la majorité aux travailleurs dissidents.

Une réponse possible à cette situation de la part des associations d'étudiants serait tout simplement de l'accepter. La possibilité d'arrestations de militants lors d'actions visant à faire respecter un mandat de grève serait alors simplement une donnée de nature tactique à prendre en considération lors d'élaboration de stratégies de mobilisation et de contestation. Il s'agit là d'une voie empruntée par le mouvement ouvrier jusqu'à son accession à la légalité dans les années de l'après-guerre²⁸⁶. D'ailleurs la désobéissance civile fut explicitement endossée par certaines associations d'étudiants lors de la grève du printemps 2012²⁸⁷,

---

285. Ce parallèle fut invoqué dans les jours qui suivirent l'adoption de la *Loi 12* (aussi connue sous l'appellation de *Projet de loi 78*); voir : Jacques ROUILLARD, « *Loi 78 - Liberté d'étudier et liberté de travailler* », *Le Devoir*, 22 mai 2012, en ligne : <<http://www.ledevoir.com>>.

286. Bryan D. PALMER, « What's law got to do with it? Historical considerations on class struggle, boundaries of constraint, and capitalist authority », (2003) 41-2&3 *Osgoode Hall L.J.* 465.

287. Voir : R. ST-PIERRE et P. ETHIER, préc., note 212, p. 52 et 53.

notamment après l'adoption de la *Loi 12*²⁸⁸. L'objectif ici n'est pas de juger de la pertinence d'une telle ligne de conduite. Par contre, on constate que si telle est la voie choisie, la question du statut juridique de la grève étudiante devient secondaire, voire caduque; les problématiques juridiques soulevées sont d'un tout autre ordre²⁸⁹.

Une autre réponse serait d'essayer de suivre le modèle établi par le mouvement syndical de l'après-guerre, c'est-à-dire de tenter de négocier un « compromis historique » ou « pacte social » par lequel un droit restreint et très encadré de faire la grève étudiante fera partie d'un ensemble de droits étudiants accordés par l'État en échange de concessions assurant la stabilité sociale. Cela ne semble pas réaliste notamment parce que le « compromis historique » qui caractérise le système nord-américain des relations du travail était un compromis entre le capital et le travail; pas entre le mouvement syndical et l'État. L'État avait un intérêt à encadrer une relation qui était par sa nature contradictoire afin de minimiser la durée et l'ampleur des conflits inévitables, d'où le slogan selon lequel l'objectif du système est « la paix industrielle ». Or, la relation entre les universités et leurs étudiants n'est pas constitutivement conflictuelle comme celle entre le patronat et le salariat. Comme l'expliquent Brunelle, Lampron et Roussel :

[S]i la raison d'être de l'entreprise est la rentabilité, l'étudiant est la raison d'être de l'établissement d'enseignement. Ainsi, tandis que l'employeur, par définition, cherche à maintenir le salarié dans une situation de subordination, l'établissement d'enseignement a plutôt pour l'étudiant des visées d'émancipation. Nous touchons ici aux confins de la comparaison entre les réalités du travail et celles de l'éducation.²⁹⁰

-
288. Philippe TEISCEIRA-LESSARD, « La CLASSE refuse de se soumettre à la loi spéciale », *La Presse*, 21 mai 2012, en ligne : <<http://www.lapresse.ca>>. Voir aussi : A. FRAPPIER, R. POULIN et B. RIOUX, préc., note 2, p. 131 et 132.
289. Voir, par exemple : Charles R. DISALVO, « The Fracture of Good Order: An Argument for Allowing Lawyers to Counsel the Civilly Disobedient », (1982) 17 *Georgia Law Review* 109.
290. C. BRUNELLE, P. LAMPRON et M. ROUSSEL, préc., note 53, 845.

Il est donc difficile d'imaginer qu'un système complexe d'arbitrage des intérêts, nécessairement divergents — comme celui encadrant les rapports collectifs du travail — soit souhaitable, voire même loisible, pour régir les rapports entre les universités et leurs étudiants. D'ailleurs, un tel exercice de l'imagination fut tenté dans une étude exploratoire prenant comme hypothèse méthodologique la transposition la plus fidèle possible du *Code du travail* aux associations d'étudiants et le résultat semble être suffisamment inapplicable pour constituer en soi la preuve de l'inopportunité d'une telle démarche²⁹¹.

Une troisième réponse possible aux défis posés aux associations d'étudiants par la jurisprudence en matière d'injonction serait d'envisager comment une reconnaissance pourrait être accordée à la liberté de grève étudiante sans l'imposition d'un régime complexe de négociation comme celui prévu au *Code du travail*. C'est la démarche proposée ici.

5.2. Fondements d'une reconnaissance éventuelle d'un droit de grève

Cette section part de l'hypothèse que, pour être effective, la reconnaissance éventuelle de la grève étudiante doit non seulement assurer sa protection contre l'ingérence de l'État (c'est-à-dire sa reconnaissance en tant que liberté négative), mais également permettre que la décision collective puisse faire naître des droits opposables à autrui (c'est-à-dire sa reconnaissance en tant que droit positif).

La reconnaissance de la grève étudiante en tant que liberté négative semble acquise par la jurisprudence, à tout le moins en ce qui concerne sa protection contre l'ingérence par l'État. Même si les jugements rendus insistent sur le vocable « boycottage », ils reconnaissent que les étudiants membres avaient tout à fait le droit d'y participer. Reste à savoir si cela comprend une protection contre

---

291. G. ROUSSEAU, M.-D. ALARIE, et R. DANYLO, préc., note 272, p. 56-70.

les représailles, notamment académiques, de la part de l'université. La question ne s'est pas posée en raison des effets de la *Loi 12*, laquelle prévoyait un régime de rattrapage faisant en sorte que les étudiants grévistes ne soient pas pénalisés²⁹². Par ailleurs, participer à une grève étudiante est non seulement un exercice de sa liberté d'association, mais également l'expression d'une conviction politique, et en vertu de la *Charte québécoise des droits et libertés de la personne* il est interdit de discriminer sur cette base²⁹³. Ainsi, on peut croire que les universités doivent accommoder les étudiants grévistes ayant manqué des cours en raison d'une grève au même titre qu'ils doivent accommoder les étudiants membres de minorités religieuses qui ont dû manquer des cours en raison de leurs pratiques religieuses²⁹⁴.

Reste à établir les mécanismes éventuels par lesquels les décisions prises en assemblée générale pourraient faire naître des droits opposables à autrui et qui permettraient aux associations d'étudiants de faire respecter une déclaration de grève. À cet égard, deux possibilités se présentent : soit des mécanismes permettant aux associations d'étudiants de rendre opposables leurs décisions aux étudiants dissidents, soit des mécanismes leur permettant de les rendre opposables aux universités. Bien qu'il soit toujours possible, en théorie, de modifier le droit par législation, cette voie n'est souvent pas disponible en pratique, et ce, pour plusieurs raisons, dont la conjoncture politique et la composition de l'Assemblée nationale. Les hypothèses ne nécessitant aucune modification législative sont donc discutées dans un premier temps, suivies par celles nécessitant une modification législative.

---

292. *Loi 12*, préc., note 278, art. 7-9.

293. *Charte québécoise*, préc., note 46, art. 10.

294. *Id.* Voir aussi : UNIVERSITÉ CONCORDIA, *Policy for Students on the Accommodation of Religious Observances*, n° PRVPAA-1 (prévoyant qu'aucun étudiant ne sera pénalisé pour avoir manqué à ses obligations académiques en raison d'un conflit avec ses observations religieuses); UNIVERSITÉ MCGILL, *Politique visant l'accommodement des fêtes religieuses*, art. 1. (« Il ne faut pas pénaliser les étudiants qui ne peuvent passer leurs examens ou être évalués le jour des fêtes religieuses lorsque ces activités entrent en conflit avec leurs observances religieuses »).

5.2.1. Hypothèses ne nécessitant aucune modification législative

5.2.1.1. Le litige

Le litige stratégique peut être une façon de faire évoluer le droit, voire de faire reconnaître un droit subjectif jusque-là inconnu. Il s'agit d'une stratégie mobilisée avec succès par plusieurs mouvements sociaux, dont ceux pour l'avancement des droits des femmes²⁹⁵ et des gais et lesbiennes²⁹⁶, surtout depuis l'avènement de la *Charte canadienne des droits et libertés*²⁹⁷. Historiquement, le mouvement syndical n'a pas eu beaucoup de succès à faire reconnaître des droits collectifs de cette manière²⁹⁸, mais plus récemment il a fait des gains importants²⁹⁹, notamment la reconnaissance de la protection constitutionnelle du droit à la

---

295. Voir, par exemple : Frederick L. MORTON et Avril ALLEN, « Feminists and the Courts: Measuring Success in Interest Group Litigation in Canada », (2001) 34 *Canadian Journal of Political Science / Revue canadienne de science politique* 34.

296. Voir par exemple : Miriam SMITH, « Social Movements and Judicial Empowerment: Courts, Public Policy, and Lesbian and Gay Organizing in Canada », (2005) 33 *Politics & Society* 327.

297. Voir, par exemple : Ian BRODIE, *Friends of the court: the privileging of interest group litigants in Canada*, Albany, SUNY Press, 2002; Frederick L. MORTON et Rainer KNOPFF, *The Charter revolution and the Court party*, Peterborough, Broadview Press, 2000.

298. Allan C. HUTCHINSON et Andrew PETTER, « Private Rights/Public Wrongs: The Liberal Lie of the Charter », (1988) 38 *University of Toronto Law Journal* 278 (l'individualisme libéral sur lequel la *Charte* est basée est incompatible avec une vision substantielle de la justice sociale et notamment les aspirations collectives de travailleurs). Voir aussi : Paul C. WEILER, « The Charter at Work: Reflections on the Constitutionalizing of Labour and Employment Law », (1990) 40 *University of Toronto Law Journal* 117.

299. Yvan PERRIER, « Lutte syndicale et contestation juridique à l'ère de la Charte canadienne des droits et libertés : du conflit ouvert à la plaidoirie feutrée ... », (2009) 14 *Lex Electronica*; Judy FUDGE, « The Supreme Court of Canada and the Right to Bargain Collectively : The Implications of the *Health Services and Support* case in Canada and Beyond », (2008) 37 *Indiana Law Journal* 25.

négociation collective³⁰⁰. Serait-il possible pour le mouvement étudiant québécois de réduire ou d'éliminer les effets néfastes de la judiciarisation de la grève étudiante de cette façon? Rien n'est moins certain.

Il n'est pas envisageable que les tribunaux reconnaissent le droit des associations d'étudiants de rendre leurs déclarations de grève opposables aux étudiants dissidents ou aux universités sur la seule base de la liberté d'association protégée par la *Charte canadienne des droits et libertés*³⁰¹ et la *Charte des droits et libertés de la personne*³⁰². Un tel pas n'a pas été franchi en ce qui concerne les syndicats de travailleurs et la jurisprudence actuelle ne permet pas de croire qu'une interprétation aussi expansive de la liberté d'association puisse être acceptée par les tribunaux³⁰³, notamment en raison de l'importance qu'ils accordent à la liberté de non-association³⁰⁴.

Il serait peut-être possible de convaincre un tribunal éventuellement saisi d'un litige sur le fond qu'une association d'étudiants peut lier ses membres en invoquant le lien contractuel entre une personne morale et ses membres. Il s'agit là d'un argument bien fondé en droit, comme il est expliqué ci-haut³⁰⁵. Les associations pourraient même adopter au préalable un règlement énonçant l'obligation des membres de respecter une déclaration de grève et spécifiant la procédure applicable, et ce, afin de se conformer à la lettre à la règle énoncée à l'article 313 du *Code civil*.

Par contre, même un jugement favorable à cet argument ne résoudrait pas, à lui seul, le problème des injonctions, car rien

---

300. *Health Services*, préc., note 188; *Fraser*, préc., note 188.

301. *Charte québécoise*, préc., note 46, art. 3.

302. *Charte canadienne*, préc., note 45, art. 2(d).

303. *Supra*, note 187. Par ailleurs, même si la Cour suprême venait à la conclusion que l'art. 2(b) de la *Charte canadienne* protège la liberté de faire la grève, il est peu probable qu'elle décide que cela implique un droit positif de faire la grève qui serait opposable aux travailleurs dissidents.

304. *R. c. Advance Cutting & Coring Ltd.*, 2001 CSC 70.

305. *Supra*, s. 2.2.2.1.

n'empêcherait alors les étudiants dissidents de démissionner de l'association, comme ils ont le droit de faire en vertu de la L.a.f.a.e.e.³⁰⁶, dès qu'une résolution déclarant la grève est adoptée, quitte à faire une demande de réintégrer l'association quand la grève est terminée. N'étant alors pas membres de la personne morale, les étudiants dissidents ne seraient pas liés par ses décisions et pourraient déposer des demandes d'injonctions comme ils l'ont fait lors du printemps 2012. Dans les juridictions sans dispositions « anti-scabs », les syndicats de travailleurs ont répondu à cette problématique en incluant les clauses dites « d'atelier fermé » dans leurs conventions collectives. De telles clauses assurent que les membres de l'unité de négociation ne peuvent pas se soustraire de la discipline syndicale en démissionnant du syndicat, car se faisant, ils perdraient leur emploi³⁰⁷. Rien n'empêcherait une association d'étudiants de négocier l'inclusion d'une clause « d'atelier fermé » dans le contrat d'études de ses membres, mais cela prendrait évidemment la participation de l'établissement³⁰⁸.

Une autre possibilité serait d'essayer d'amener un tribunal à reconnaître que le monopole de représentation accordée par la L.a.f.a.e.e. à l'association d'étudiants accréditée³⁰⁹ permet à cette

---

306. L.a.f.a.e.e., préc., note 62, art. 26 al. 4.

307. Bien que C.t., art. 63 prévoit qu'un « employeur ne peut être tenu [...] de renvoyer un salarié pour la seule raison que l'association accréditée [...] l'a suspendu ou exclu de ses rangs », cela est permis dans d'autres juridictions canadiennes. Voir, par exemple : *Trade Union Act*, R.S.S. 1978, c. T-17 (Sask.), art. 11(1)(p) et 36(3) (permettant aux syndicats d'exiger l'inclusion d'une clause de sécurité syndicale dans une convention collective ayant pour effet d'obliger les employés qui sont membres du syndicat d'en rester membres et d'obliger les nouveaux employés de devenir membres et de le rester). Ces dispositions furent jugées constitutionnelles dans l'affaire *Strickland c. Ermel*, (1992) 91 D.L.R. (4^e) 694 (Sask. Q.B.); pourvoi rejeté [1994] 1 W.W.R. 417 (Sask. C.A.); permission d'en appeler refusée [1994] 1 R.C.S. xi.

308. *Infra*, s. 4.4.1.2. Dans un jugement rendu oralement, un juge de la Cour des petites créances de l'Ontario a statué qu'une clause dans un contrat d'études obligeant à l'étudiant de devenir et de rester membre de l'association d'étudiants lui est opposable. Adam FEIBEL, « Student Loses Trial Against SFUO », *University of Ottawa Fulcrum*, 16 janvier 2013, en ligne : <<http://www.thefulcrum.ca>>.

309. L.a.f.a.e.e., préc., note 62, art. 28.

dernière de lier l'université par une déclaration de grève. Selon cet argument, une fois que l'association a exprimé son désir de voir lever les cours, l'établissement n'aurait pas le droit de prendre en considération le souhait des étudiants dissidents de continuer à recevoir leur instruction. Il faut reconnaître que, nonobstant le fait que cet argument repose sur des fondements juridiques sérieux, il a peu de chances de succès, à tout le moins au niveau de la Cour supérieure, et ce, en raison de la jurisprudence unanime à l'effet contraire. Comme il a déjà été mentionné, même si la valeur de précédent des décisions rendues est très faible, il est fort probable qu'elle soit suivie. Par contre, dans la mesure où un tribunal est appelé à statuer sur la portée précise de la L.a.f.a.e.e., il y a peu de raisons pour lesquelles les associations d'étudiants se priveraient de l'occasion de faire valoir cet argument en espérant avoir gain de cause devant une cour d'appel.

Enfin, il serait difficile, sinon impossible de faire reconnaître par litige que les universités puissent être liées par une déclaration de grève étudiante en raison d'une clause implicite du contrat d'études les liant à leurs étudiants. Considérant les positions qu'elles ont prises lors des litiges du printemps 2012, il semble clair que les universités ne considèrent pas que leurs contrats d'études doivent être interprétés ainsi. En absence d'une clause explicite, il serait donc difficile d'affirmer que l'intention des parties aux contrats d'études conclus après cette période était de laisser inchangés les usages antérieurs selon lesquels les universités seraient obligées de respecter une déclaration de grève étudiante ou d'annuler des cours quand il y avait du piquetage étudiant³¹⁰.

Si, malgré ces obstacles, le litige fut choisi comme stratégie pour faire reconnaître un droit positif de grève étudiante, il serait désastreux d'attendre une future grève étudiante pour invoquer les arguments soulevés. En définitive, l'urgence qui règne lors d'une grève favorise nettement les demandeurs d'injonctions. D'ailleurs,

---

310. C.c.Q., art. 1425 (« Dans l'interprétation du contrat, on doit chercher quelle a été la commune intention des parties [...] »).

c'est un des arguments classiques soulevés par les auteurs critiques de l'utilisation des injonctions pour réglementer le piquetage en contexte de grève de travailleurs³¹¹. Souvent, la décision provisoire ou interlocutoire est suffisante pour freiner l'élan de la contestation, permettant ainsi à l'employeur de partir d'une position de force pour imposer un règlement qui lui est avantageux. En conséquence, les parties ne se rendent que très rarement au litige sur le fond et le conflit laisse derrière lui une autre pierre dans l'édifice jurisprudentiel limitant l'action collective au profit des droits contractuels individuels ou des droits de propriété. Ainsi, si les associations en venaient à décider de suivre la voie du litige stratégique — en dépit de tous les risques et désavantages que cela comporte — elles feraient mieux de prendre l'initiative, par exemple en déposant une requête en jugement déclaratoire.

5.2.1.2.   *Modification des contrats d'études*³¹²

Comme il a déjà été mentionné, les obligations réciproques entre les universités et leurs étudiants sont déterminées en grande partie par le contrat d'études. Bien que ce contrat puisse être infléchi par les normes étatiques, notamment celles relatives aux frais de scolarité³¹³, il est loisible aux parties d'inclure toute disposition qui n'est pas contraire à l'ordre public. Il n'y a donc aucune raison juridique pour laquelle les universités ne pourraient pas proposer un contrat d'études à leurs futurs étudiants comprenant une clause selon laquelle une déclaration de grève par une association d'étudiants accréditée ou reconnue entraîne la suspension des cours. La façon habituelle de faire cela serait par l'adoption d'un règlement, d'une directive ou d'une politique; l'instrument normatif complète alors le contrat d'études³¹⁴. Cela étant dit, il serait mieux d'informer les futurs étudiants de

---

311. Voir : F. FRANKFURTER et N. GREENE, préc., note 203.

312. Voir : S. ATAOGUL, F. MAKELA, et al., préc., note 29, p. 21-23 et 26; G. ROUSSEAU, M.-D. ALARIE, et R. DANYLO, préc., note 272, p. 10-42.

313. *UdeM c. FmrQ*, préc., note 235.

314. A. LAJOIE et M. GAMACHE, préc., note 234, p. 298-302.

l'existence d'un tel règlement, politique ou directive afin d'éviter toute contestation³¹⁵. D'ailleurs, des dispositions prévoyant la suspension des cours, soit à la discrétion de l'université, soit pour des raisons précises comme des tempêtes hivernales, sont déjà en vigueur dans plusieurs universités³¹⁶.

Si les universités avaient mis en place des dispositions réglementaires permettant la suspension des cours par suite à une déclaration de grève, lors d'une grève subséquente, il serait extrêmement difficile pour les étudiants dissidents de soumettre aux tribunaux les mêmes arguments que ceux qu'ils ont mobilisés avec succès lors du printemps 2012. En effet, si le contrat d'études prévoyait la possibilité de suspension de cours en cas de grève, il serait difficile pour l'étudiant dissident de soutenir que l'établissement ait l'obligation de dispenser les cours malgré la grève. Pour réussir, il faudrait qu'il établisse soit qu'une telle clause

---

315. C.c.Q., art. 1455 (« La clause externe à laquelle renvoie le contrat lie les parties. [D]ans un contrat [...] d'adhésion, cette clause est nulle si, au moment de la formation du contrat, elle n'a pas été expressément portée à la connaissance [...] de la partie qui adhère, à moins que l'autre partie ne prouve que [...] l'adhérent en avait par ailleurs connaissance »).

316. Voir, par exemple : UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE, Règlement des études 2013-2014, art. 4.1.5.2 (suspension des activités pédagogiques pour jours fériés, lors d'élections provinciales ou fédérales, pendant les périodes de relâche, etc.) et art. 4.1.5.5 (comité de direction peut autoriser la suspension de cours pour d'autres raisons); UNIVERSITÉ LAVAL, Règlement des études, règlement n° CU-2000-5, tel qu'amendé, art. 182.1 (« Lors de circonstances exceptionnelles, le vice-recteur aux études et aux activités internationales détermine les mesures assurant la validité d'une session. »); UNIVERSITÉ DE MONTRÉAL, Politique de l'Université concernant les tempêtes de neige et les situations d'urgence, n° 40.6 (lors de tempêtes de neige ou situations d'urgence « [i]l revient alors au professeur de juger si le nombre d'étudiants présents est suffisant pour justifier qu'il dispense son cours et, dans le cas contraire, de déterminer les modalités de rattrapage »); UNIVERSITÉ CONCORDIA, Policy on Hours of Operation, n° VPS-4, art. 3 (cours peuvent être annulés en cas de conditions météorologiques extrêmes ou d'urgence) et art. 6 (pouvoir de décréter une suspension de cours revient au « Vice-Président, Services »).

contractuelle est en soi abusive³¹⁷, soit que le pouvoir de l'université fût exercé de façon abusive ou de mauvaise foi³¹⁸.

Évidemment, l'étudiant individuel n'a aucun contrôle sur le contenu du contrat d'études qui lui est proposé par l'université; il s'agit d'un contrat d'adhésion³¹⁹. Se pose alors la question de comment amener les universités à promulguer un règlement, politique ou directive prévoyant la suspension de cours à la suite à d'une déclaration de grève. Une façon serait que les associations d'étudiants mettent de la pression sur leurs universités pour le faire. Un des avantages de cette solution est qu'elle ne requiert aucune action gouvernementale; il suffirait que l'association d'étudiants convainque l'université de l'opportunité d'une telle approche, par exemple en mobilisant les arguments de principe relativement à la liberté d'association des étudiants ou des arguments pragmatiques relativement à la sécurité et à la bonne gestion du campus lors d'une éventuelle grève étudiante. Un autre avantage de cette approche est qu'elle permet l'adaptation d'une éventuelle obligation universitaire de respecter une déclaration de grève étudiante en fonction des particularités de chaque campus. Par contre, on constate également des désavantages liés à la poursuite de cette solution « à la pièce ». Premièrement, de par le fait qu'elle permette, par définition, une variation importante entre établissements, il est fort possible, sinon probable, que le degré de respect de la liberté d'association des étudiants varie en fonction de l'établissement qu'ils fréquentent. Cela n'est pas uniquement une question de principe : les grèves nationales risqueraient d'être plus difficiles à organiser dans de telles conditions. Deuxièmement, il n'est pas du tout acquis que les établissements acquiesceraient aux demandes des associations d'étudiants d'adopter des dispositions

---

317. C.c.Q., art. 1437 (clause d'un contrat d'adhésion qui désavantage l'adhérent d'une manière excessive et déraisonnable est nulle).

318. C.c.Q., art. 6, 7 et 1375 (obligation de bonne foi en matière contractuelle). Voir aussi : *Turner v. York University*, préc., note 267 (la modification unilatérale de l'horaire fait partie des prérogatives universitaires et elle ne saurait fonder un recours en responsabilité contractuelle en absence de conduite abusive de la part de l'université).

319. C.c.Q., art. 1379.

normatives permettant la reconnaissance d'une grève. Si un établissement refusait, il serait difficile de faire la grève pour lui convaincre, car en absence de sa reconnaissance, une telle grève serait rapidement contrecarrée par voie d'injonction. Il s'agit là du même problème « de la poule et de l'œuf » qui confrontait les syndicats de travailleurs au début de XX^e siècle, alors qu'ils luttaienent pour se faire reconnaître.

Une autre façon d'amener les universités à promulguer un règlement, politique ou directive prévoyant la suspension de cours à la suite d'une déclaration de grève serait de leur faire imposer l'obligation par le ministre responsable de leur financement. En effet, les universités bénéficient d'une très large autonomie de l'État — ce qui est par ailleurs primordial pour mettre la recherche et l'enseignement à l'abri de pressions politiques — rendant difficile l'imposition directe d'une telle obligation. L'article 5 de la *Loi sur le ministère de l'Enseignement supérieur, de la Recherche, de la Science et de la Technologie*³²⁰ accorde une très grande discrétion au ministre responsable dans la détermination des conditions que doivent rencontrer les universités afin de pouvoir bénéficier des subventions gouvernementales. Étant donnée la part importante de la subvention gouvernementale dans le budget annuel des universités québécoises, ce pouvoir permet au ministre d'influencer les politiques universitaires de façon substantielle; c'est d'ailleurs le fondement du système de contrôle gouvernemental des frais de scolarité³²¹. Juridiquement, il serait donc possible pour le ministre d'annoncer que seules les universités ayant adopté une politique de reconnaissance de la grève étudiante seront admissibles aux subventions gouvernementales annuelles nécessaires à leur fonctionnement. Évidemment, c'est au mouvement étudiant de rendre une telle situation *politiquement* possible. Par ailleurs, l'avantage de cette stratégie — qu'il est possible de mettre en œuvre

---

320. RLRQ, c. M-15.1.0.1

321. *Ruel c. Québec (Éducation)*, préc., note 235. À l'époque de ce jugement, c'était l'article 1.3 de la *Loi sur le ministère de l'Éducation, du Loisir et du Sport*, RLRQ, c. M-15 qui prévoyait ce pouvoir. Cet article était identique à l'article 5 de l'actuelle *Loi sur le ministère de l'Éducation du loisir et du sport*.

sans avoir recours au processus législatif — est aussi un désavantage. À la suite d'une modification éventuelle de la politique de subvention gouvernementale aux universités, elle pourrait être annulée après l'entrée en poste d'un ministre moins enclin à reconnaître la liberté d'association étudiante.

5.2.2. Hypothèses nécessitant une modification législative

Si le législateur décidait d'amender la L.a.f.a.e.e. afin de reconnaître un droit de grève étudiant, il pourrait le faire d'au moins deux façons. Premièrement, il pourrait modifier la loi afin de rendre une décision prise en assemblée générale opposable à l'ensemble des étudiants visés par le monopole de représentation accordée à l'association accréditée. Deuxièmement, il pourrait introduire une disposition obligeant les universités à respecter une déclaration de grève, leur imposant ainsi l'annulation des cours en contexte de grève.

La première possibilité — c'est-à-dire de rendre opposable une décision d'une association d'étudiants de faire la grève à tous les étudiants représentés par l'association en question — pourrait se faire par la simple abolition du quatrième alinéa de l'article 26 de la L.a.f.a.e.e., lequel accorde aux étudiants le droit de démissionner de l'association d'étudiants accréditée qui les représente. Tous les étudiants visés par l'accréditation seraient alors réputés membres de la personne morale incorporée en vertu du premier alinéa de l'article 26 de la L.a.f.a.e.e. et seraient donc liés par ses décisions en vertu de l'effet combiné de la *Loi sur les compagnies* et l'article 313 du *Code civil*. Une telle obligation légale d'être membre d'une association d'étudiants n'est pas sans précédent; il existe des régimes d'adhésion obligatoires à une association d'étudiants en Alberta³²² et au Manitoba³²³. Cela étant

---

322. *Post-secondary Learning Act*, préc., note 61, art. 93(2) (tous étudiants inscrits à l'université sont membres de l'association).

323. *University of Manitoba Students' Union Act*, R.S.M. 1990, c. 203, art. 6(1) (tous les étudiants inscrits à l'Université du Manitoba doivent être membres de l'association).

dit, aucune décision judiciaire n'a confirmé la conformité de ces régimes avec la liberté de non-association découlant de l'article 2 d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, et une contestation constitutionnelle d'une éventuelle modification à la L.a.f.a.e.e. sur cette base ne serait pas sans chance de succès³²⁴. En effet, il semble évident que l'appartenance forcée à une association d'étudiants constitue une violation *prima facie* de la liberté d'association et il reviendrait au gouvernement de démontrer qu'une telle restriction de la liberté individuelle soit justifiée dans une société libre et démocratique³²⁵. Par ailleurs, l'adhésion obligatoire à un syndicat a déjà été jugée constitutionnelle en raison des bienfaits que la sécurité syndicale apporte aux travailleurs ³²⁶, mais la jurisprudence plus récente se démontre plus exigeante quant à la justification requise³²⁷.

L'autre possibilité — l'introduction d'une disposition légale obligeant les universités à respecter une déclaration de grève d'une association d'étudiants accréditée et leur imposant l'annulation des cours — serait moins vulnérable à une contestation constitutionnelle. C'est d'ailleurs la forme que prennent les dispositions « anti-scab » du *Code du travail*³²⁸. Une telle innovation législative pourrait se faire en introduisant une nouvelle disposition à la L.a.f.a.e.e. rendant explicite ce qui est déjà implicite à l'article 28 de cette loi, c'est-à-dire que l'établissement d'enseignement peut seulement donner suite aux revendications qui lui sont adressées par l'association d'étudiants accréditée.

---

324. Voir : F. MAKELA et S. AUDETTE-CHAPDELAINE, préc., note 24, 279-85.

325. *Charte canadienne*, préc., note 45, art. 1; R. c. *Oakes*, préc., note 150.

326. *Strickland c. Ermel*, préc., note 307.

327. R. c. *Advance Cutting & Coring Ltd.*, préc., note 304 (le régime d'adhésion syndicale obligatoire applicable dans l'industrie de la construction québécoise est justifié notamment parce qu'il visait à mettre fin à une longue histoire de violence intersyndicale dans ce secteur).

328. C.t., art. 109.1.

6. CONCLUSION

Le « compromis historique » que représente le système nord-américain des relations industrielles repose sur l'échange d'une reconnaissance du droit de grève des travailleurs contre un système de contrôle étatique sur son exercice. Ce compromis a permis aux syndicats de travailleurs de s'imposer comme acteur économique et politique légitimé dans la société capitaliste libérale et l'on ne saurait nier les gains que cela a apportés aux travailleurs. Cela étant dit, ce système a aussi été accusé d'avoir vidé le mouvement ouvrier de son potentiel de transformation sociale en encadrant son pouvoir de perturbation³²⁹. Cette démobilisation n'est pas seulement en raison des limites imposées sur la grève, mais des effets de ces limites sur la culture militante du mouvement ouvrier, lequel est taxé d'avoir laissé les formes participatives nécessaires à la mobilisation de masse en faveur de structures bureaucratiques mieux adaptées aux relations du travail hautement encadrées par le droit³³⁰. Or, le pouvoir de perturbation est justement ce qui a permis au mouvement étudiant de faire des gains importants, notamment lors du printemps 2012. Il est donc légitime de se demander si une reconnaissance formelle du droit de grève étudiante est une voie à privilégier pour le mouvement étudiant.

Sur le plan juridique, on peut s'attendre à ce qu'une reconnaissance éventuelle d'un droit de grève étudiante — qu'elle soit par voie contractuelle, réglementaire ou législative — soit accompagnée de contraintes sur le processus décisionnel, telle l'obligation de la tenue d'un scrutin secret, pour qu'il réponde aux critères de légitimité de la démocratie libérale³³¹. D'ailleurs, de telles

---

329. Voir, par exemple : Duncan KENNEDY, « Labor Law Theory: A Comment », (1981) 4 *Industrial Relations Law Journal* 503.

330. Voir, par exemple : Peter S. McINNIS, *Harnessing Labour Confrontation. Shaping the Postwar Settlement in Canada, 1943-1950*, Toronto, University of Toronto Press, 2002; Karl E. KLARE, « Labor Law as Ideology: Toward a New Historiography of Collective Bargaining Law », (1981) 4 *Industrial Relations L.J.* 450.

331. COMMISSION SPÉCIALE D'EXAMEN DES ÉVÉNEMENTS DU PRINTEMPS 2012, préc., note 2, p. 126-130 et 355.

contraintes sont imposées aux syndicats de travailleurs³³², alors que l'on ne les impose pas aux autres entreprises à but non lucratif incorporées en vertu de la partie III de la *Loi sur les compagnies* ni aux entreprises à but lucratif³³³. Si l'obligation de tenir un scrutin secret, ou d'autres contraintes comme l'atteinte d'un quorum minimal ou encore l'obtention d'une majorité qualifiée d'étudiants votants ne sont pas nécessairement problématiques en soi, elles posent néanmoins un risque pour l'autonomie des associations d'étudiants. En définitive, aucune contrainte ne pourrait être imposée sur le processus sans qu'un pouvoir de surveillance soit accordé à quelqu'un pour s'assurer qu'elle soit respectée.

Il semble donc important que, lors des réflexions qui s'imposent à la suite de la judiciarisation de la grève étudiante et à la problématique posée par les injonctions accordées, le mouvement étudiant garde à l'esprit que la reconnaissance formelle d'un droit vient nécessairement avec l'imposition d'obligations quant à son exercice.

---

332. Voir, par exemple : C.t., art 20.2 al. 1 (« Une grève ne peut être déclarée qu'après avoir été autorisée au scrutin secret par un vote majoritaire des membres de l'association accréditée qui sont compris dans l'unité de négociation et qui exercent leur droit de vote »).

333. *Loi sur les compagnies*, préc., note 105, art. 101 al. 1 (2); *Loi sur les sociétés par actions*, RLRQ, c. S-31.1, art. 183.

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : CONTRIBUTION À LA RÉFLEXION SUR LA GRÈVE ÉTUDIANTE ET LE DROIT DES CONTRATS : OU COMMENT CONCILIER L'AUTONOMIE DES INDIVIDUS, DES ASSOCIATIONS ET DES ÉTABLISSEMENTS

Auteur(s) : Guillaume ROUSSEAU
Marie Danielle ALARIE

Revue : RDUS, 2014, volume 44, numéro 2-3

Pages : 417-461

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/10200>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/10200>

Page vide laissée intentionnellement.

CONTRIBUTION À LA RÉFLEXION SUR LA GRÈVE ÉTUDIANTE ET LE DROIT DES CONTRATS : OU COMMENT CONCILIER L'AUTONOMIE DES INDIVIDUS, DES ASSOCIATIONS ET DES ÉTABLISSEMENTS

par Guillaume ROUSSEAU*
Marie Danielle ALARIE**

La grève étudiante du printemps 2012 a été l'occasion d'une judiciarisation. C'est dans ce contexte que cet article propose une réflexion sur différentes façons d'encadrer le droit de grève des étudiants québécois. S'appuyant sur le droit des contrats, fondement de la jurisprudence issue du printemps 2012, les mesures proposées visent à permettre un respect de l'autonomie des acteurs concernés. Dans une première partie, le présent article expose l'état du droit relatif au contrat étudiant-établissement et au pouvoir de l'établissement d'enseignement de suspendre des cours. La seconde partie analyse des façons d'inclure à ce contrat une clause permettant ou obligeant la suspension des cours en cas de vote de grève.

The student strike which occurred in the spring of 2012 resulted in a strong reliance on the courts for resolving several issues arising from this event. In view of this phenomenon, the writers propose various avenues for providing a legal framework to students' right to strike. Contract law generally served as the basis of various court decisions arising out of these circumstances and will also retained as the foundation of measures proposed by the writers, who seek to promote the autonomy of the various players involved in the strike. The first part of the article describes certain legal facets of contracts between students and educational institutions and examines the power of these institutions to suspend class. The second part analyzes various ways of including in these contracts, a clause which would allow or require the cancellation of classes in case of a student strike.

---

*. Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke.

** . Diplômée du baccalauréat en droit et du diplôme de 2^e cycle en *common law* et droit transnational de la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke.

SOMMAIRE

Introduction	419
I. L'état du droit: du contrat étudiant-établissement à la suspension de cours	423
A. Le contrat étudiant-établissement	423
1. L'existence du contrat étudiant-établissement	424
2. La qualification du contrat étudiant-établissement.....	427
3. Les termes du contrat étudiant-établissement	429
4. Les obligations découlant du contrat étudiant-établissement.....	432
B. Le contrat étudiant-établissement et la suspension de cours.....	434
1. Le cas de la tempête hivernale.....	435
2. L'analogie possible avec la grève étudiante	440
II. Des réformes possibles : une clause de grève d'origine réglementaire, ministérielle ou législative..	444
A. La clause de grève d'origine réglementaire	444
1. Le pouvoir de suspension des cours en cas de grève étudiante	445
2. Les conditions pouvant servir à encadrer le pouvoir de suspension	447
3. La validité de la clause de grève.....	449
B. La clause de grève d'origine ministérielle ou législative	455
1. Le pouvoir du ministre sur le contrat étudiant-établissement.....	455
2. Le pouvoir du législateur sur le contrat étudiant-établissement.....	458
Conclusion	459

Introduction***

Depuis 1958, le Québec a connu au moins une dizaine de grèves étudiantes d'envergure portant sur des questions fort variées : nombre de places à l'université, régime des prêts et bourses, politique des présences obligatoires au cégep, accession aux études universitaires et, bien sûr, frais de scolarité¹. Même en considérant cette dernière question comme étant réglée, il en existe donc beaucoup d'autres qui risquent de donner lieu à des grèves étudiantes avant longtemps.

Dans ce contexte, et à la lumière du fait que la grève étudiante de 2012 a été l'occasion d'une judiciarisation qui fut à la source de tensions et de violences, il y a lieu de s'interroger sur l'opportunité d'une clarification et d'une évolution du droit qui permettraient d'éviter que les prochaines grèves étudiantes ne se terminent ainsi. Nous parlons d'une clarification, car si plusieurs demandes d'injonctions interlocutoires provisoires ont alors été accordées par la Cour supérieure², d'autres ont été rejetées par

---

***. Les auteurs tiennent à remercier Me Finn Makela, professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Sherbrooke, Me Christian Brunelle, professeur à la Faculté de Droit de l'Université Laval, Me Louis-Philippe Lampron, professeur à la Faculté de Droit de l'Université Laval, Me Philippe-André Tessier, Me Chantale Bouchard, Me Pierre Brun et M. Marc-Antoine Cloutier, Président-Directeur Général de la Clinique juridique Juripop, pour leurs nombreux commentaires sur une version préliminaire d'une étude dont certaines parties ont inspiré le présent article : Guillaume ROUSSEAU, Marie Danielle ALARIE et Rémi DANYLO, *La grève étudiante à la lumière du droit: de l'impasse judiciaire aux solutions politiques*, Clinique juridique Juripop de l'Estrie, 2013. Ils remercient également Jean-Christophe Canuel, Virginie Bourgeois, Annie Germain et Samuel Tanguay, étudiants à la Faculté de Droit de l'Université de Sherbrooke, pour leur aide à la recherche et Françoise Leclerc pour son aide en matière de révision et de correction. Les auteurs demeurent toutefois responsables de toute erreur, le cas échéant.

1. RADIO-CANADA, « Les grèves étudiantes au Québec: quelques jalons », (2012), en ligne : <<http://www.radio-canada.ca/sujet/Droits-scolaire/2012/02/14/003-droits-greve-chrono.shtml>> (consulté le 14 mars 2014).
2. Voir notamment : *Bécharde c. Université du Québec à Montréal*, 2012 QCCS 2134; *Combey c. Cégep de Saint-Laurent*, 2012 QCCS 1731; *De Montigny*

cette même cour³, sans que la Cour d'appel soit ensuite venue clarifier l'état du droit.

Lorsqu'une telle clarification ou une telle évolution est envisagée, c'est plus souvent le droit du travail qui est mentionné comme possible inspiration⁴. Pourtant, puisque les injonctions interlocutoires provisoires qui ont été ordonnées au printemps 2012 l'ont été sur la base de l'apparence d'un droit contractuel à la tenue des cours, une réflexion à la lumière du droit des contrats nous semble également pertinente.

Même si l'existence d'un contrat étudiant-établissement a été constatée par la jurisprudence il y a plus d'une quarantaine d'années⁵, peu a été écrit à son sujet par la doctrine⁶. Et surtout, aucun article n'a été consacré à exposer précisément comment un droit de grève étudiant pourrait être officiellement reconnu et encadré par la voie contractuelle. C'est ce que le présent article se propose de faire.

---

c. Université du Québec en Outaouais, 2012 QCCS 1919; *Michaudville c. Cégep de St-Laurent*, 2012 QCCS 1677; *Lessard c. Cégep de Sherbrooke*, 2012 QCCS 1669; *Morassee c. Université Laval*, 2012 QCCS 1565.

3. Voir : *Louati c. Université du Québec à Rimouski*, 2012 QCCS 1728; *Charrette c. Chaudier*, 2012 QCCS 1541; et, surtout, *Beausoleil c. Cégep régional Lanaudière*, 2012 QCCS 1673.

4. Voir par exemple : BARREAU DU QUÉBEC, « Conflit entre l'État et les étudiants – Le Barreau du Québec souhaite que l'on donne une nouvelle chance aux pourparlers », (16 mai 2012), en ligne : <<http://www.barreau.qc.ca/fr/actualites-medias/communiqués/2012/05/16-etudiants>> (consulté le 14 mars 2014).

5. *Tremblay c. Université de Sherbrooke*, [1973] C.S. 999.

6. Les principales exceptions étant : Andrée LAJOIE et Michelle GAMACHE, *Droit de l'enseignement supérieur*, Montréal, Éditions Thémis, 1990, p. 299 et suiv.; Carole TREMBLAY, « La relation juridique étudiant-université et la politique sur les droits de scolarité », dans S.F.P.B.Q., *Développements récents en droit de l'éducation* (1999), Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1999, p. 285; ASSOCIATION DES JURISTES PROGRESSISTES, « Grève étudiante : perspectives juridiques et historiques », (2013), en ligne : <<http://ajpquebec.org/wp-content/uploads/2013/02/ajp-greve-etudiante.pdf>> (consulté le 14 mars 2014); et, dans une moindre mesure, Nathalie CROTEAU, *Le contrat d'adhésion : de son émergence à sa reconnaissance*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1996, p. 125.

Comme c'est la force obligatoire du contrat étudiant-établissement qui est à la base de l'apparence d'un droit contractuel à la tenue des cours, et donc au fondement des injonctions interlocutoires provisoires prononcées au printemps 2012, il y a lieu de faire de cette force obligatoire le point de départ de notre réflexion.

La force obligatoire du contrat, exprimée par la fameuse maxime *Pacta sunt servanda* et consacrée par les articles 1434 et 1439 du *Code civil du Québec* (« C.c.Q. »), possède un fondement philosophique qu'il convient d'explicitier. Parmi les justifications de cette force obligatoire figure l'autonomie de la volonté. Pour Kant « [l']acte de volonté unifiée de deux personnes, par lequel en général le sien de l'un devient celui de l'autre, est le contrat »⁷. Hegel va dans le même sens lorsqu'il assimile la stipulation contractuelle à une décision volontaire qui lie les parties dès la conclusion du contrat, donc avant même le début de son exécution⁸.

Cette idée d'une autonomie de la volonté qui justifie la force obligatoire du contrat est toute-puissante pendant une bonne partie du XIX^e siècle. Elle se retrouve d'ailleurs au cœur du *Code civil du Bas Canada* adopté en 1866 qui va jusqu'à légaliser la lésion entre majeurs⁹. Bien qu'elle coexiste avec d'autres principes fondamentaux, l'autonomie de la volonté demeure encore aujourd'hui le principe dominant du droit québécois des obligations¹⁰. C'est pourquoi dans le cadre de notre réflexion sur la grève étudiante à

-
7. Emmanuel KANT, *Éléments métaphysiques de la doctrine du droit*, Paris, Durand, 1854, p. 150, n°18 cité dans Maurice TANCELIN, *Des obligations en droit mixte du Québec*, 7^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2009, n° 62.
  8. Georg WILHELM FRIEDRICH HEGEL, *Principes de la philosophie du droit*, Paris, Éditions Flammarion, 1999, p. 153; voir aussi : Jean-François KERVEGAN, « La théorie hégélienne du contrat : le juridique, le politique, le social », (2011) *Revue germanique internationale*, en ligne : <<http://rgi.revues.org/830>> (consulté le 14 mars 2014).
  9. C.c.B.C., art 102 : « Les majeurs ne peuvent être restitués contre leurs contrats pour cause de lésion seulement ».
  10. Jean-Louis BAUDOUIN et Pierre-Gabriel JOBIN, *Les obligations*, 6^e éd. Par P.-G. JOBIN avec la collab. de Nathalie VÉZINA, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, n° 74.

la lumière du droit des contrats, nous accordons une place centrale à l'autonomie de la volonté de toutes les parties en cause.

L'autonomie de la volonté n'est pas la seule raison d'être philosophique de la force obligatoire du contrat. Des auteurs de *common law*, dont Fuller et Atiyah, ont développé la théorie de la *reliance* ou « attentes légitimes » selon laquelle l'engagement contractuel lie parce que le cocontractant destinataire y a cru¹¹. L'accent est donc mis sur le fait que l'extériorisation de la volonté participe du lien social. Certes, cette théorie peut être critiquée en raison de sa circularité : le cocontractant croyant à l'engagement parce que le droit rend cet engagement obligatoire, la force obligatoire du contrat en droit positif se trouve à être la source de... la force obligatoire du contrat en droit positif¹². N'empêche, cette théorie a raison d'attirer l'attention sur l'importance du destinataire de l'engagement, du lien avec celui-ci, plus largement du lien social et, indirectement, de la nécessaire confiance qui doit régner entre les êtres humains pour qu'une société soit viable au sens anthropologique¹³. Et cette critique a raison d'attirer l'attention sur le fait qu'ultimement c'est le droit positif qui confère au contrat sa force obligatoire. À la lumière de ces considérations, nous proposons des solutions à la problématique de la grève étudiante propres au droit des contrats qui visent à préserver le lien social et la confiance, tout en tenant compte des conditions posées par le droit positif pour qu'une clause contractuelle soit valide et donc reconnue comme ayant une force obligatoire.

Car l'autonomie de la volonté et sa traduction juridique, la liberté contractuelle, ont beau être des principes dominants, elles ne sont plus l'alpha et l'oméga du droit québécois des contrats. Elles doivent être conciliées avec la justice contractuelle qui s'incarne dans des principes tels l'ordre public, la bonne foi, l'équité et la protection du consommateur ou de l'adhérent. Dans une

---

11. Voir notamment: Patrick S. ATIYAH, *An Introduction to the Law of Contracts*, Oxford, Clarendon Press, 1995.

12. Muriel FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations*, 2^e éd., Paris, P.U.F., 2010, p. 61.

13. *Id.*, p. 62.

société qui a connu ce corolaire de l'industrialisation qu'est la massification, dans le monde du travail comme dans celui de l'éducation, ces principes ont pris une importance considérable. Surtout qu'ils s'inscrivent de ce fait dans un contexte où les contrats d'adhésion sont plus nombreux qu'auparavant¹⁴.

C'est donc dire qu'en plus de proposer des solutions pour éviter une judiciarisation des prochaines grèves étudiantes, le présent article entend contribuer à la réflexion sur le contrat d'adhésion, plus précisément le contrat d'adhésion dont un tiers détermine une partie des conditions.

Pour ce faire, il sera d'abord question de l'état du droit en matière de contrat étudiant-établissement et du pouvoir de l'établissement d'enseignement de suspendre des cours (I). La seconde partie explorera, à la lumière de cet état du droit, des façons d'inclure à ce contrat une clause permettant ou obligeant la suspension des cours en cas de vote de grève, laquelle clause permettrait d'éviter la création de l'apparence d'un droit contractuel pouvant être invoquée à l'encontre d'un tel vote (II).

I. L'état du droit : du contrat étudiant-établissement à la suspension de cours

Le contrat est la base de la relation des étudiants avec les établissements d'enseignement. C'est pourquoi il convient de l'analyser. Et surtout, il importe d'analyser son rapport avec le pouvoir de suspension des établissements.

A. Le contrat étudiant-établissement

Le contrat à la base de la relation liant étudiants et établissements d'enseignement étant au cœur de notre réflexion, il

---

14. N. CROTEAU, préc., note 6, p. 13, 21 et 66.

importe de commenter son existence, sa qualification, ses termes et les obligations qui en découlent.

1. L'existence du contrat étudiant-établissement

De nombreuses décisions se sont appuyées sur le contrat étudiant-établissement afin de trancher des questions en litige. Les auteurs Lajoie et Gamache, dans leur étude approfondie du droit de l'enseignement supérieur, ont également conclu à ce statut contractuel de la relation entre les étudiants et les établissements d'enseignement postsecondaire.

D'après ces auteurs, les caractéristiques publiques des établissements d'enseignement, c'est-à-dire les points qu'ils ont en commun avec des organismes gouvernementaux, n'ont pas pour effet d'empêcher la relation étudiant-établissement d'être de nature contractuelle¹⁵. Car de manière générale, ces caractéristiques publiques n'empêchent pas les établissements de conclure des contrats¹⁶.

Les établissements, tout comme les étudiants, ont la capacité de contracter¹⁷. Ils sont des personnes morales¹⁸, lesquelles ont la personnalité juridique¹⁹, ce qui implique qu'ils ont la pleine jouissance des droits civils²⁰ et la capacité requise pour l'exercice de ces droits²¹. Par conséquent, les établissements ont la possibilité de conclure des contrats, y compris des contrats d'enseignement.

---

15. A. LAJOIE et M. GAMACHE, préc., note 6, p. 299 et suiv.

16. *Id.*, p. 293 et 294.

17. *Id.*, p. 215 et suiv. et 303.

18. Bernard JACOB et Marie-Claude SIMARD, « Les recours des étudiants : les tribunaux ont-ils leur mot à dire? », dans S.F.P.B.Q., *Développements récents en droit de l'éducation (1998)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 23 et 26; A. LAJOIE et M. GAMACHE, préc., note 6, p. 215.

19. C.c.Q., art. 298, al.1.

20. *Id.*, art. 301.

21. *Id.*, art. 303.

C'est dans l'affaire *Tremblay c. Université de Sherbrooke*²² que la Cour supérieure du Québec traite pour la première fois du contrat liant étudiants et établissements d'enseignement. Dans cette affaire, un étudiant intenta une action en injonction et dommages-intérêts contre l'Université ayant pris la décision de supprimer le programme auquel il était inscrit. Bien qu'elle ne traite pas d'une grève étudiante, cette décision est pertinente, car les principes qu'elle énonce s'appliquent à la relation étudiant-établissement dans son ensemble, peu importe que le litige soit dû à une grève étudiante ou à un programme annulé.

Ainsi, dans l'affaire *Tremblay*, la Cour décrit la relation contractuelle des parties de la façon suivante :

Lorsqu'une université accepte des étudiants à un programme défini devant mener à un grade spécifique et que les étudiants ont commencé à suivre ces cours, il se forme entre l'université et ces étudiants un contrat innommé²³.

Le contrat étudiant-établissement fit l'objet d'une étude plus approfondie dans l'affaire *Fédération des médecins résidents du Québec c. Université de Montréal*²⁴. Dans cette affaire, la Fédération contestait une hausse des frais de scolarité touchant les étudiants en médecine. Dans la décision de la Cour supérieure, le juge Tellier utilise le vocable « contrat universitaire »²⁵ pour désigner le contrat liant les parties. Devant la Cour d'appel, il fut décidé que ce contrat universitaire incluait la possibilité pour les universités de hausser les frais de scolarité en fonction des ajustements faits à la politique budgétaire gouvernementale.

Le contrat étudiant-établissement fut aussi étudié dans le cadre de recours opposant étudiants et établissements collégiaux.

---

22. *Tremblay c. Université de Sherbrooke*, préc., note 5.

23. *Id.*

24. *Fédération des médecins résidents du Québec c. Université de Montréal*, [1994] R.J.Q. 1650 (CS) (décision portée en appel); *Université de Montréal c. Fédérations des médecins résidents du Québec*, [1997] R.J.Q. 1832 (CA).

25. *Id.*, par. 3.

Dans l'affaire *Rhéaume c. Collège d'enseignement général et professionnel de Drummondville*²⁶, le juge Mongeon reconnaît que l'établissement collégial était lié par un contrat de services d'enseignement. En vertu de ce contrat, l'établissement ne pouvait expulser l'étudiant sans l'avoir informé des délais pour normaliser son admission.

Ce contrat étudiant-établissement fut le fondement de plusieurs décisions ayant, au printemps 2012, reconnu le droit à une injonction interlocutoire²⁷ sur la base de l'apparence d'un droit contractuel, puisque l'on se trouvait alors au stade interlocutoire et que dans ce contexte cette seule apparence était suffisante. Par exemple, dans l'affaire *Carrier c. Université de Sherbrooke*²⁸, une dizaine d'étudiants demandaient qu'il soit mis fin aux piquets de grève et que les cours reprennent normalement. Le juge Dumas se rangea de leur côté, concluant qu'ils apparaissaient avoir droit aux cours que l'Université s'était engagée à donner lors de la formation du contrat. Le juge cita les affaires *Tremblay* et *Fédération des médecins (CS)* pour démontrer l'existence du contrat et justifier la conclusion selon laquelle l'Université avait l'obligation de tenir les cours. Les propos du juge Dumas furent repris dans de nombreuses autres décisions subséquentes, dont les affaires *De Montigny*²⁹ et

---

26. *Rhéaume c. Collège d'enseignement général et professionnel de Drummondville*, [2003] R.J.Q. 573, par. 45 et 61.

27. Voir notamment les affaires *Bécharde c. Université du Québec à Montréal*, préc., note 2, *Combey c. Cégep de Saint-Laurent*, préc., note 2, *De Montigny c. Université du Québec en Outaouais*, préc., note 2, *Michaudville c. Cégep de St-Laurent*, préc., note 2, *Lessard c. Cégep de Sherbrooke*, préc., note 2, *Morassee c. Université Laval*, préc., note 2 et *Desrochers*. Dans l'affaire *Desrochers-Ruhdorfer c. Cégep de St-Jean-sur-Richelieu*, 2012 QCCS 1676, c'est un mandamus qui fut accordé en se basant sur des décisions antérieures qui ont reconnu l'existence d'un contrat étudiant-établissement, notamment des décisions en matière d'injonctions interlocutoires, et sur le fait que « [l]a question du mandamus qui est réclamée au Tribunal a des similitudes extraordinaires avec les demandes d'injonction », voir par. 73.

28. *Carrier c. Université de Sherbrooke*, 2012 QCCS 1612.

29. *De Montigny c. Université du Québec en Outaouais*, préc., note 2, par. 12 et suiv.

*Desrochers*³⁰. Même dans l'affaire *Louati c. Université du Québec à Rimouski*, où la demande d'injonction ne fut pas accueillie, le juge mentionna l'existence d'un « contrat de fourniture de services avec les étudiants »³¹.

L'importance du contrat dans la jurisprudence récente invite à aller plus avant dans la qualification et la description de celui-ci.

2. La qualification du contrat étudiant-établissement

Les décisions ayant introduit la notion de « contrat universitaire » impliquaient des défendeurs qui étaient des universités, ce pour quoi le qualificatif « universitaire » fut retenu. Toutefois, la relation liant les étudiants et les établissements d'enseignement collégial est essentiellement la même. Tout comme le « contrat universitaire », le « contrat collégial » fut le fondement de plusieurs décisions récentes en matière d'injonction interlocutoire³², bien que la qualification de « contrat collégial » ne fut pas employée. Dans l'affaire *Michaudville*, le juge Mongeon qualifie plutôt ce contrat de « contrat d'enseignement »³³. Le présent article fait donc indistinctement référence au contrat universitaire et au contrat collégial, qui seront regroupés sous le vocable de « contrat étudiant-établissement », de « contrat d'enseignement » ou tout simplement de « contrat ».

Dans l'affaire *Tremblay*, la Cour mentionne la nature *sui generis* du contrat. Un contrat *sui generis* est « un contrat différent des autres et qu'on ne peut, pour cette raison, faire entrer dans une catégorie reconnue »³⁴. Il s'agit donc d'un contrat innommé qui, à la

---

30. *Desrochers-Ruhdorfer c. Cégep de St-Jean-sur-Richelieu*, préc., note 27, par. 66 et suiv.

31. *Louati c. Université du Québec à Rimouski*, préc., note 3.

32. Voir notamment *Desrochers-Ruhdorfer c. Cégep de St-Jean-sur-Richelieu*, préc., note 27, par. 67 et suiv.; *Michaudville c. Cégep de St-Laurent*, préc., note 2, par. 44; *Combey c. Cégep de Saint-Laurent*, préc., note 2, par. 26; *Lessard c. Cégep de Sherbrooke*, 2012 QCCS 1669, préc., note 2, par. 6.

33. *Michaudville c. Cégep de St-Laurent*, préc., note 2, par. 44.

34. C. TREMBLAY, préc., note 6, p. 290.

différence des contrats nommés comme la vente et le louage³⁵, n'est pas l'objet d'une section du Code civil en régissant les modalités. Le Code civil n'édicte rien de particulier à leur égard, les contrats *sui generis* n'obéissent donc qu'aux règles générales en matière de droit des obligations³⁶ et à des règles leur étant propres³⁷. Son caractère *sui generis* permet à la relation contractuelle liant étudiants et établissements d'« être adaptée aux caractéristiques particulières de l'institution universitaire [ou collégiale] »³⁸.

Ce contrat répond également à la qualification de contrat d'adhésion³⁹. L'article 1379 alinéa 1 C.c.Q. définit le contrat d'adhésion comme suit :

Le contrat est d'adhésion lorsque les stipulations essentielles qu'il comporte ont été imposées par l'une des parties ou rédigées par elle, pour son compte ou suivant ses instructions, et qu'elles ne pouvaient être librement discutées.

Lors de la formation du contrat, soit au moment de l'inscription de l'étudiant⁴⁰, ce dernier adhère aux termes stipulés par l'établissement⁴¹. Autrement dit, l'étudiant-adhérent n'a pas la possibilité de négocier, par exemple, les frais qu'il devra payer ou les cours qu'il devra réussir afin d'obtenir son diplôme. Ces termes sont fixés par l'établissement-stipulant, auquel s'imposent toutefois certaines limites quant aux stipulations qu'il peut faire.

---

35. À titre d'exemple, voir les articles 1708 et suiv. C.c.Q. concernant la vente et les articles 1851 et suiv. C.c.Q. concernant le louage.

36. C.c.Q., art. 1371 et suiv.

37. P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, préc., note 10, par. 81.

38. C. TREMBLAY, préc., note 6, p. 290.

39. *Fédération des médecins résidents du Québec c. Université de Montréal*, préc., note 24; *Paiement c. McGill University (Department of Experimental Medicine)*, 2009 QCCS 4478, par. 11; Nathalie CROTEAU, « L'intervention du tribunal dans les contrats », dans S.F.P.B.Q., *Développements récents en droit des contrats (2000)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais.

40. C. TREMBLAY, préc., note 6, p. 289; A. LAJOIE et M. GAMACHE, préc., note 6, p. 305 (dit la même chose mais en utilisant un vocabulaire différent).

41. B. JACOB et M.-C. SIMARD, préc., note 18, p. 28, A. LAJOIE et M. GAMACHE, préc., note 6, p. 297.

L'établissement-stipulant ne peut, par exemple, inclure au contrat une clause abusive⁴².

Il est donc établi que la relation étudiant-établissement résulte d'un contrat obéissant à des règles particulières, ce qui peut en complexifier l'étude. Surtout qu'il n'est pas toujours facile de déterminer quels en sont les termes.

3. Les termes du contrat étudiant-établissement

Ces termes peuvent être « d'ordre académique ou administratif, réglementaire ou autre »⁴³. Ils se retrouvent dans une multitude de documents, lesquels sont accessibles aux étudiants, sans toutefois faire partie d'un seul et même document qui constituerait un contrat de forme plus conventionnelle. En effet, l'étudiant admis, lorsqu'il s'inscrit, ne signe pas un document contenant la totalité des termes de l'accord auquel il consent. Le contrat est plutôt constitué de différents documents.

Certains de ces documents sont de nature réglementaire au sens du droit administratif, en ce qu'ils résultent de l'exercice du pouvoir de réglementation des établissements⁴⁴. Ces documents de nature réglementaire sont annexés juridiquement au contrat. Lajoie et Gamache expliquent que ce rattachement est dû à l'article 1024 du *Code civil du Bas-Canada*⁴⁵, maintenant remplacé par l'article 1434 C.c.Q., qui se lit comme suit :

Le contrat valablement formé oblige ceux qui l'ont conclu non seulement pour ce qu'ils y ont exprimé, mais aussi pour tout ce qui en découle d'après sa nature et suivant les usages, l'équité ou la loi.

Étant rattachés au contrat, ces documents s'imposent aux parties comme s'ils se trouvaient tous dans un seul et même écrit.

---

42. C.c.Q., art. 1437.

43. C. TREMBLAY, préc., note 6, p. 292.

44. A. LAJOIE et M. GAMACHE, préc., note 6, p. 299.

45. *Id.*, p. 300.

La jurisprudence confirme le fait que certains documents font ainsi partie du contrat et mentionne quelques-uns de ces documents.

D'abord, dans l'affaire *Tremblay*, le juge Tôth, se demandant si l'Université avait le pouvoir d'annuler unilatéralement un programme, énonce ce qui suit :

Les étudiants étaient soumis aux règlements réguliers d'admission et aux règlements pédagogiques de l'université et de la faculté. [...] L'annonce du programme spécifiait: "Étant donné qu'il s'agit d'un cours de recyclage, la faculté ne s'engage à offrir ce programme qu'une fois [...]"⁴⁶.

Le juge considère que les règlements d'admission, les règlements pédagogiques ainsi que l'annonce du programme liaient les parties. Ces documents feraient donc partie du contrat, en ce sens qu'ils doivent être respectés par les parties.

Dans l'arrêt *Fédération des médecins résidents (CA)*, la Cour d'appel reconnaît la validité de la hausse des frais de scolarité que contestait la Fédération. La Cour affirme que, en vertu de l'article 1.3 de la *Loi sur le ministère de l'Éducation*⁴⁷, le ministre de l'Éducation dispose d'un pouvoir discrétionnaire lui permettant d'imposer aux universités les conditions qu'il juge appropriées à travers des Règles budgétaires annuelles, et ce, notamment en ce qui concerne les frais de scolarité⁴⁸. La Cour ajoute que les universités avisent les étudiants inscrits que leurs règlements en vigueur peuvent être modifiés, certaines mentionnant même expressément les frais de scolarité. Ainsi, la Cour conclut que les universités avaient le pouvoir de modifier le contrat en haussant les frais de scolarité dans le but de se conformer à la politique budgétaire gouvernementale.

---

46. *Tremblay c. Université de Sherbrooke*, préc., note 5.

47. *Loi sur le ministère de l'Éducation*, L.R.Q., c. M-15, aujourd'hui *Loi sur le ministère de l'Éducation, des Loisirs et du Sport*, L.R.Q., c. M-15.

48. *Université de Montréal c. Fédérations des médecins résidents du Québec*, préc., note 24, p. 5 et 6.

Ces avertissements donnés aux étudiants par les universités étaient divulgués dans différents documents, variant d'une université à l'autre. L'Université de Montréal et l'Université Laval prévoyaient cet avertissement dans leurs « Renseignements généraux ». L'Université McGill en faisait état dans un document intitulé « Fee information », alors que l'Université de Sherbrooke le mentionnait dans son « Règlement des études ». Les étudiants sachant, grâce à ces documents, que les universités avaient la possibilité de modifier les frais de scolarité, ils ne pouvaient contester la hausse.

Les auteures Lajoie et Gamache affirment également que les règlements institutionnels s'appliquent à la relation contractuelle des parties⁴⁹. Enfin, Carole Tremblay mentionne les annuaires remis aux étudiants admis⁵⁰, lesquels lieraient aussi étudiants et établissements.

On peut aisément concevoir que les documents transmis aux étudiants fassent partie du contrat. Mais il semble qu'il en aille de même des documents qui ne sont qu'accessibles. En effet, les « Renseignements généraux », « Règlements des études » et autres équivalents faisant sans conteste partie du contrat ne sont pas systématiquement transmis aux étudiants. Ils sont néanmoins mis à leur disposition sur le site Internet des établissements⁵¹.

Une autre caractéristique importante du contrat est qu'il est complété par des dispositions législatives et réglementaires émanant du gouvernement. Les auteures Lajoie et Gamache citent, à titre d'exemple, la *Loi sur les prêts et bourses aux étudiants*⁵², laquelle s'imposait, à l'époque, quant au financement des études. Les politiques budgétaires du gouvernement complètent également

---

49. A. LAJOIE et M. GAMACHE, préc., note 6, p. 293 et 298.

50. C. TREMBLAY, préc., note 6, p. 292.

51. *Rhéaume c. Collège d'enseignement général et professionnel de Drummondville*, préc., note 26, par. 44 et 52 reconnaît l'importance de l'accessibilité des règlements afin que ceux-ci s'imposent aux étudiants.

52. A. LAJOIE et M. GAMACHE, préc., note 6, p. 293. Cette loi fut depuis remplacée par la *Loi sur l'aide financière aux études*, L.R.Q., c. A-13.3.

le contrat en ce qu'elles fixent les frais de scolarité que l'étudiant devra payer. En effet, dans l'arrêt *Fédération des médecins résidents (CA)*, la Cour d'appel conclut que « la politique annuelle du gouvernement fait partie intégrante du lien université-étudiant »⁵³.

En ce qui concerne les établissements collégiaux, le *Règlement sur le régime des études collégiales*⁵⁴ complète également le contrat. L'article 18 de ce règlement, pertinent en cas de grève, se lit comme suit :

Le collège doit organiser, durant la période débutant le 1^{er} juillet d'une année et se terminant le 30 juin de l'année suivante, au moins 2 sessions comportant chacune un minimum de 82 jours consacrés aux cours et à l'évaluation.

Toutefois, le collège peut, exceptionnellement, au regard d'un programme d'études qui requiert l'application de modalités pédagogiques particulières, dans la mesure où toutes les conditions du programme prescrites par le ministre sont respectées, organiser une session qui comporte moins de 82 jours consacrés aux cours et à l'évaluation.

Bref, l'ensemble de ces documents, transmis ou accessibles, créent des obligations entre les parties comme s'ils faisaient partie d'un seul et même contrat qu'elles auraient signé.

4. Les obligations découlant du contrat étudiant-établissement

La principale obligation des étudiants est sans doute de payer les droits de scolarité applicables. Cette obligation inclut le paiement des frais de scolarité ainsi que des cotisations étudiantes⁵⁵. Sans ce paiement, l'inscription de l'étudiant pourra être annulée. Autrement dit, dans certains cas, le défaut de

53. *Université de Montréal c. Fédérations des médecins résidents du Québec*, préc., note 24, p. 43.

54. *Règlement sur le régime des études collégiales*, R.R.Q., 1981, c. C-29, r.4.

55. A. LAJOIE et M. GAMACHE, préc., note 6, p. 335 et 391.

paiement met fin au contrat, car celui-ci nécessite une inscription valide et complète pour être formé⁵⁶.

Les étudiants se doivent aussi de respecter les règlements des établissements. Dans l'affaire *Tremblay*, le juge Tôth énonçait que :

Les [étudiants], en observant les règlements de l'Université et de la Faculté, en suivant les cours et en se conformant à toutes les conditions, avaient [...] le droit de continuer le programme [...] et obtenir, en cas de succès, la licence en pédagogie.

Lajoie et Gamache précisent que cette obligation de respect des règlements « se présente comme une condition d'exercice des droits académiques, notamment le maintien du statut d'étudiant et l'obtention du diplôme »⁵⁷. Elles ajoutent aussi que ces règlements concernent non seulement l'évaluation et la discipline, mais aussi « les programmes, l'organisation des études et d'autres matières connexes »⁵⁸.

En contrepartie du paiement et du respect des règlements par l'étudiant, l'établissement se doit d'exécuter certaines obligations. Toujours dans l'affaire *Tremblay*, la Cour affirme que l'Université de Sherbrooke ne pouvait annuler un programme comme elle l'avait fait. La Cour s'exprime en ces termes :

Les demandeurs [...] avaient indéniablement le droit de continuer le programme jusqu'à la fin [...]. Ce droit leur était acquis et la défenderesse ne pouvait unilatéralement les supprimer⁵⁹.

Dans l'affaire *Morasse*, le juge Lemelin affirme que « comme institution d'enseignement, l'Université Laval et ses professeurs ont l'obligation de dispenser les cours qu'ils se sont engagés à dispenser

---

56. *Id.*, p. 392.

57. *Id.*

58. *Id.*

59. *Tremblay c. Université de Sherbrooke*, préc., note 5.

aux étudiants »⁶⁰. C'est sur le fondement de cette obligation que le juge accordait l'ordonnance d'injonction interlocutoire demandée par Morasse afin de contraindre l'Université à donner les cours.

De nombreuses décisions du printemps 2012 se fondent sur cette obligation afin d'accorder l'ordonnance convoitée⁶¹. Plusieurs d'entre elles insistent sur la nature contractuelle de cette obligation. Par exemple, dans l'affaire *Carrier*, le juge Dumas rappelle les principes des affaires *Tremblay* et de *Fédération des médecins* avant de conclure que « [l]es étudiants sont [...] en droit d'exiger de l'Université qu'elle remplisse ses obligations contractées en vertu [du] contrat *sui generis* »⁶². Cette conclusion du juge Dumas a été interprétée, notamment dans l'affaire *De Montigny*⁶³, comme justifiant le droit d'obtenir une ordonnance d'injonction interlocutoire sur la base de l'obligation contractuelle de donner les cours.

Cette obligation de tenir les cours, bien qu'on lui ait donné une importance considérable au printemps 2012, n'est pourtant pas sans exception.

B. Le contrat étudiant-établissement et la suspension de cours

Le contrat, tout en incluant l'obligation d'offrir les cours, peut néanmoins prévoir certaines exceptions. La faculté de suspendre les cours en certaines circonstances pourrait également être prévue par contrat.

Ces circonstances sont essentiellement des situations d'urgence ou de tempête hivernale. Ce dernier cas, familier de tous, servira d'exemple. D'abord, certaines de ses modalités seront décrites et ses fondements légaux seront déterminés. Par la suite,

---

60. *Morasse c. Université Laval*, préc., note 2, par. 12.

61. Par exemple, voir également *Desrochers-Ruhdorfer c. Cégep de St-Jean-sur-Richelieu*, préc., note 27.

62. *Carrier c. Université de Sherbrooke*, préc., note 28, par. 28.

63. *De Montigny c. Université du Québec en Outaouais*, préc., note 2, par. 12 et suiv.

les cas de la tempête et de la grève étudiante seront comparés, non pas pour prétendre qu'ils sont très similaires sur le plan factuel, mais pour bien cerner le pouvoir de suspension de l'établissement d'enseignement.

1. Le cas de la tempête hivernale

La tempête hivernale est la situation de suspension de cours classique. Il est normal que l'hiver québécois entraîne parfois l'interruption ou la suspension de certains services. Les établissements d'enseignement n'échappent pas à cette réalité. Le pouvoir de suspendre les cours en cas de tempête n'est pas contesté. Il s'agit d'un pouvoir tout à fait reconnu et accepté par la communauté universitaire.

Plusieurs établissements encadrent ce pouvoir par différents textes de nature pararéglementaire, c'est-à-dire des « directive[s], instruction[s], énoncé[s] de politiques, politique[s] administrative[s], etc. »⁶⁴. Par exemple, l'Université de Montréal dispose d'une « Politique [...] concernant les tempêtes de neige et les situations d'urgence »⁶⁵. Les universités Bishop's et Concordia disposent respectivement d'une « Emergency situation policy and guidelines »⁶⁶ et d'une « Emergency management policy »⁶⁷. L'Université Laval

---

64. Patrice GARANT, *Droit administratif*, 6^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2010, p. 259.

65. UNIVERSITÉ DE MONTRÉAL, « Politique de l'Université concernant les tempêtes de neige et les situations d'urgence », (1990), en ligne : <http://secretariatgeneral.umontreal.ca/fileadmin/user_upload/secretariat/doc_officiels/reglements/administration/ges40_6-politique-universite-tempetes-neige-situations-urgence.pdf> (consulté le 14 mars 2014).

66. UNIVERSITÉ BISHOP'S, « Emergency situation policy and guidelines », (2011), en ligne : <http://cms-dev.ubishops.ca/fileadmin/bishops_documents/admin_governance/u_policies/Emergency-Situation-Policy-updated.pdf> (consulté le 14 mars 2014).

67. UNIVERSITÉ CONCORDIA, « Emergency Managment Policy », (2009), en ligne : <<http://www.concordia.ca/content/dam/common/docs/policies/official-policies/VPS-50.pdf>> (consulté le 14 mars 2014).

possède une « Procédure en cas de tempête ou de verglas »⁶⁸, alors que le Cégep régional de Lanaudière possède une « Directive relative à la réduction des activités »⁶⁹ qui concerne les tempêtes hivernales. Ces différents documents sont relativement semblables quant à leur contenu. Tous prévoient qui est la personne responsable de prendre la décision de suspendre les cours. Il peut s'agir du vice-recteur exécutif⁷⁰, du vice-recteur à l'enseignement et à la recherche⁷¹, de la direction générale⁷² ou d'une équipe d'intervention créée à cette fin⁷³. Plusieurs documents prévoient aussi la personne chargée de communiquer la décision⁷⁴, alors que certains, plus rares, prévoient des critères ou une classification encadrant et facilitant la prise de décision⁷⁵.

À tous égards, le document le plus complet est la « Procédure en cas de tempête de neige ou de verglas » de l'Université Laval. En plus de prévoir les éléments précédemment mentionnés, cette procédure prévoit les séquences de communication de la décision,

---

68. UNIVERSITÉ LAVAL, « Procédure en cas de tempête ou de verglas », (2004), en ligne : <[http:// www.ulaval.ca/sg/reg/Politiques/tempetesverglas1.pdf](http://www.ulaval.ca/sg/reg/Politiques/tempetesverglas1.pdf)> (consulté le 14 mars 2014).

69. CÉGEP RÉGIONAL DE LANAUDIÈRE, « Directive relative à la réduction des activités », (2006), en ligne : <http://www2.cegep-lanaudiere.qc.ca/Repertoire/000019/Fichiers/r%E9duction_activit%E9s%20_Version%202012-10-30.pdf> (consulté le 14 mars 2014).

70. UNIVERSITÉ LAVAL, « Procédure en cas de tempête ou de verglas », préc., note 68, art. 4.

71. UNIVERSITÉ DE MONTRÉAL, « Politique de l'Université concernant les tempêtes de neige et les situations d'urgence », préc., note 65.

72. CÉGEP RÉGIONAL DE LANAUDIÈRE, « Directive relative à la réduction des activités », préc., note 69, art. 5.

73. UNIVERSITÉ BISHOP'S, « Emergency situation policy and guidelines », préc., note 66; Université Concordia, « Emergency Management Policy », préc., note 67.

74. À l'UDM, il s'agit du directeur des communications, Bishop's dispose plutôt d'une « chain of communication », alors qu'à l'Université Laval il s'agit du service des communications.

75. Par exemple, voir UNIVERSITÉ BISHOP'S, « Emergency situation policy and guidelines », préc., note 66, item 4 annexe A.

le contenu du message transmis à la population ainsi que différentes façons de communiquer ce message⁷⁶.

Ces documents sont de nature pararéglementaire. Les établissements d'enseignement ont le pouvoir de faire de tels actes pararéglementaires de la même façon qu'ils ont le pouvoir de faire des règlements. Cela leur vient de leurs caractéristiques publiques⁷⁷. Comme l'explique le professeur Garant, ces actes pararéglementaires, bien qu'ils ne soient pas des règlements, ont néanmoins un effet juridique :

Si l'acte pararéglementaire est une « règle [que l'organisme] s'impose dans la conduite de ses propres affaires [...] » plutôt qu'une règle qu'il impose aux administrés, cela ne veut pas dire qu'il soit dépourvu de tout effet juridique, suivant les circonstances ou le contexte⁷⁸.

À notre avis, comme les « Renseignements généraux », « Règlement des études » et autres règlements, les directives et politiques applicables en cas de tempête font partie du contrat. Elles tirent leurs origines du même pouvoir réglementaire et sont accessibles aux étudiants de la même façon.

Ainsi, un étudiant ne pourrait contester une suspension de cours résultant d'une tempête en invoquant le fait que l'établissement n'avait pas le pouvoir de procéder à une telle suspension. Dans la mesure où les étudiants y consentent en amont au moment de la conclusion du contrat, ce pouvoir résultant de la liberté contractuelle des parties est valide, pour autant qu'il ne dépasse pas les limites législatives applicables.

Précisons à ce sujet que la liberté contractuelle est la règle, alors que les limites à celle-ci sont des exceptions. Or, la règle se

---

76. Par courriels, médias électroniques, téléphonistes et site internet de l'Université.

77. B. JACOB et M.-C. SIMARD, préc., note 18, p. 26 et 27 et P. GARANT, préc., note 64, p. 122 et 123.

78. P. GARANT, préc., note 64, p. 263.

veut d'interprétation large, alors que les exceptions sont d'interprétation stricte. Les limites vues ci-après ne doivent donc pas être interprétées de façon trop généreuse⁷⁹.

C'est l'article 9 C.c.Q. qui impose la limite du respect de l'ordre public dans les rapports contractuels. Cet article se lit comme suit :

Dans l'exercice des droits civils, il peut être dérogé aux règles du présent code qui sont supplétives de volonté; il ne peut, cependant, être dérogé à celles qui intéressent l'ordre public.

On peut définir l'ordre public « comme « l'imposition de considérations sociales, morales, économiques ou politiques » de la société dans les rapports juridiques »⁸⁰. L'ordre public est d'une grande portée en ce qu'il protège un vaste éventail d'institutions, tels « l'État, l'être humain, la famille et la morale »⁸¹. Il protège aussi la « classe sociale économiquement faible » ou, plus précisément, un membre de cette classe pouvant être désavantagé dans son rapport avec un commerçant, un locateur ou un assureur, pour ne nommer que quelques exemples⁸². Cet ordre évoque « la paix sociale, la sécurité juridique et le bon fonctionnement de l'économie, du gouvernement et des services publics », la hiérarchie des normes, le bien commun et le droit public⁸³.

Comme l'indique l'article 9 C.c.Q., certaines des dispositions du Code civil sont impératives et l'on ne peut y déroger par convention. Contrairement à ce que suggère cet article, le Code civil n'est pas la seule source d'ordre public. Il peut aussi émaner

---

79. Pierre-André CÔTÉ avec la collab. de Stéphane BEAULAC et Mathieu DEVINAT, *Interprétation des lois*, 4^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2009, n° 1783 et suiv.

80. P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, préc., note 10, par. 139.

81. *Id.*, par. 144.

82. *Id.*, par. 145.

83. Michelle CUMYN, « L'ordre public et le droit civil », dans Benoît MOORE (dir.), *Mélanges Jean-Louis Baudouin*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2012, p. 271, p. 271 et 272.

d'autres lois ou de la jurisprudence. Lorsqu'il n'est pas clair si une disposition législative intéresse l'ordre public, les tribunaux peuvent en décider. Aussi, les tribunaux peuvent établir une norme d'ordre public, même en l'absence de toute disposition législative⁸⁴.

Or, le pouvoir de suspendre les cours en cas de tempête ne va pas à l'encontre de cette notion d'ordre public. Ce pouvoir ne menace aucune des institutions protégées et ne dément aucune mesure de protection déjà reconnue⁸⁵.

Le pouvoir de suspension n'est pas non plus « abusif » au sens de ce qui est prohibé par la loi dans le cadre d'un contrat d'adhésion. C'est l'article 1437 C.c.Q. qui énonce cette prohibition :

La clause abusive d'un contrat [...] d'adhésion est nulle ou l'obligation qui en découle, réductible.

Est abusive toute clause qui désavantage [...] l'adhérent d'une manière excessive et déraisonnable, allant ainsi à l'encontre de ce qu'exige la bonne foi; est abusive, notamment, la clause si éloignée des obligations essentielles qui découlent des règles gouvernant habituellement le contrat qu'elle dénature celui-ci.

Le pouvoir de suspendre les cours en cas de tempête ne saurait être qualifié d'abusif car, entre autres, il est justifié par un motif sérieux, il est conforme aux attentes raisonnables des étudiants et il correspond aux pratiques contractuelles usuelles. Or, ces caractéristiques sont parmi celles reconnues par la jurisprudence comme permettant généralement de conclure, lorsqu'elles font défaut, à une clause abusive⁸⁶.

De plus, ce pouvoir de suspension est raisonnable et conforme à l'équité et à la bonne foi, ce qui s'inscrit dans l'esprit

---

84. P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, préc., note 10, par. 141 et suiv.

85. *Id.*, par. 139 et suiv.

86. Didier LLUELLES et Benoît MOORE, *Droit des obligations*, Montréal, Éditions Thémis, 2012, n° 1862.

des articles 6, 7 et 1375 C.c.Q.⁸⁷. Son inclusion au contrat ne démontre aucune intention malicieuse de la part de l'établissement et, notamment pour les raisons évoquées précédemment en matière de clause abusive, ce pouvoir semble tout à fait juste et raisonnable⁸⁸.

Ainsi, le pouvoir de suspendre les cours en cas de tempête fait valablement partie du contrat liant étudiant et établissement. Mais qu'en est-il du pouvoir de suspendre les cours en cas de grève étudiante?

2. L'analogie possible avec la grève étudiante

Le pouvoir de suspendre les cours en cas de grève ne fait pas l'objet de directives ou de politiques comme celui en cas de tempête. Toutefois, ces deux pouvoirs ont d'importants points en commun.

D'abord, tant dans les cas de tempêtes que de grèves, l'accès aux locaux de classe peut être difficile, voire dangereux. Plusieurs décisions du printemps 2012 confirment la réalité du problème d'accès, certaines de leurs ordonnances s'y attaquant particulièrement. Par exemple, dans les affaires *Bécharde*⁸⁹ et *Conservatoire de musique et d'art dramatique de Montréal c. Association des étudiants du conservatoire de musique de Montréal*⁹⁰, la Cour reconnaît l'impossibilité ou la difficulté d'accès comme fondement d'une injonction interlocutoire enjoignant aux associations étudiantes de cesser toute obstruction. La « Loi 78 »⁹¹ visait également, entre autres choses, la fin de l'obstruction par les étudiants. Le premier alinéa de son article 14 prévoyait que :

---

87. P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, préc., note 10, par. 92.

88. *Id.*, par. 94 et 98.

89. *Bécharde c. Université du Québec à Montréal*, préc., note 2, par. 19.

90. *Conservatoire de musique et d'art dramatique du Québec c. Association des étudiants du conservatoire de musique de Montréal*, 2012 QCCS 1445, par. 5.

91. *Loi permettant aux étudiants de recevoir l'enseignement dispensé par les établissements de niveau postsecondaire qu'ils fréquentent*, projet de loi n° C-78 (sanctionné - 18 mai 2012), 2^e sess, 39^e légis (Qc).

Nul ne peut [...] entraver l'accès d'une personne à un lieu où elle a le droit ou le devoir d'accéder pour y bénéficier des services d'un établissement ou pour y exercer des fonctions.

Le gouvernement reconnaissait donc le problème de l'accès aux établissements dans ce contexte de grève.

D'autres ont reconnu l'impossibilité, pour les établissements, de respecter les injonctions interlocutoires leur ordonnant de donner les cours. Par exemple, pour le professeur Brunelle:

[P]lusieurs des jugements rendus ordonnent aux établissements d'enseignement de dispenser les cours « de façon normale », plaçant ainsi les dirigeants de ces institutions et leurs professeurs dans une situation intenable et nullement propice à l'enseignement. C'est ainsi que [...] plusieurs de ces ordonnances ne peuvent simplement pas être respectées, malgré toute la bonne foi des administrations collégiales et universitaires⁹².

Cela illustre la difficulté ou l'impossibilité à laquelle faisaient face les établissements. Or, cette difficulté ou impossibilité est assimilable à celle entraînant la suspension de cours en cas de tempête. Dans les deux cas un établissement qui choisirait de maintenir les cours serait confronté à un même problème, un taux d'absentéisme anormalement élevé, et un établissement qui choisirait de les suspendre serait confronté au problème de la reprise des cours.

Autre point commun, la relative prévisibilité des deux types d'évènement. La tempête hivernale n'est pas imprévisible, du moins pas au Québec. C'est d'ailleurs cette prévisibilité qui, dans la plupart des cas, empêche la tempête hivernale de se qualifier

---

92. Christian BRUNELLE, « Injonctions et grève étudiante – La primauté du droit en péril? », *Le Devoir*, (30 avril 2012), en ligne : <<http://www.ledevoir.com/societe/education/348806/injonctions-et-greve-etudiante-la-primaute-du-droit-en-pe>> (consulté le 14 mars 2014).

comme force majeure⁹³. En effet, la tempête est un événement aisément envisageable en raison, principalement, de sa récurrence lors de la saison hivernale. La grève étudiante, de nos jours, ne peut non plus être qualifiée d'imprévisible. Comme l'expliquent les auteurs Brunelle, Lampron et Roussel :

Dès les années 50 et encore plus intensément à partir des années 70, le mouvement étudiant québécois s'est régulièrement mobilisé contre certaines décisions gouvernementales qui mettaient à mal le principe de la gratuité scolaire⁹⁴.

Un tel mouvement ne saurait en aucun cas être une surprise pour la communauté universitaire et collégiale, d'autant plus que chaque grève est précédée d'un vote. Or, c'est probablement cette prévisibilité qui justifie, dans le cas de la tempête, l'existence des directives et politiques mentionnées plus haut. Sachant la probabilité de survenance d'une tempête, les établissements se donnent, au moyen des directives et politiques, le pouvoir de suspendre les cours dans l'éventualité d'un tel événement.

En ce qui concerne les cégeps toutefois, ce pouvoir de suspension fait l'objet d'une limite. Les établissements ne peuvent, en conséquence d'une suspension prolongée, contrevenir à l'article 18 du *Règlement sur le régime des études collégiales*⁹⁵ prévoyant un nombre minimum de jours de cours par année⁹⁶.

Cette dernière précision mène à nuancer quelque peu la thèse de la ressemblance entre la tempête hivernale et la grève étudiante. Car, à première vue, alors que la suspension de cours

---

93. Jean-Louis BAUDOUIN et Patrice DESLAURIERS, *La responsabilité civile*, vol. 1, 7^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2007, n° 1-1365; D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 86, n° 2733.

94. Christian BRUNELLE, Louis-Philippe LAMPRON et Myriam ROUSSEL, « La liberté d'expression en contexte de crise : le cas de la grève étudiante », (2012) 53 *C. de D.* 831, p. 833.

95. *Règlement sur le régime des études collégiales*, préc., note 54.

96. Le gouvernement pourrait modifier le Règlement afin de l'adapter au pouvoir de suspension en cas de grève.

liée à une grève peut durer des semaines voire des mois, celle liée à une tempête dure en général une journée. Cette nuance peut toutefois à son tour être nuancée. Certes, la grève étudiante de 2012 a duré des mois. Mais il s'agit là d'un cas unique dans l'histoire des grèves étudiantes, un peu comme la suspension de cours prolongée lors de la crise du verglas de 1998 a été un cas unique dans l'histoire des tempêtes hivernales. Généralement, les grèves étudiantes durent une journée, quelques jours ou au maximum un nombre limité de semaines⁹⁷. Plus important encore, les grèves étudiantes officiellement reconnues comme étant légales et liant l'ensemble des membres d'une association, autrement dit les grèves tenues dans des établissements dont le contrat prévoirait une clause de grève, seraient très vraisemblablement beaucoup moins longues que les grèves ne bénéficiant pas d'une telle reconnaissance. En effet, il a été démontré que dans le monde du travail, les grèves qui lient l'ensemble des membres d'une association durent beaucoup moins longtemps que celles qui, faute de bénéficier d'une clause anti-briseurs de grève, ne lient pas l'ensemble des membres⁹⁸. D'ailleurs, les grèves étudiantes d'avant 2012, qui bénéficiaient d'une reconnaissance *de facto* et qui n'étaient pas l'objet d'injonctions favorables aux étudiants « briseurs de grève », ont duré beaucoup moins longtemps que celle de 2012, soit la première dont la légalité et le caractère liant pour l'ensemble des membres de l'association ont été contestés. C'est donc dire que si l'analogie entre la suspension de cours liée à une tempête et la suspension de cours liée à une grève comporte une limite, soit la question de la durée, cette limite est moins importante lorsque l'analogie porte sur la suspension de cours liée à une grève reconnue comme étant légale et liant l'ensemble des membres. Or, comme le présent article porte sur l'hypothèse de ce dernier type de grève, l'analogie nous semble valable.

---

97. RADIO-CANADA, « Les grèves étudiantes au Québec: quelques jalons », préc., note 1. À noter que cet historique ne concerne que les grèves nationales les plus importantes, ce qui exclut par définition des grèves locales et-ou de très courte durée comme il y en a assez fréquemment sur les campus.

98. Paul DUFFY and Susan JOHNSON, « The impact of Anti-temporary replacement legislation on work stoppages: empirical evidence from Canada », (2009) 35 *Canadian public policy*, 99.

Bref, tout en étant différentes à d'autres égards, pensons aux causes météorologiques pour l'une et politiques pour les autres ou à l'enjeu de la sécurité plus présent dans un cas que dans l'autre, tempête et grève étudiante présentent certaines caractéristiques communes pertinentes eu égard à la suspension de cours.

Dans les deux cas, il existe un contrat d'adhésion innomé qui prévoit que l'étudiant a droit à des cours, lequel contrat devrait être concilié avec l'existence d'un pouvoir de suspension des cours que possède l'établissement. Une façon d'assurer cette conciliation est de prévoir dans ce contrat un pouvoir de suspension des cours et les conditions entourant son utilisation. C'est d'ailleurs bien souvent ce qui est prévu en matière de tempête. Et c'est ce qui pourrait être prévu en matière de grève, avec l'ajout au contrat d'une clause de grève.

II. Des réformes possibles : une clause de grève d'origine réglementaire, ministérielle ou législative

Dans le but d'inclure au contrat étudiant-établissement une clause permettant à l'établissement de suspendre les cours suite à un vote de grève, il est possible de procéder par la voie réglementaire, ministérielle ou législative.

A. La clause de grève d'origine réglementaire

Puisque le contrat est le fondement de l'obligation de donner les cours, il peut aussi être le fondement du pouvoir de suspendre les cours en certaines circonstances, comme en cas de tempête hivernale. Une clause, incluse au contrat, peut donc prévoir le pouvoir de l'établissement de suspendre les cours, notamment en cas de grève. Dans le présent article, cette clause sera désignée sous le vocable de « clause de grève ».

1. Le pouvoir de suspension des cours en cas de grève étudiante

Le pouvoir de suspendre les cours en cas de grève étudiante pourrait être inscrit dans les « Renseignements généraux » ou « Règlements des études » qui lient déjà les parties au contrat.

Contrairement au pouvoir de suspension de cours en cas de tempête hivernale, prévu par des directives ou politiques, le pouvoir de suspension pour cause de grève étudiante devrait idéalement être inclus au contrat par un règlement. Car ce dernier pouvoir étant plus susceptible d'être contesté judiciairement pour des raisons politiques, mieux vaut qu'il soit prévu par un règlement dont l'inclusion au contrat a déjà été reconnue explicitement par la jurisprudence et la doctrine. Cela renforcerait la probabilité que la clause proposée et le pouvoir qu'elle donne soient considérés valides.

Le pouvoir prévu par la clause de grève, ou par une clause de suspension de cours plus générale qui couvrirait notamment le cas des grèves et celui des tempêtes hivernales, pourrait prendre différentes formes. La clause pourrait donner le pouvoir discrétionnaire de suspendre les cours lorsque certaines conditions sont remplies. L'établissement pourrait alors décider s'il suspend, ou non, les activités. Par exemple, suite à un vote de grève conforme aux conditions prévues par le règlement, l'établissement serait libre de prendre la décision qu'il juge appropriée, sans obligation de suspendre. Le cumul des conditions ne déclencherait que la possibilité, pour l'établissement, d'exercer ou non son pouvoir.

La clause pourrait plutôt prévoir l'obligation pour les établissements de suspendre les cours en certaines circonstances. Dans ce cas, lorsque les conditions seraient réunies, l'établissement n'aurait d'autres choix que de suspendre.

Mentionnons que la « clause de grève » dont il est question ici n'inclut que le pouvoir de suspendre les cours, et non le pouvoir d'annuler la session. Ce pouvoir distinct nécessiterait une autre étude, notamment quant à la validité de ce pouvoir d'annulation.

Or, puisque l'annulation de session est une mesure à laquelle les établissements ne recourent pas, son analyse ne sera pas effectuée dans le présent article. Cela est d'autant plus logique qu'il a été démontré que les grèves qui lient l'ensemble des membres d'une association durent beaucoup moins longtemps⁹⁹.

La clause de grève permettrait à l'établissement de suspendre les cours sans risquer qu'un étudiant dissident s'y oppose par une demande d'injonction, l'étudiant étant forcé de respecter les termes du contrat auquel il a consenti lors de son inscription, contrat auquel est donnée une importance déterminante par les tribunaux en raison de sa force obligatoire. Tout comme la hausse de frais de scolarité à laquelle ne pouvaient s'opposer les étudiants dans l'arrêt *Fédérations des médecins résidents (CA)*¹⁰⁰, en raison de l'inclusion au contrat de la possibilité d'une telle hausse, le pouvoir de suspendre les cours, inscrit au contrat par l'entremise d'un règlement, ne pourrait faire l'objet de contestation. Un recours judiciaire serait néanmoins possible si la décision de l'établissement ne respectait pas les conditions requises pour l'exercice valide du pouvoir de suspension.

La clause de grève pourrait donc être utile aux associations étudiantes en ce qu'elle obligerait les étudiants dissidents à respecter la suspension de cours résultant de la grève étudiante. Toutefois, dans la mesure où l'établissement a le pouvoir discrétionnaire de suspendre, encore faut-il qu'il décide de suspendre les cours. C'est donc dire que dans le cas d'un pouvoir discrétionnaire, le respect du vote de grève ne serait pas assuré.

Il en irait autrement dans le cas d'une obligation de suspendre les cours. Alors, l'établissement n'aurait pas de choix. Seule la conformité aux conditions requises pourrait faire l'objet d'une contestation par des étudiants dissidents. Une clause prévoyant l'obligation de suspendre les cours garantirait un plus grand respect du vote de grève et serait ainsi plus profitable aux

---

99. *Id.*

100. *Université de Montréal c. Fédérations des médecins résidents du Québec*, préc., note 24.

associations étudiantes. Non seulement l'établissement aurait l'obligation de respecter le vote conforme aux conditions, mais les associations étudiantes pourraient s'adresser aux tribunaux afin de forcer l'établissement à remplir son obligation de suspension.

La clause de grève n'est pas avantageuse que pour les étudiants et leurs associations, elle l'est aussi pour les établissements. Comme l'indiquait le professeur Brunelle, lorsqu'ils font face à un jugement leur ordonnant de donner les cours, les établissements sont confrontés à une situation « intenable et nullement propice à l'enseignement »¹⁰¹. Une suspension de cours conforme à la clause contractuelle leur permettrait donc d'éviter cette situation indésirable.

Afin d'être le plus incontestable possible, la clause de grève ne pourrait se contenter de donner un pouvoir sans prévoir un encadrement minimal. Il faudrait donc des conditions fixant les modalités d'exercice du pouvoir de suspension.

2. Les conditions pouvant servir à encadrer le pouvoir de suspension

Ces conditions pourraient être de deux types : celles concernant le vote de grève et celles concernant la façon de suspendre les cours. Les premières conditions concerneraient plus particulièrement la tenue du vote de grève par les associations étudiantes. Le vote devrait être conforme à certaines exigences, par exemple quant au mode de scrutin secret, afin qu'il puisse déclencher l'exercice du pouvoir ou l'exécution de l'obligation par l'établissement. Un vote dont la tenue ne serait pas conforme aux conditions ne pourrait être le fondement de la décision de l'établissement.

Le second type de conditions concernerait plutôt la façon dont l'établissement pourrait suspendre les cours. Par exemple, afin que la suspension soit valide, l'établissement devrait publiciser sa

---

101. C. BRUNELLE, préc., note 92.

décision de différentes façons et garantir une reprise de cours adéquate.

La clause, selon le pouvoir et les conditions choisis, pourrait être rédigée de différentes façons. Les conditions et formalités pourraient se retrouver dans un règlement distinct ou dans une directive semblable à celles vues concernant les tempêtes hivernales. La « Procédure en cas de tempête de neige ou de verglas »¹⁰² de l'Université Laval, étant la plus complète, indique ce que pourraient contenir ces règlements et directives. On pourrait y retrouver le même genre de précisions, c'est-à-dire les objectifs, les définitions des concepts importants, les critères sur lesquels repose la prise de décision, la personne chargée de la prendre, les modes de diffusion et les dispositions applicables aux personnels.

Les critères pourraient contenir les conditions précédemment mentionnées concernant la tenue du vote de grève. Plus précisément, ces conditions pourraient être que l'établissement doit être informé au préalable de la tenue d'une assemblée au cours de laquelle sera tenu un vote de grève. Aussi, l'établissement pourrait exiger que les étudiants en soient avisés un certain nombre de jours en avance et qu'une majorité d'étudiants présents ait voté en faveur de la grève. Il pourrait également exiger un vote secret.

Concernant les modes de diffusion, il pourrait être prévu que l'établissement envoie un courriel à l'ensemble de la communauté universitaire ou collégiale. Il pourrait aussi être prévu qu'un avis soit envoyé au ministre afin de l'informer de la suspension. Une condition pourrait concerner l'avis transmis aux étudiants et ses indications quant à la reprise de cours ou d'examens.

La présence de conditions encadrant le pouvoir des établissements serait importante, notamment afin d'assurer la validité de la clause de grève.

---

102. UNIVERSITÉ LAVAL, « Procédure en cas de tempête ou de verglas », préc., note 68.

3. La validité de la clause de grève

Comme le pouvoir de suspendre les cours en cas de tempête, celui applicable en cas de grève étudiante serait très certainement valide. Dans les deux cas, inclure le pouvoir au contrat n'est qu'une façon de reconnaître la réalité à laquelle font face les établissements, car dans les deux cas, la tenue normale des cours s'avère difficile, voire impossible. La nature *sui generis* du contrat d'enseignement facilite l'adaptation du contrat à la réalité particulière des établissements d'enseignement.

Le pouvoir de suspension en cas de grève n'est pas contraire à l'ordre public puisqu'il ne menace aucune des institutions protégées et ne dément aucune des normes d'ordre public déjà reconnues par le Code civil ou la jurisprudence¹⁰³. Plus encore, la clause de grève aurait pour but de favoriser la paix sociale, qui autrement risque d'être compromise par des injonctions, la sécurité juridique, fortement diminuée par l'état incertain du droit en l'absence d'une clause de grève, ainsi que le bon fonctionnement de l'économie et des services publics, puisque les grèves officiellement légales qui lient l'ensemble des membres d'une association durent beaucoup moins longtemps¹⁰⁴. Quant au critère de la hiérarchie des normes, également associé à l'ordre public¹⁰⁵, il serait respecté puisqu'une clause de grève aurait pour effet de faire primer la liberté d'expression et la liberté d'association, des droits constitutionnels ou quasi-constitutionnels, sur le droit d'accès aux cours, un droit hiérarchiquement inférieur puisque ni constitutionnel, ni même quasi-constitutionnel¹⁰⁶. Ce dernier point illustre aussi que la clause de grève serait conforme au droit public,

---

103. P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, préc., note 10, par. 139 et suiv.

104. P. DUFFY and S. JOHNSON, préc., note 98.

105. M. CUMYN, préc., note 83, p. 272.

106. Au sujet de la primauté de la liberté d'expression dans ce contexte voir : *Beausoleil c. Cégep régional de Lanaudière*, 2012 QCCS 1673, par. 9.

pourvu qu'elle respecte également les dispositions précises relevant de ce droit¹⁰⁷.

Il est donc improbable qu'il soit décidé par les tribunaux que la tenue des cours en cas de grève est d'ordre public et qu'elle doit être respectée nonobstant la volonté exprimée par les parties dans une clause de grève. Surtout si cette clause est rédigée de manière à concilier les droits et les volontés de toutes les parties concernées et que, par le fait même, elle vise non pas à favoriser une partie aux dépens d'une autre, mais à favoriser le bien commun.

De semblable manière, la clause de grève serait conforme à la bonne foi et l'équité¹⁰⁸. D'abord, parce que la bonne foi se présume¹⁰⁹. Ensuite, parce que l'établissement qui consacrerait une telle clause le ferait à la demande des étudiants et de ce fait pourrait difficilement être considéré comme ayant une intention malicieuse à leur égard¹¹⁰. Cette clause ne pourrait être associée à la mauvaise foi au sens de volonté d'ignorer la loi, puisqu'elle aurait au contraire pour but de légaliser officiellement une pratique répandue tout en respectant les lois d'ordre public¹¹¹. Pour ce qui est de la bonne foi

---

107. Notamment l'article 18 du *Règlement sur le régime des études collégiales*, préc., note 54, prévoyant un nombre minimum de jours de cours par année.

108. C.c.Q., art. 6, 7 et 1375.

109. C.c.Q., Art. 2805.

110. P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, préc., note 10, par. 98.

111. Ajoutons que le droit à l'enseignement supérieur ne saurait faire obstacle à une clause de grève. En effet, si le droit à l'éducation primaire et secondaire est reconnu, il en va autrement des niveaux collégial et universitaire (*Rhéaume c. Collège d'enseignement général et professionnel de Drummondville*, préc., note 26, par. 32). La *Charte des droits et libertés de la personne*, (L.R.Q., c. C-12, art.40) prévoit que « toute personne a droit, dans la mesure et suivant les normes prévues par la loi, à l'instruction publique gratuite ». Les termes « instruction publique » ne réfèrent qu'aux niveaux préscolaire, primaire et secondaire, comme l'indique l'article 1 de la *Loi sur l'instruction publique*, (L.R.Q., c. I-13.3): « Toute personne a droit au service de l'éducation préscolaire et aux services d'enseignement primaire et secondaire prévus par la présente loi [...] ». La *Charte des droits et libertés de la personne*, tout comme la *Charte canadienne des droits et libertés*, (L.R.Q., c. C-12), ne reconnaît donc pas le droit à l'enseignement supérieur (A. LAJOIE et M. GAMACHE, préc., note 6,

au sens large, qui se traduit par le respect des normes de comportement objectives et généralement admises dans la société¹¹², elle nous semble aussi respectée par une clause de grève, entre autres parce que la grève étudiante et sa reconnaissance par les établissements est une pratique qui a toujours été très largement admise par la société québécoise, quoique dans une moindre mesure à une occasion exceptionnelle, soit à la fin de la grève de 2012. Et comme la bonne foi et l'équité sont très étroitement liées, une clause de grève conforme à la bonne foi serait sans doute également conforme à l'équité, surtout si cette clause prévoit des exceptions visant des étudiants pour qui la clause pourrait autrement s'avérer abusive¹¹³.

L'article 1437 C.c.Q. énonce que la clause abusive en est une qui désavantage l'adhérent de façon excessive et déraisonnable, par exemple en étant si éloignée des obligations essentielles qui découlent des règles gouvernant habituellement le contrat qu'elle dénature celui-ci.

Comme le démontre l'impossibilité de tenir les cours dans laquelle étaient placés certains établissements malgré les

---

p. 296-297; *Syndicat étudiant du cégep Marie-Victorin c. Collège d'enseignement général et professionnel Marie-Victorin*, [2000], n°AZ-00021577, p. 7 (CS)). Il en va de même de l'article 13 du *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, 19 décembre 1966, R.T.N.U., 993, lequel prévoit que les États parties « reconnaissent le droit de toute personne à l'éducation » et « que l'enseignement supérieur doit être rendu accessible à tous en pleine égalité ». Cette disposition ne donne, dans les faits, aucun droit aux étudiants québécois car :

[M]ême après son entrée en vigueur et l'adhésion [du Québec], tant que la règle internationale n'aura pas été reçue en droit national, soit formellement, soit par la simple adéquation du droit interne aux engagements internationaux, rien en matière d'enseignement supérieur ne paraît exécutoire en faveur de ceux pour qui ces dispositions ont été formulées (A. LAJOIE et M. GAMACHE, préc., note 6, p. 33).

Puisque la suspension ne peut brimer un droit non reconnu, il ne serait pas possible de la contester sur cette base avec succès.

112. P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, préc., note 10, par. 98.

113. Au sujet du lien entre l'équité et les mesures d'exceptions voir : *id.*, par. 94.

ordonnances d'injonction interlocutoire pesant contre eux¹¹⁴, la clause de grève répondrait à un motif sérieux¹¹⁵, ce qui ne saurait être excessif et déraisonnable. De plus, la clause de grève contiendrait différentes conditions restreignant le pouvoir de suspension des établissements. Ces conditions limiteraient le possible potentiel abusif de la clause.

La jurisprudence a déjà qualifié de nombreuses clauses d'abusives. Par exemple, les clauses qui, en cas de défaut de l'adhérent, prévoient qu'il devra payer une forte pénalité¹¹⁶ sont souvent qualifiées d'abusives. Il en va de même des clauses qui exigent l'exclusivité de service d'un employé à temps partiel¹¹⁷. Ces exemples démontrent que le désavantage combattu par l'article 1437 C.c.Q. est beaucoup plus grand que celui pouvant découler d'une clause de grève.

Puisque la clause proposée requerrait la reprise des cours, elle ne libérerait pas l'établissement de son obligation de donner les cours. Par conséquent, cette clause ne désavantagerait pas l'étudiant de manière excessive ou déraisonnable et ne dénaturerait pas le contrat étudiant-établissement. Prévoir la possibilité qu'un empêchement nécessite de fournir une prestation équivalente plutôt que la prestation originale, dans le cas des établissements, n'est que l'exercice raisonnable de leur liberté contractuelle.

Autre fait important, l'exercice du pouvoir de suspension résulterait d'un vote de grève préalable. La clause prévoyant ce pouvoir ne saurait être abusive puisqu'elle prévoirait simplement la réponse de l'établissement à l'action des étudiants. Cela est d'autant plus vrai que la clause pourrait prévoir des conditions relatives au vote et à la tenue des assemblées qui accorderaient à chaque étudiant une influence sur le résultat du vote concernant l'opportunité d'une grève. Puisque l'étudiant qui se dirait victime de

---

114. C. BRUNELLE, préc., note 92.

115. D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 86, n° 1862.

116. N. CROTEAU, préc., note 39, point 3.2.

117. Benoît MOORE, « Les clauses abusives : Dix ans après », (2003) 63 *R. du B.* 59, p. 84.

la clause prétendument abusive aurait pu participer au débat et au vote de grève, un parallèle peut être tracé avec le cas de la clause pénale punissant l'adhérent de son inexécution contractuelle. Une telle clause, dont l'application résulte du défaut de l'adhérent, n'est pas abusive, du moins pas lorsqu'elle est raisonnable¹¹⁸.

Comme l'indiquent les professeurs Lluelles et Moore, les aspects « excessif » et « déraisonnable » de la clause abusive « semblent de nature objective, et donc détachés des particularités propres à un adhérent particulier »¹¹⁹. Toutefois, cette façon objective d'évaluer la clause ne fait pas l'unanimité, la jurisprudence ayant déjà tenu compte des « impacts particuliers d'une clause envers l'adhérent »¹²⁰. De plus, il n'est pas clair s'il faut évaluer le caractère abusif de la clause au moment de la formation du contrat ou au moment de l'application de la clause¹²¹.

Bien que la clause de grève, étudiée au moment de la formation du contrat, ne semble pas abusive, les tribunaux pourraient conclure autrement s'ils l'évaluent en regard des circonstances prévalant au moment de son application. Par exemple, en vertu de l'article 1437 C.c.Q., un étudiant qui aurait obtenu un stage rémunéré impossible à reporter pourrait peut-être obtenir la non-application de la clause à son cas particulier.

Bref, *a priori* la clause de grève ne serait pas abusive, bien qu'elle puisse l'être au regard de la situation particulière de certains étudiants lors de l'exercice du pouvoir de suspension.

La possibilité que la clause soit qualifiée d'abusives dans de très rares cas ne diminue en rien l'intérêt de notre proposition, car cette clause s'appliquerait toujours à la grande majorité des étudiants. L'établissement aurait simplement à accommoder les rares étudiants pour qui la clause s'avérerait abusive, ce qu'il

---

118. *Id.*, p. 87 et 88. Seules les clauses pénales particulièrement lourdes de conséquences sont abusives.

119. D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 86, n° 1838.

120. B. MOORE, préc., note 117, p. 68 et 69.

121. *Id.*, p. 71 et suiv.

pourrait faire dans le cadre d'un protocole d'entente signé avec l'association étudiante, comme cela s'est déjà fait¹²². Mieux encore, la clause de grève pourrait elle-même prévoir des cas d'accommodements et dès lors ne pas être abusive même pour les étudiants qui, autrement, auraient été pénalisés par la grève. De même, elle pourrait interdire les grèves de longue durée dans des programmes liés aux sciences de la santé. Avec de telles exceptions, la clause de grève serait encore moins abusive et encore plus conforme à l'ordre public et l'équité.

Par contre, il n'est pas parfaitement sûr que la clause de grève, si elle se trouvait dans des règlements de l'établissement, échapperait à la qualification de « clause externe » pouvant être nulle en vertu de l'article 1435 C.c.Q.. Cet article se lit comme suit :

La clause externe à laquelle renvoie le contrat lie les parties.

Toutefois, dans un contrat de consommation ou d'adhésion, cette clause est nulle si, au moment de la formation du contrat, elle n'a pas été expressément portée à la connaissance du consommateur ou de la partie qui y adhère, à moins que l'autre partie ne prouve que le consommateur ou l'adhérent en avait par ailleurs connaissance.

Dans l'arrêt *Fédération des médecins résidents (CA)*, la Cour d'appel rappelle le constat de la Cour supérieure selon lequel le contrat étudiant-établissement en est un d'adhésion¹²³. Plus loin, elle ajoute que les universités avisent leurs étudiants via des renseignements généraux ou des règlements d'études, et cette façon de faire lui semble suffisante¹²⁴. Il est donc fort probable que l'inclusion de la clause de grève dans des documents de ce type serait suffisante. Néanmoins, pour être encore plus sûr qu'une telle clause ne risque pas d'être considérée comme nulle en vertu de

---

122. Pour une entente prévoyant que des cours seront offerts malgré la grève, voir : *Michaudville c. Cégep de St-Laurent*, préc., note 2.

123. *Université de Montréal c. Fédérations des médecins résidents du Québec*, préc., note 24, p. 10.

124. *Id.*, p. 31 et 32.

l'article 1435 C.c.Q., elle pourrait être portée à l'attention de l'étudiant dans le formulaire d'inscription par lequel le contrat est formé.

Enfin, soulignons que tous ces motifs pouvant être invoqués pour contester la validité d'une clause de grève, et pas seulement l'article 1435 C.c.Q., doivent être interprétés à la lumière de l'arrêt *Fédération des médecins résidents (CA)*, entre autres parce que cet arrêt suggère qu'une clause imposée par un tiers, en l'occurrence le gouvernement, aurait encore moins de chance d'être jugée invalide.

B. La clause de grève d'origine ministérielle ou législative

L'inclusion de la clause de grève pourrait se faire grâce à l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire du ministre de l'Enseignement supérieur (ci-après « le ministre ») ou par l'adoption d'une loi.

1. Le pouvoir du ministre sur le contrat étudiant-établissement

Dans l'arrêt *Fédération des médecins résidents (CA)*, la Cour d'appel du Québec affirme qu'en vertu de l'article 1.3 de la *Loi sur le ministère de l'Éducation*¹²⁵ le ministre dispose d'un pouvoir discrétionnaire lui permettant d'imposer aux universités les conditions qu'il juge appropriées à travers des Règles budgétaires annuelles. Le plus haut tribunal québécois mentionne plus loin que « le contrat entre l'université et le gouvernement et le contrat *sui generis* entre l'université et l'étudiant sont intimement reliés (...) le deuxième doit s'ajuster selon l'évolution du premier, puisque la politique annuelle du gouvernement fait partie intégrante du lien université-étudiant »¹²⁶.

---

125. *Loi sur le ministère de l'Éducation*, L.R.Q., c. M-15, aujourd'hui *Loi sur le ministère de l'Éducation, des Loisirs et du Sport*, L.R.Q., c. M-15.

126. *Université de Montréal c. Fédérations des médecins résidents du Québec*, préc., note 24, p. 30.

À l'époque de ce jugement comme aujourd'hui, l'article 1.3 en question se lit comme suit :

Aux fins de l'exercice de ses fonctions, le ministre peut notamment:

(...)

2° accorder, aux conditions qu'il croit devoir fixer, une aide financière sur les sommes mises à sa disposition à cette fin.

Dans l'arrêt *Ruel c. Marois*, la Cour d'appel affirme au sujet de cet article que « [p]ar l'expression «aux conditions qu'il croit devoir fixer», le législateur confie au ministre de l'Éducation une discrétion d'une très large portée »¹²⁷. Elle mentionne même avoir conclu antérieurement à deux reprises que cet article accorde « un pouvoir purement discrétionnaire », avant d'ajouter que « [s]eul un cas flagrant d'abus de pouvoir, au sens strict défini par la jurisprudence, autorise un tribunal supérieur à exercer son pouvoir de contrôle et de surveillance à l'égard d'une décision de cette nature »¹²⁸.

Aujourd'hui, l'article 1.3 de la *Loi sur le ministère de l'Éducation* ne s'applique plus aux cégeps et universités¹²⁹. Pour ces derniers, il a été remplacé par l'article 5 de la *Loi sur le ministère de l'Enseignement supérieur, de la Recherche, de la Science et de la Technologie*¹³⁰ qui précise que:

Pour la réalisation de sa mission, le ministre peut notamment :

1° accorder, aux conditions qu'il fixe, une aide financière sur les sommes mises à sa disposition à cette fin.

---

127. *Ruel c. Marois*, [2001] R.J.Q. 2590, par. 71 (CA).

128. *Id.*, par. 28. Voir aussi : *Commission scolaire de Gatineau c. Québec (Procureur général)*, J.E. 84-331 (CA); *Conseil scolaire de L'île de Montréal c. Commission scolaire Chaudière-Etchemin*, [1987] R.J.Q. 1 (CA).

129. *Loi sur le ministère de l'Éducation, des Loisirs et du Sport*, préc., note 47, art. 1.1.

130. *Loi sur le ministère de l'Enseignement supérieur, de la Recherche, de la Science et de la Technologie*, L.Q. 2013, c. 28.

Comme le libellé de l'article 5 de cette loi est pratiquement identique à celui de l'article 1.3 de la *Loi sur le ministère de l'Éducation*, et que l'arrêt *Ruel c. Marois* visait des règles budgétaires ainsi que des conditions imposées par le ministre aux universités, les enseignements de cet arrêt s'appliquent aujourd'hui à cet article 5.

Bien entendu, l'imposition par le ministre d'une obligation pour les établissements d'enseignement de prévoir une clause de grève ou une clause de suspension de cours plus générale dans leurs règlements, et par le fait même dans le contrat, ne saurait être qualifiée de « cas flagrant d'abus de pouvoir » pour reprendre le critère de l'arrêt *Ruel c. Marois*. Surtout que cette imposition pourrait être justifiée par une volonté de maintenir la paix sur les campus, de respecter la démocratie étudiante et d'éviter les dépenses inhérentes aux confrontations qu'entraîne le non-respect des votes de grève; autant de finalités conformes à l'objet de la *Loi sur le ministère de l'Enseignement supérieur, de la Recherche, de la Science et de la Technologie* en vertu de laquelle le ministre imposerait cette obligation.

C'est donc dire qu'une clause de grève incluse au contrat via des Règles budgétaires annuelles découlant de l'article 5 de la *Loi sur le ministère de l'Enseignement supérieur, de la Recherche, de la Science et de la Technologie* serait très vraisemblablement *intra vires*.

Toutefois, le ministre ne pourrait ainsi permettre aux établissements collégiaux d'ignorer l'article 18 du *Règlement sur le régime des études collégiales*¹³¹ prévoyant un minimum de 82 jours de cours et d'évaluation par session. Seul le gouvernement, en modifiant ce règlement, pourrait prévoir une exception applicable en cas de vote de grève¹³².

Cela dit, il est également possible pour une loi d'influencer encore plus directement le contrat étudiant-établissement.

---

131. *Règlement sur le régime des études collégiales*, préc., note 54.

132. En vertu de la *Loi sur les collèges d'enseignement général et professionnel*, L.R.Q., c. C-29, art.18.

2. Le pouvoir du législateur sur le contrat étudiant-établissement

Par la « clause de grève d'origine législative », le législateur s'immiscerait dans le rapport contractuel des parties, ne leur laissant guère de choix quant à l'existence du pouvoir de suspension.

Le législateur peut ainsi intervenir dans une relation contractuelle sans être une partie au contrat. Il agit par l'entremise d'une loi impérative. Comme l'expliquent les professeurs Lluelles et Moore :

[...] les prescriptions d'une loi impérative font automatiquement partie du contrat, en l'absence même d'un renvoi [...]. Elle s'impose nécessairement aux contractants. [...] Lorsqu'un texte législatif [...] impose l'inclusion d'une clause contractuelle avec un contenu bien déterminé, ce contenu est censé faire partie du contrat, même si ce dernier ne contient pas la clause imposée par la loi¹³³.

La clause d'origine législative est donc obligatoire pour les parties. La clause est une disposition d'ordre public à laquelle les parties ne peuvent s'opposer. Une clause de grève d'origine législative pourrait donc être imposée de la sorte, et ce, par l'entremise de différentes lois.

La *Loi sur les établissements d'enseignement de niveau universitaire*¹³⁴ pourrait contenir la clause concernant le contrat étudiant-université. Sommairement, cette loi contient une liste des établissements d'enseignement universitaire, une restriction au pouvoir de décerner des grades, une limitation d'utilisation du titre « université » et du qualificatif « universitaire » et une obligation de divulgation d'information contraignant les universités. Cette loi,

---

133. D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 86, p. 1502 et 1503.

134. *Loi sur les établissements d'enseignement de niveau universitaire*, L.R.Q., c. E-14.1.

prévoyant déjà certaines obligations pour les universités, pourrait certes contenir la clause grève s'imposant à elles dans leur rapport contractuel avec les étudiants.

La *Loi sur les collèges d'enseignement général et professionnel*, quant à elle, contient la façon dont le gouvernement peut instituer de tels collèges, les pouvoirs de ces derniers, la façon dont ils seront administrés, des obligations auxquelles doivent se conformer les collèges, les pouvoirs réglementaires du gouvernement en matière d'enseignement collégial et des mesures de surveillance gouvernementale. Cette loi pourrait donc contenir la clause de grève devant s'appliquer à la relation étudiant-collège.

Toutefois, le législateur pourrait préférer une clause de grève uniforme pour tous les niveaux post-secondaires. Il serait alors logique de l'inclure dans une seule et même loi s'appliquant tant aux universités qu'aux collèges, par exemple la *Loi sur le ministère de l'Enseignement supérieur, de la Recherche, de la Science et de la Technologie*. Enfin, la *Loi sur l'accréditation et le financement des associations d'élèves ou d'étudiants* pourrait aussi être la pièce législative contenant la clause de grève.

Conclusion

Afin d'encadrer le droit de grève des étudiants et d'éliminer le plus possible la judiciarisation, une clause de grève ou une clause de suspension de cours plus générale, permettant ou obligeant l'établissement à suspendre les cours en cas de vote de grève conforme aux exigences de la clause, pourrait être incluse au contrat étudiant-établissement. Le contrat est un bon outil pour l'inclusion de cette clause, car il permet de répondre facilement aux particularités de la réalité des communautés universitaire et collégiale en cas de conflit étudiant. De nombreux droits et obligations découlant du contrat, y compris le pouvoir de suspension en cas de tempête hivernale, lient déjà les parties.

La clause pourrait valablement se retrouver dans le contrat étudiant-établissement, par l'entremise des règlements des études

ou autres documents équivalents adoptés par l'établissement. Elle pourrait aussi être imposée par une intervention ministérielle ou une loi, ce qui garantirait une plus grande uniformité des pouvoirs et des conditions d'application.

En cas de suspension conforme aux conditions, les étudiants dissidents ne pourraient s'adresser aux tribunaux pour requérir que soient donnés les cours. Toutefois, ces étudiants auraient, grâce aux dites conditions, la garantie de profiter de modalités de vote propices à l'expression de leur opposition. Et dans certains cas exceptionnels où un étudiant subirait un préjudice important en raison de la grève, il serait possible de l'accommoder, par exemple grâce à un protocole d'entente entre l'association étudiante et l'établissement. C'est donc dire que le droit des contrats offre des solutions qui permettraient de concilier l'autonomie des individus, des associations et des établissements.

À notre avis, cette conciliation serait susceptible d'apaiser les tensions qui peuvent survenir lors d'une grève étudiante; que ce soit les tensions entre les étudiants partisans de la grève et les étudiants dissidents, ou celles entre les associations étudiantes et les directions d'établissements. Un contrat qui établirait clairement les droits et obligations de chacun en cas de grève, par le fait même les attentes légitimes que chacun peut avoir dans cette éventualité, et qui serait volontairement conclu par chacune des parties dans un esprit de bonne foi et d'équité risque même d'être ni contesté, ni instrumentalisé. Car il contribuerait à faire en sorte que l'étudiant dissident ne craigne pas que son association manœuvre pour obtenir un vote de grève contre la volonté réelle de la majorité de ses membres et, inversement, que l'association ne craigne pas que les étudiants dissidents utilisent les tribunaux pour contrecarrer la volonté exprimée par un vote majoritairement favorable à la grève. Sans parler que la direction de l'établissement pourrait encore plus facilement faire confiance aux associations étudiantes de son campus qui, du fait de la clause de grève, auraient plus de droits, en termes de respect du vote de grève, mais également plus d'obligations eu égard aux droits individuels des étudiants, notamment des dissidents et de ceux qui pourraient être affectés

plus gravement par la suspension des cours. Respect de l'autonomie de la volonté et des attentes légitimes, préservation du lien de confiance et plus largement du lien social, la clause de grève serait en adéquation avec les fondements philosophiques du droit des contrats que nous avons identifiés.

Tout indique donc que sur les plans technique, juridique et philosophique, l'idée d'une clause de grève dans le contrat étudiant-établissement tient la route. Reste à déterminer si, sur le plan politique, les principaux acteurs jugeront qu'il revient à eux, et indirectement à la population qu'ils représentent, plutôt qu'aux tribunaux de déterminer ce qui doit advenir des cours en cas de grève. Car ultimement, derrière la question de la grève étudiante, c'est la conception de la démocratie et celle du pouvoir judiciaire qui sont en jeu.

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : LE PRÊT ENTRE PARTICULIERS PAR INTERNET

Auteur(s) : Marc LACOURSIÈRE
Arthur OULAÏ

Revue : *RDUS*, 2014, volume 44, numéro 2-3

Pages : **463-530**

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/10201>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/10201>

Page vide laissée intentionnellement.

LE PRÊT ENTRE PARTICULIERS PAR INTERNET*

par Marc LACOURSIÈRE**

Arthur OULAI***

Inspiré du prêt communautaire, le prêt entre particuliers tente de s'adapter à l'ère du 21^e siècle. Dans sa version actualisée dans le Web 2.0, un individu prête une somme d'argent à un autre individu via une plate-forme de prêts qui leur sert d'intermédiaire. Cette forme de prêt alternatif au réseau traditionnel des institutions financières se décline en plusieurs modèles et a connu un essor durant la dernière crise financière, laquelle a entraîné le resserrement des conditions du crédit. Même si la crise du crédit semble se résorber, le prêt entre particuliers par Internet conserve encore son intérêt auprès des internautes motivés par plusieurs raisons, dont la recherche de profits ou la philanthropie. Ce type de prêt soulève toutefois plusieurs enjeux réglementaires.

Inspired by the phenomenon of social lending (also known as peer-to-peer or P2P lending), the traditional manner of effecting loans between individuals seeks to adapt to the reality of the 21st century. In its present Web 2.0 version, a person may make a loan to another person through a virtual lending platform, which acts as an intermediary. Unlike loans offered by traditional financial institutions, this Internet loan concept presents various forms. Its development has gained acceptance as a result of the last financial crisis which provoked a significant tightening of available credit. Even through the effects of the last credit crunch are less evident today, P2P Internet loans enjoy a certain popularity amongst Internet users, either in the pursuit of profit or for philanthropic purposes. Nevertheless, this new form of providing loans raises several regulatory issues.

---

*. Les auteurs désirent remercier le Conseil de recherches en sciences humaines du Canada et la Fondation du Barreau du Québec pour le financement de cet article. Sous réserve d'une indication contraire quant à la date d'accès, la consultation des sites Web cités dans le présent article est à jour au 31 août 2014.

**. Professeur titulaire à la Faculté de droit, Université Laval, Québec (Canada), membre du Centre d'études en droit économique (CÉDÉ) et avocat.

***. Professeur agrégé et vice-doyen à l'enseignement à la Faculté de droit, Université de Sherbrooke, Québec (Canada).

SOMMAIRE

Introduction	465
1. La raison d'être du prêt entre particuliers	470
1.1 Les difficultés d'accéder au capital bancaire	471
1.1.1 Le droit au crédit.....	471
1.1.2 Les entraves à l'octroi du crédit	473
1.2 Le développement de solutions alternatives	478
1.2.1 Le crédit alternatif de type prédateur	479
1.2.2 Le prêt communautaire	481
2. Le financement entre particuliers par Internet.....	485
2.1 Les caractéristiques du prêt entre particuliers	485
2.1.1 La typologie des prêts	485
2.1.2 La nature et les risques du prêt entre particuliers	497
2.2 L'encadrement juridique du prêt entre particuliers	501
2.2.1 La première phase : l'investissement.....	501
2.2.2 La seconde phase : le prêt d'argent	518
2.2.2.1 L'encadrement spécifique des institutions financières.....	519
2.2.2.2 L'encadrement du prêt d'argent	524
Conclusion	528

INTRODUCTION

La crise du crédit hypothécaire, qui a perturbé l'économie américaine en 2007-2008, a mis en relief un problème fondamental en cette période de surconsommation dans le monde occidental : l'accès facile au crédit à un coût raisonnable et les mécanismes innovateurs de crédit peuvent entraîner le surendettement. En effet, les institutions financières offrent parfois des marges de crédit généreuses et octroient aisément des cartes de crédit au consommateur en ne procédant pas systématiquement à une analyse sérieuse de sa capacité à payer. Toutefois, à l'instar de banques américaines, les banques canadiennes ont resserré les conditions d'accès au crédit, hypothécaire ou non, ce qui affecte directement le consommateur plus défavorisé. Celui-ci doit alors se tourner vers des institutions spécialisées dans le prêt à la consommation et vers des entreprises commerciales qui offrent du crédit alternatif (aussi appelé « crédit parallèle »).

Au Canada, le crédit à la consommation est principalement distribué par trois intermédiaires différents : les institutions de dépôts (banques, caisses populaires; appelées « intermédiaires bancaires »), les autres institutions financières spécialisées dans le prêt à la consommation et les entreprises commerciales (marchands de meubles, concessionnaires automobiles; appelées « intermédiaires non bancaires »). Ces intermédiaires sont tous interpellés par le mouvement de la surconsommation. Malgré les convulsions de l'économie américaine et ses répercussions possibles au Canada, les rendements intéressants que fait miroiter le crédit à la consommation aux yeux des intermédiaires peuvent justifier leurs offres généreuses de crédit, ce qui peut contribuer à alourdir l'endettement des consommateurs. Selon une étude réalisée par Statistique Canada lors du recensement de 2006, les dettes des ménages ont augmenté de 47 % entre 1999 et 2005; de ce montant, il faut souligner l'augmentation des

emprunts par marge de crédit de 133 % et par carte de crédit et crédit à tempérament de 58 %¹.

L'octroi de crédit par les intermédiaires non bancaires séduit : si les personnes qui vivent au-dessus de leurs moyens financiers et les personnes compulsives, soit celles qui accumulent les cartes de crédit, les marges de crédit et les avances de fonds, représentent le stéréotype des consommateurs visés par la facilité d'obtention du crédit, il ne faut aucunement négliger les consommateurs économiquement défavorisés qui deviennent de plus en plus la cible des fournisseurs de crédit². Ces consommateurs peuvent difficilement obtenir un financement à un coût avantageux, en particulier auprès des intermédiaires non bancaires, ce qui peut, dans certains cas, leur être préjudiciable.

Il faut souligner les efforts récents déployés par les législateurs pour faciliter l'accès à un compte bancaire à prix modique pour les personnes économiquement défavorisées³, ainsi que d'autres mesures destinées à favoriser la divulgation et la transparence de l'information. Ces mesures législatives suggèrent que les personnes économiquement défavorisées pourraient raisonnablement accéder au crédit bancaire.

Or, contrairement aux attentes, ces mesures n'atteignent pas leur objectif et sont manifestement insuffisantes⁴. D'une part,

-
1. STATISTIQUE CANADA, « Avoirs et dettes détenus par les unités familiales, montants totaux », 7 décembre 2006, en ligne : <http://www40.statcan.ca/102/cst01/famil109_f.htm>.
  2. Voir généralement l'étude suivante : Gérard DUHAIME, *La vie à crédit : consommation et crise*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2003.
  3. *Loi sur les banques*, L.C. 1991, c. 46; *Règlement sur l'accès aux services bancaires de base*, DORS/2003-184, et par la *Loi sur les coopératives de services financiers*, RLRQ, c. C-67.3.
  4. Alessandra DI LAURO, « Le mensonge dans les règles de la communication : instruments pour une gestion soutenable et "adéquate" de l'information au consommateur », dans Geneviève PARENT, *Production et consommation durables : de la gouvernance au consommateur-citoyen*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008, p. 517, aux pages 525, 532-534.

les institutions financières octroient des marges et des cartes de crédit dont les limites de crédit se justifient difficilement à l'aune des moyens financiers du consommateur, encourageant ainsi un état de surendettement. D'autre part, les consommateurs économiquement défavorisés qui ne peuvent obtenir de financement (hypothécaire ou non) auprès d'une institution bancaire, notamment en raison du resserrement du crédit à la suite de la crise du crédit hypothécaire aux États-Unis qui influence les institutions bancaires canadiennes, doivent se tourner vers des intermédiaires non bancaires.

Ces intermédiaires sont à la source du développement important de diverses formes de crédit alternatif et de nouvelles techniques de financement en tant qu'intermédiaire, que ce soit le prêt sur gages, l'encaissement de chèques, le prêt sur salaire, le microcrédit, le prêt entre particuliers (aussi appelé « prêt de personne à personne », ou « *peer-to-peer lending* »), ou d'autres techniques de financement novatrices. Si le microcrédit apparaît avantageux, il vise principalement les petites et moyennes entreprises et il ne constitue pas la solution au problème de l'accès généralisé au crédit à la consommation à un coût déraisonnable⁵. Ces mécanismes de prêts alternatifs peuvent certainement être nuisibles au consommateur.

Le prêt entre particuliers est une forme de prêt social, présent dans certaines couches de la société depuis plusieurs années déjà. Il consiste pour un particulier à prêter de l'argent directement et sans un intermédiaire bancaire, que ce soit pour des raisons financières (obtention d'un profit) ou sociales (aide à un proche). La version moderne de ce type de financement utilise le canal de distribution Internet et semble susciter un certain attrait, comme le démontre sa popularité croissante dans certains pays européens et son succès durant la crise financière de la fin

---

5. Toni WILLIAMS, « Requiem for Microcredit: The Demise of a Romantic Ideal », (2004) 19 *Banking and Finance Law Review* 145, 150.

des années 2000⁶. Les plates-formes de prêts se sont multipliées et diversifiées rapidement, posant le problème d'un encadrement juridique approprié pour des mécanismes si instables à première vue. Le prêt entre particuliers soulève plusieurs enjeux dont le plus important reste celui de sa réglementation. Quel type d'encadrement juridique faut-il pour le prêt entre particuliers empruntant le canal d'Internet? Devant la difficulté de trouver des réponses adéquates à cette question, plusieurs régulateurs nord-américains et européens ont préféré, au départ, bannir ce type de prêt sur leurs territoires, ou les soumettre à une approche si restrictive qu'elle a fini par décourager ses promoteurs, ce qui a fait croire à une existence éphémère de ce type de crédit. Mais l'investissement de Google dans la plate-forme Lending Club en mai 2013 a contribué à raviver l'intérêt pour ce type de crédit. Cette plate-forme de prêts se hisse d'ailleurs au cinquième rang du classement 2014 des cent entreprises américaines les plus prometteuses réalisé par le magazine Forbes⁷. En Europe, la méfiance entretenue, dans certains pays, à l'égard des prêts par des particuliers sur Internet semble céder le pas à une approche plus ouverte envers le financement participatif sur Internet en général. Aussi, si de nouvelles plates-formes voient le jour dans des pays autrefois réticents⁸, d'autres ont commencé à internationaliser leurs activités⁹. Le gouvernement français, après avoir affiché au cours de l'année 2013 son désir de promouvoir le financement participatif, a confié à l'Autorité des marchés financiers (AMF) la tâche de procéder à une consultation, laquelle

-
6. Paul SLATTERY, « Square Pegs in a Round Hole: SEC Regulation of Online Peer-to-Peer Lending and the CFPB Alternative », (2013) 30 *Yale J. Reg.* 233, 235.
  7. FORBES, « America's Most Promising companies », Janvier 2014, en ligne: <<http://www.forbes.com/most-promising-companies/list>>.
  8. La plate-forme française Prêt d'Union a été créée en 2009 et a débuté ses activités en 2011 après avoir obtenu l'agrément des autorités régulatrices.
  9. La plate-forme estonienne Bondora vise le marché européen aussi bien pour les prêteurs que pour les emprunteurs. Voir : Georgia QUINN, « Bondora Sees Huge Opportunity in European Peer to Peer Lending », Septembre 2014, en ligne : <<http://www.crowdfundinsider.com/2014/09/49573-bondora-sees-opportunity-european-peer-peer-lending-market/>>.

a débouché sur la proposition d'un nouveau statut juridique dont l'entrée en vigueur a eu lieu le 1^{er} octobre 2014. Il est vrai que les autorités françaises visent davantage à promouvoir le financement participatif sur Internet destiné aux petites entreprises (*crowdfunding*), mais leur démarche participe de ce regain d'intérêt observé à l'égard des prêts faits par des particuliers sur Internet et rappelle par la même occasion la pertinence du questionnement relatif au régime juridique susceptible de s'appliquer à ces transactions. De plus, la structure du prêt entre particuliers, qui varie selon la plate-forme informatique utilisée, contribue à complexifier la question de sa réglementation. Certains prêts sont effectués « directement » entre les personnes, d'autres le sont par des intermédiaires et d'autres se présentent, enfin, comme des formes d'investissement. Au surplus, le concept de « commerçant », comme défini par le droit québécois, semble être remis en question dans ce contexte, rendant incertaine l'application de la *Loi sur la protection du consommateur*¹⁰. Loin d'être dissipée, cette incertitude juridique, nuisible au consommateur, se greffe à la préoccupation générale pour l'encadrement des activités financières réalisées sur un réseau ouvert tel qu'Internet.

Notre texte vise d'abord l'analyse de la raison d'être du prêt seulement entre particuliers, et exclut explicitement l'étude du prêt à caractère commercial, notamment celui destiné aux entreprises en démarrage (*crowdfunding*)¹¹ (1.). Cette première partie est essentielle à la compréhension du prêt entre particuliers par Internet, lequel procède d'une manière, somme toute, similaire. Par la suite, nous étudierons le prêt entre particuliers en ligne et les caractéristiques qui le distinguent, tant en ce qui concerne le fonctionnement que l'encadrement juridique (2.).

---

10. RLRQ, c. P-40.1 (ci-après « L.p.c. »).

11. À ce sujet, voir : Joan MacLeod HEMINWAY et Shelden Ryan HOFFMAN, « Proceed at your Peril: Crowdfunding and The Securities Act of 1933 », (2011) 78 *Tenn. L. Rev.* 879; John S. WROLDSEN, « The Social Network and the Crowdfund Act: Zuckerberg, Saverin, and Venture Capitalists' Dilution of The Crowd », (2013) 15 *Vand. J. Ent. & Tech. L.* 583.

1. LA RAISON D'ÊTRE DU PRÊT ENTRE PARTICULIERS

Depuis la création du système bancaire moderne au 12^e siècle, le rôle des banques commerciales (c'est-à-dire les institutions de dépôts) dans l'économie tient essentiellement à deux composantes : recevoir les dépôts des particuliers et des entreprises et leur prêter de l'argent. De nos jours, cette réalité est de loin plus complexe, mais elle en respecte l'esprit. Au fil des dernières décennies, les banques ont accumulé des réserves très importantes qu'elles peuvent utiliser dans leurs opérations de crédit ou d'investissement. Fondamentalement, l'accès au crédit des particuliers trouve ses vertus dans la possibilité pour les ménages d'acquérir des biens de consommation d'une certaine valeur, que ce soit des biens meubles (appareils électroménagers, meubles, etc.) ou immeubles¹². L'endettement doit donc être distingué du surendettement¹³. L'évolution de la société de consommation vers une société de surconsommation a eu pour corollaire l'intensification de la demande de crédit par les consommateurs. Le taux très élevé de bancarisation de la population a également contribué à l'essor du crédit à la consommation¹⁴.

L'accès au crédit à la consommation n'est pas synonyme d'emprunt bancaire. Malgré les offres généralisées de crédit bancaire, les banques demeurent frileuses lorsqu'il s'agit d'octroyer un prêt à un consommateur dont le dossier est peu reluisant (1.1). En cas de refus, le consommateur doit se tourner vers d'autres alternatives (1.2).

---

12. Kartik B. ATHREYA, « Credit Access, Labor Supply, and Consumer Welfare », (2008) 94 n°1 *Federal Reserve Bank of Richmond Economic Quarterly* 17.

13. Sébastien PLOT, « Du flambeur à la victime : Vers une problématisation consensuelle du surendettement », (2009) 76 *Sociétés contemporaines* 67, 76.

14. *Id.*, p. 70.

1.1 Les difficultés d'accéder au capital bancaire

L'appétit des consommateurs pour la consommation sous-entend la nécessité, pour plusieurs d'entre eux, de rechercher des sources de financement. De nos jours, la carte de crédit s'impose naturellement pour les achats de consommation (excluant l'immobilier). Le taux d'intérêt élevé imposé aux cartes de crédit la rend particulièrement onéreuse pour le financement à crédit. Plus généralement, il faut noter que le crédit est un privilège et non un droit, tant à l'égard du consommateur que de l'entreprise (1.1.1). Au surplus, il faut ajouter que les démarches pour l'obtention du crédit peuvent être assombries par diverses formes d'embûches (1.1.2).

1.1.1 Le droit au crédit

Une modification apportée en 2001¹⁵ à la *Loi sur les banques* prévoit l'obligation pour une banque à charte canadienne d'ouvrir un compte de dépôt à prix modique à toute personne qui en fait la demande¹⁶. Cette démarche vise l'augmentation de la bancarisation au Canada, laquelle se situe maintenant autour de 96 %¹⁷.

Toutefois, que ce soit au Canada, ou même dans d'autres États¹⁸, le droit au compte n'entraîne pas pour un client le droit d'obtenir un emprunt. Ainsi, le droit au crédit demeure donc une prérogative des banques et un client qui présente un risque de remboursement trop élevé pourra légitimement se voir refuser un prêt à la banque. Néanmoins, si le prêteur promet d'octroyer un

---

15. *Loi sur l'Agence de la consommation en matière financière du Canada*, L.C. 2001, c. 9, art. 117.

16. *Loi sur les banques*, préc., note 3, art. 448.1(1)(2). Voir également : *Règlement sur l'accès aux services bancaires de base*, préc., note 3.

17. ASSOCIATION DES BANQUIERS CANADIENS, « Les banques et la littératie financière », 18 décembre 2013, en ligne : <<http://www.cba.ca/fr/component/content/category/79-banks-and-financial-literacy>>.

18. Christian GAVALDA et Jean STOUFFLET, *Droit bancaire*, 8^e éd., 2010, n° 534, p. 321.

crédit, il doit y donner suite¹⁹. Cette situation est particulièrement courante dans le cas des préautorisations hypothécaires.

Si le droit au crédit n'existe pas, il faut souligner qu'en Amérique du Nord, l'accès au crédit s'est démocratisé depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale. L'engouement des consommateurs pour le crédit, son importance pour la relance de l'économie en temps de crise et les techniques innovatrices de financement des institutions financières, qui permettent d'élaguer le risque de crédit, ne sont point étrangers à la générosité des prêteurs. En particulier, depuis 1980, il faut noter la tendance de fond des banquiers à prêter au moyen de cartes de crédit, le nombre de cartes détenues par des Canadiens ayant ainsi augmenté substantiellement²⁰. Puisque le coût d'emprunt des cartes de crédit est supérieur à une marge de crédit, ou à un prêt personnel, les conditions préalables d'octroi sont moins strictes. En d'autres termes, le consommateur qui ne peut obtenir une marge de crédit à un taux d'intérêt intéressant pourra tout de même obtenir une carte de crédit à un taux deux ou trois fois plus élevé, soit environ 20 %, ce qui ne correspond pas à un accès au crédit à un coût raisonnable. Le cas échéant, les statistiques révèlent que la tranche plus défavorisée de détenteurs de cartes de crédit concerne des titulaires qui ne peuvent payer entièrement leur solde périodique, qui ont un dossier de crédit moins reluisant et qui sont le plus susceptibles de déclarer faillite²¹.

---

19. *Sancta Holdings Ltd. v. Bank of Montreal*, J.E. 97-1081 (C.A.); *Centre d'aide aux entreprises Champlain inc. c. Banque Royale du Canada*, J.E. 96-1819 (C.A.); *In Re O.T.E.A. Inc. : Banque Royale du Canada c. Béliveau*, [1976] C.A. 539. Il en va de même au Canada anglais : *Bank of Montreal c. Bond*, (1988) 24 B.C.L.R. (2d) 80 (C.A.). En France, le banquier n'a aucune obligation d'accorder un crédit, à moins qu'il n'ait promis au client d'agir en ce sens: Jean DEVÈZE (dir.), *Lamy Droit du financement : titres et marchés, ingénierie financière, paiement, crédit, garanties du crédit*, Rueil-Malmaison (France), Wolters Kluwer France, 2008, n° 2650, p. 1338, 2002; C. GAVALDA et J. STOUFFLET, préc., note 18, p. 321-323.

20. BUREAU DE LA CONSOMMATION (INDUSTRIE CANADA), « Rapport sur les tendances en consommation », 2005, p. 153, en ligne : <[https://www.ic.gc.ca/eic/site/oca-bc.nsf/vwapj/FR_CTR.pdf/\\$FILE/FR_CTR.pdf](https://www.ic.gc.ca/eic/site/oca-bc.nsf/vwapj/FR_CTR.pdf/$FILE/FR_CTR.pdf)>.

21. *Id.*, p. 153-155.

1.1.2 Les entraves à l'octroi du crédit

Si le droit au crédit est inexistant au Canada, aux États-Unis et même en Europe, la pratique bancaire a incité les institutions financières à octroyer du crédit, dans une certaine mesure, aux plus démunis de la société. La mission des banquiers n'est pas d'œuvrer à des fins charitables et plusieurs circonstances, justifiées ou non, pourront les mener vers un refus d'octroi du crédit. Il va de soi qu'il ne doit y avoir aucune discrimination dans le refus d'octroyer un prêt.

D'abord, la situation classique sur laquelle s'appuient les banquiers se manifeste par un dossier défavorable, c'est-à-dire par un risque de non-remboursement trop élevé de la part du débiteur. Que ce soit lors de la phase initiale ou lors du renouvellement, le crédit est accordé par un banquier à la suite d'un processus d'évaluation du profil personnel de l'emprunteur et du contexte économique²². Cette évaluation des emprunteurs est fondée sur la relation de confiance qui doit exister entre le prêteur et ceux-ci. Le moment critique de la demande de crédit est vu par certains comme une épreuve de qualification, puisque le prêt est accordé selon le risque que représente l'emprunteur aux yeux du prêteur. Brièvement, le processus de demande de prêt consiste en ce que le banquier s'assure de l'intégration sociale de l'emprunteur et surtout de sa stabilité, principalement professionnelle mais également familiale. Dans le premier cas, outre la qualification de l'emploi et les revenus, la permanence d'emploi constitue un élément très important, ce qui cause, bien entendu, des problèmes aux jeunes emprunteurs²³. L'emprunteur doit ensuite faire part au banquier de ses charges, comme l'hypothèque ou le montant du loyer qu'il paie. L'étape essentielle de l'évaluation de la capacité de payer de l'emprunteur consiste à la vérification de ses antécédents

---

22. Nicole L'HEUREUX et Marc LACOURSIÈRE, *Droit de la consommation*, 6^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2011, p. 195 et suiv.

23. Jeanne LAZARUS, « L'épreuve du crédit », (2009) 76 *Sociétés contemporaines* 17, 23.

de crédit par le prêteur par le biais d'organismes de crédit²⁴. Enfin, si la décision du banquier se traduit par une acceptation, il y aura alors lieu de déterminer le montant et le taux d'intérêt lié au risque que représente l'emprunteur. L'échéancier des remboursements sera établi par le prêteur en collaboration avec l'emprunteur, afin que celui-ci se sente à l'aise. Néanmoins, il faut noter qu'en raison du rapport inégalitaire qui caractérise la relation bancaire, l'asymétrie de l'information qui prévaut entre le créancier et le débiteur, surtout lorsque ce dernier est un consommateur, engendre un devoir fiduciaire, traduit par le devoir de loyauté en droit québécois. Plus l'inégalité est grande, plus ce devoir sera important et teintera l'obligation de diligence du banquier²⁵.

Ensuite, le rationnement du crédit, également connu sous le nom de « *credit rationing* », découle d'une théorie élaborée par plusieurs économistes états-uniens, dont Joseph Stiglitz et Andrew Weiss, lauréats du prix Nobel d'économie en 2001²⁶. Le

-
24. Au Canada, les dossiers de crédit sont gérés par des entreprises privées, contrairement à certains pays européens où l'État prend en charge cette question: Marie-Claude BARRET-BARNAY, « Le contrôle de l'octroi du crédit dans les États membres de l'Union européenne », (2002) *Revue européenne de droit de la consommation* 173.
25. Nicole L'HEUREUX, Édith FORTIN et Marc LACOURSIÈRE, *Droit bancaire*, 4^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2004, n° 1.156, p. 320-322.
26. Joseph STIGLITZ et Andrew WEISS, « Credit Rationing in Markets with Imperfect Information », (1981) 71 *American Economic Review* 393. Leur théorie se résume ainsi. Dans un marché du crédit, l'équilibre peut être atteint par le rationnement, toutes choses tant égales par ailleurs. Devant un emprunteur qui présente un risque important, le banquier peut accepter (en totalité ou partiellement) ou refuser d'octroyer le prêt. Le rendement étant fonction du risque, le banquier serait justifié de hausser le taux d'intérêt et l'emprunteur pourrait, par hypothèse, accepter un emprunt à un tel coût. Or, le dispensateur de crédit peut refuser de prêter à un emprunteur dont le risque dépasse un certain seuil, malgré le désir de cet emprunteur de payer plus cher et même d'offrir plus de garanties au soutien de sa demande de prêt. Du point de vue du banquier, le risque est mieux géré et l'espérance de profit est meilleure. En d'autres termes, le banquier devra trouver le point d'équilibre pour optimiser son profit, et le marché s'équilibrera par lui-même. Il s'agit du rationnement pur, qui s'oppose au rationnement ciblé.

phénomène du rationnement ciblé, appelé exclusion systématique (*redlining*) concerne le refus de prêter à une strate de personnes composant un groupe socio-économique déterminé. Prenons un exemple. Le rationnement du crédit pourrait affecter les petites et moyennes entreprises ou les gens défavorisés, demeurant dans un secteur déterminé. Aux États-Unis, plusieurs études ont démontré que l'exclusion systématique visait parfois le genre ou les communautés hispanique ou afro-américaine²⁷. Le terme « *redlining* » désigne donc une démarcation géographique où les créanciers refusent de prêter aux membres d'une communauté spécifique. Au cours des années 1970, le gouvernement a tenté de remédier à ce problème, mais avec un succès limité²⁸. La littérature rapporte peu de pratiques de rationnement du crédit fondées sur le genre ou l'origine ethnique au Canada²⁹. Toutefois, une étude d'un géographe ontarien portant sur une période allant des années 1930 aux années 1950 démontre que cette pratique n'était pas rare dans les banlieues d'alors. Cependant, l'origine de ces banlieues a peu à voir avec les minorités ethniques. L'auteur affirme que « [i]f we are to use the term in Canada, then, we must be prepared to set aside its racialised connotations »³⁰.

-
27. Voir notamment: Willy E. RICE, « Race, Gender, Redlining, and the Discriminatory Access to Loans, Credit, and Insurance: An Historical and Empirical Analysis of Consumers Who Sued Lenders and Insurers in Federal and State Courts, 1950-1995 », (1996) 33 *San Diego L. Rev.* 583; Ira RHEINGOLD, Michael FITZPATRICK et Al Jr. HOFELD, « From Redlining to Reverse Redlining: A History of Obstacles for Minority Homeownership in America », (2000-2001) 34 *Clearinghouse Rev.* 642.
28. Voir notamment: *Equal Credit Opportunity Act of 1974*, Pub. L. No. 93-495, 88 Stat. 1500, 15 U.S.C. par. 1691; *Community Reinvestment Act of 1977*, 12 U.S.C. par. 2901. Ces lois faisaient suite à : *Fair Housing Act of 1968*, 42 U.S.C. par. 3601. Voir les auteurs suivants pour des études de la question au cours des années 2000: Christopher J. MAYER et Karen PENCE, « Subprime Mortgages: What, Where, and to Whom? », (2008) *NBER Working Paper* n° 14083; Andra C. GHENT, Rubén HERNÁNDEZ-MURILLO et Michael T. OWYANG, « Race, Redlining, and Subprime Loan Pricing », (2011) *Federal Reserve Bank of St. Louis Working Paper* 2011-033B.
29. Richard HARRIS, « From “Black-Balling” to “Marking”: The Suburban Origin of Redlining in Canada, 1930s-1950s », (2003) 47 *The Canadian Geographer / Le Géographe canadien* 38.
30. *Id.*, p. 39.

Enfin, les dernières années ont vu une généralisation progressive du crédit. Il peut même être avancé que le crédit est maintenant devenu un mal nécessaire à la relance de l'économie. Les désirs du gouverneur de la Banque du Canada de miser sur l'investissement par les entreprises pour relancer l'économie³¹, comme ce fut le cas lors de la période postérieure à la Deuxième Guerre mondiale, demeurent des vœux pieux. La réalité des cycles économiques affecte les banques, principaux intermédiaires dans la distribution du crédit³². En période de crise, l'économie est confrontée à une situation de resserrement du crédit, également appelé étranglement du crédit ou contrainte de liquidité (*credit crunch*). Certains parlent même d'un resserrement du capital (*capital crunch*)³³. Les banquiers diminuent l'offre de crédit et la demande de la part des emprunteurs ne pouvant être comblée, ces derniers doivent tenter de trouver des substituts à un coût égal ou supérieur. Si le Canada a traversé la turbulence financière mondiale de 2007-2009 presque sans heurts³⁴, il faut néanmoins

-
31. BANQUE DU CANADA, « Le gouverneur de la Banque du Canada, Stephen S. Poloz, traite du retour à une croissance naturelle de l'économie canadienne », 18 septembre 2013, en ligne : <<http://www.banqueducanada.ca/2013/09/publication/communiques/gouverneur-polo-z-traite-retour-croissance-naturelle>>.
  32. D'une manière générale, les pérégrinations du crédit suivent le cycle suivant. Les conditions économiques favorables encouragent les ménages et les entreprises à consommer à crédit, cet engouement s'emballant à un certain moment pour atteindre des niveaux très élevés, jusqu'à ce que les consommateurs les plus fragiles financièrement ne soient plus en mesure d'acquitter leurs dettes. Lorsque les dettes sont des prêts hypothécaires, l'impact est beaucoup plus important, ébranlant non seulement le monde financier, mais l'économie dans son ensemble. Les banques peuvent alors souffrir d'un problème de liquidité et doivent par conséquent modérer leurs activités de prêts.
  33. Ben S. BERNANKE, Cara S. LOWN et Benjamin M. FRIEDMAN, « The Credit Crunch », (1991) 2 *Brookings Papers on Economic Activity* 205, 206. Le resserrement du crédit peut se définir comme étant un « changement qualitatif dans le régime du crédit bancaire à l'égard d'un ensemble de débiteurs ou d'un type de marché » : Michel AGLIETTA, « Comportement bancaire et risque de système », (1993) 27 *Revue d'économie financière* 439, 442.
  34. Sur cette question, voir en détail : Marc LACOURSIÈRE, « La perspective bancaire canadienne lors de la crise financière de 2007-2009 », (2014) 29 *B.F.L.R.* 271, 291 et suiv.

noter l'accroissement constant de l'endettement des Canadiens au fil des dernières années qui soulève certaines inquiétudes, endettement dû notamment aux facilités d'obtention du crédit³⁵. La surintendante des institutions financières a d'ailleurs vivement critiqué cette situation³⁶, qui peut s'expliquer ainsi. Premièrement, il faut noter le caractère inégalitaire des rapports entre les emprunteurs et les prêteurs³⁷. Deuxièmement, il faut souligner l'impact très limité de la crise financière au Canada, caractérisé par la générosité excessive des banquiers dans l'octroi de prêts³⁸. Troisièmement, notons que peu de mesures ont été prises à ce jour pour assurer un meilleur encadrement et un contrôle adéquat à l'égard des pratiques financières contemporaines³⁹. En dépit de leurs généreuses pratiques bancaires, les institutions financières canadiennes ont tout de même resserré leurs pratiques en matière de prêts lors de la dernière crise financière.

-
35. Selon une enquête récente de Statistique Canada, l'endettement des Canadiens, mesuré par le ratio dette d'un ménage au revenu disponible, dépasse globalement les 150 %, ce qui est légèrement supérieur aux États-Unis: STATISTIQUE CANADA, « L'endettement des ménages », 23 mars 2012, p. 4, en ligne : <<http://www.statcan.gc.ca/pub/75-001-x/2012002/article/11636-fra.pdf>>. Plus précisément, l'endettement est réparti inégalement entre les groupes d'emprunteurs, que ce soit en raison de leurs revenus, de leur scolarité ou de leur provenance : *id.*, p. 6 (Tableau 1). En 2010, cet endettement était de 146,5 % au Canada et de 122,5 % aux États-Unis : ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES, « OECD Factbook 2013 : Economic, Environmental and Social Statistics – Household Debt », 2013, p. 28, en ligne : <http://www.oecd-ilibrary.org/economics/oecd-factbook-2013/household-debt_factbook-2013-28-en>.
36. Rudy LE COURS, « Endettement extrême », *La Presse [de Montréal]* (29 mars 2012), X1 (Portefolio).
37. Le sociologue Bourdieu parle de distribution inégalitaire du capital : Pierre BOURDIEU, *Les structures sociales de l'économie*, Paris, Seuil, 2000, p. 244 et suiv.
38. J. LAZARUS, préc., note 23.
39. BUREAU DU SURINTENDANT DES INSTITUTIONS FINANCIÈRES, « Ligne directrice B-20 – Pratiques et procédures de souscription de prêts hypothécaires résidentiels », Juin 2012, en ligne : <http://www.osfi-bsif.gc.ca/Fra/finif/rg-ro/gdn-ort/gl-ld/Pages/b20_let.aspx>.

1.2 Le développement de solutions alternatives

La distribution du crédit suit un raisonnement fondé sur la relation de confiance qui existe entre un prêteur et un emprunteur. Le prêteur voue une confiance moindre à un emprunteur qui présente un risque élevé de non-remboursement, ce qui se traduit par l'exigence d'un taux d'intérêt plus élevé. L'emprunteur peut contracter un emprunt auprès d'une banque, que ce soit un prêt personnel ou hypothécaire, ou une marge de crédit à un coût d'emprunt alléchant. Il peut également obtenir une carte de crédit pour un taux plus élevé. Bien que ce mode de crédit soit très prisé, il faut constater que les banquiers l'offrent à de nombreux emprunteurs qui ne peuvent se qualifier pour l'obtention d'un prêt ou d'une marge de crédit. Dans la hiérarchie des dispensateurs de crédit se trouvent ensuite les prêteurs à risque, communément appelés « compagnies de finance ». Ces entreprises prêtent à des taux plus élevés, souvent pour une deuxième ou même une troisième hypothèque, à des emprunteurs qui ne peuvent se qualifier pour un emprunt bancaire.

Enfin, lorsque l'emprunteur ne peut obtenir un prêt auprès d'une banque, celui-ci doit alors se tourner vers des institutions spécialisées dans le prêt à la consommation et des entreprises commerciales qui offrent une dernière solution se trouvent dans le crédit alternatif (aussi appelé « crédit parallèle »), ce qui peut devenir un fardeau financier très lourd pour l'emprunteur.

Le crédit alternatif se compose de deux catégories d'éléments. D'une part, il faut noter le prêt sur salaire, l'encaissement de chèques et le prêt sur gages. Ces éléments s'inscrivent dans les types de prêt prédateur, frôlant l'usure vu les taux d'intérêt exorbitants. Ils témoignent de l'incapacité du législateur à encadrer efficacement ce segment du marché de l'emprunt (1.2.1). D'autre part, il faut souligner le microcrédit qui peut être offert à des taux intéressants pour une catégorie de personnes défavorisées. S'inspirant d'un concept similaire, le prêt communautaire permet un emprunt à un taux raisonnable dans certaines circonstances (1.2.2).

1.2.1 Le crédit alternatif de type prédateur

Les prêts alternatifs de nature prédatrice, comme le prêt sur gages, le prêt sur salaire et l'encaissement de chèques par une agence sont généralement néfastes pour le consommateur, vu le coût très élevé de l'intérêt et l'absence de réglementation adéquate⁴⁰. À titre d'exemple, le prêt sur salaire peut être offert par Internet, ce qui soulève non seulement des problèmes liés au coût du crédit, mais également liés à la sécurité des transactions et à la protection des renseignements personnels, puisque les prêteurs ont tendance à exiger plus de renseignements sur le consommateur⁴¹. L'usage bancaire au Canada a toujours incité les banques canadiennes à refuser d'offrir ce financement et certaines entreprises commerciales, comme Loblaws et Canadian Tire, qui opèrent maintenant des banques à charte canadiennes – *Services Financiers le Choix du Président* et *Banque Canadian Tire* –, ne dispensent pas non plus ce service de financement alternatif. En définitive, un meilleur encadrement de ces formes de prêt pourrait non seulement améliorer la protection du consommateur, mais également rassurer les intervenants du système bancaire et financier devant cette nouvelle forme de concurrence.

Les préoccupations du législateur à cet égard ne se sont pas suffisamment concrétisées pour le moment, car il ne fait pas la différence entre les intermédiaires bancaires et non bancaires. La protection est principalement orientée vers l'octroi de permis,

---

40. Sur cette question, voir généralement : Iain RAMSAY, « Overindebtedness and Regulation of Consumer Credit », dans Thierry BOURGOIGNIE, *Regards croisés sur les enjeux contemporains du droit de la consommation*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2006, p. 35; Iain RAMSAY, « The Alternative Consumer Credit Market and Financial Sector: Regulatory Issues and Approches », (2001) 35 *Canadian Business Law Journal* 325; AGENCE DE LA CONSOMMATION EN MATIÈRE FINANCIÈRE DU CANADA, « Le coût des prêts sur salaire », 2011, en ligne : <<http://www.fcac-acfc.gc.ca/fra/ressources/publications/prethypothecaire/pretsalair/PDF/PaydayLoans-fra.pdf>>; *PacificExpress Financial Corp. v. Larsen*, 2010 ABPC 289 (Q.B.).

41. AGENCE DE LA CONSOMMATION EN MATIÈRE FINANCIÈRE DU CANADA, préc., note 40.

de même que la surveillance et le contrôle *a posteriori*⁴². En 2010, le législateur québécois a adopté une nouvelle loi concernant les entreprises de services monétaires, laquelle vise spécifiquement celles qui offrent des services de change de devises, de transfert de fonds, d'émission ou de rachat de chèques de voyage (ou de mandats ou de traites), d'encaissement de chèques et d'exploitation de guichets automatiques⁴³. Les services d'encaissement de chèques visent plus particulièrement le crédit alternatif, étant utilisés par une tranche de la population défavorisée et imposant des coûts d'emprunt pour le moins exorbitants. La protection offerte par la loi repose sur l'émission de permis, mais contrairement à ceux délivrés par l'Office de la protection du consommateur (OPC) en vertu de la L.p.c., cette nouvelle loi oblige le requérant à fournir des renseignements plus précis sur lui-même et ses activités ainsi qu'un rapport d'habilitation sécuritaire émis par la Sûreté du Québec⁴⁴. Le permis est délivré par l'Autorité des marchés financiers⁴⁵. Les banques et autres institutions financières régies par des lois spécifiques sont exemptées de la Loi⁴⁶.

Il est pertinent de noter l'article 115.1 qui avait été proposé par le projet de loi n° 24 et qui prévoyait que « [l]a vente avec faculté de rachat qu'un consommateur fait d'un de ses biens à un commerçant est réputée constituer un contrat de prêt d'argent dès que le total des sommes à payer par le consommateur en vertu du contrat pour racheter le bien est supérieur au montant versé par le commerçant pour acquérir le bien. Est assimilée à une vente avec faculté de rachat, la vente d'un bien par un consommateur

---

42. Sur ce point, voir : N. L'HEUREUX et M. LACOURSIÈRE, préc., note 22, nos 677-686, p. 667-674.

43. *Loi édictant la Loi sur les entreprises de services monétaires*, L.Q. 2010, c. 40, Ann. 1, art. 1; voir *infra*, note 190. Dans le cas des guichets automatisés, il faut entendre spécifiquement l'exploitation de guichets de nature privée, et non exploités par des institutions financières, car ceux-là imposent des frais importants et sont susceptibles d'être sous la coupe du crime organisé.

44. *Id.*, art. 5 et suiv.

45. *Id.*, art. 4.

46. *Id.*, art. 2.

qui loue avec faculté de rachat le même bien »⁴⁷. Concrètement, cette disposition, qui reprenait intégralement l'orientation n° 30 du Document d'orientation de l'OPC, visait à corriger une pratique des prêteurs sur gages qui considéraient les contrats de prêts d'argent en échange de biens laissés en gages comme une simple vente par un consommateur avec option de rachat, contournant ainsi les dispositions de la L.p.c. qui concernent le crédit.

L'approche québécoise apparaît moins contraignante lorsqu'il est tenu compte d'une analyse comparative avec le droit canadien-anglais. En effet, il y a plusieurs années, la législature de l'Ontario a adopté une loi sur les prêteurs sur gages⁴⁸ et, plus récemment, une autre concernant le prêt sur salaire⁴⁹. Dans le premier cas, il faut noter que la loi ne vise pas que les conditions entourant l'émission du permis, mais une panoplie d'éléments comme la divulgation d'informations (dont les taux et les frais), le registre des prêteurs sur gages, le rapport quotidien à la police, l'identification du gage et l'inspection par la police⁵⁰. Dans le second cas, il est intéressant de noter que, outre la question du permis, la loi prévoit des dispositions concernant les droits et les recours des emprunteurs, les plaintes et le Fonds ontarien de sensibilisation au crédit sur salaire⁵¹.

1.2.2 Le prêt communautaire

Le microcrédit, également appelé prêt communautaire ou crédit d'entraide, fut notamment développé dans sa forme contemporaine au Bangladesh, dans le cadre d'un projet lié à la Grameen Bank, par le lauréat du prix Nobel d'économie

---

47. *Loi visant principalement à lutter contre le surendettement des consommateurs et à moderniser les règles relatives au crédit à la consommation*, projet de loi n° 24 (présentation – 8 juin 2011), 2^e sess., 39^e légis. (Qc), art. 26.

48. *Loi sur les prêts sur gages*, L.R.O. 1990, c. P.6.

49. *Loi de 2008 concernant les prêts sur salaires*, L.O. 2008, c. 9.

50. *Loi sur les prêts sur gages*, préc., note 48, art. 7, 9, 13-15.

51. *Loi de 2008 concernant les prêts sur salaires*, préc., note 49, art. 38-45, 46-62 et 66-74.

Muhammad Yunus⁵². En raison de sa nature, le microcrédit s'intéresse principalement aux prêts de nature modeste accordés aux particuliers ainsi qu'aux petites et moyennes entreprises.

D'un point de vue économique, les fondements du microcrédit se conçoivent comme suit. La demande de crédit de la part des débiteurs dépasse l'offre des banquiers. Ainsi, les demandeurs excédentaires, constitués en pratique de gens défavorisés, ne réussissent pas à convaincre les banquiers de leur octroyer un emprunt. D'abord, bien qu'il existe une asymétrie d'information entre un emprunteur et un prêteur, les banquiers se trouvent dans l'impossibilité d'évaluer la capacité des demandeurs excédentaires à rembourser le prêt du fait de l'absence de connaissances à cet égard et, donc, du risque de non-remboursement⁵³. Cette asymétrie d'information peut engendrer des conséquences négatives, comme l'aléa moral⁵⁴ et l'antisélection (ou sélection adverse)⁵⁵. Ensuite, ces demandeurs excédentaires éprouvent en général de la difficulté à se procurer

-
52. Muhammad YUNUS, « The Grameen Bank », (1999) 281(5) *Scientific American* 114; Md Abul BASHER, « Promotional Role of Microcredit: Evidence from the Grameen Bank of Bangladesh », (2010) 22 *Journal of International Development* 521; T. WILLIAMS, préc., note 5, 192-196.
  53. Robert J. MANN, « Verification Institutions in Financing Transactions », (1999) 87 *Geo. L.J.* 1.
  54. Il s'agit du cas où une institution financière est incitée à prendre un risque, en sachant que les pertes seront couvertes par les autorités publiques et non par elle. Voir : Thierry MONTALIEU, « Les institutions de micro-crédit : entre promesses et doutes. Quelles pratiques bancaires pour quels effets? », (2002-2003) 119 *Mondes en développement* 21, 23.
  55. Le lauréat du Prix Nobel d'économie 2001, Georges A. Akerlof, a démontré que dans certaines situations, une offre de produits à un prix plus bas peut produire des conséquences opposées à celles anticipées en raison de l'asymétrie d'information. À titre d'illustration, il a expliqué qu'un acheteur d'automobile d'occasion ne pouvait déterminer s'il achetait une voiture de qualité ou un citron, en raison du manque d'information, et qu'il était alors prêt à payer un prix moyen. Ainsi, au fil du temps, seuls les produits de qualités sont vendus, et non ceux de piètre qualité, éliminant les vendeurs de ces produits du marché. Voir : George A. AKERLOF, « The Market for "Lemons": Quality Uncertainty and the Market Mechanism », (1970) 84 *Quarterly Journal of Economics* 488.

des garanties de paiement⁵⁶. Le coût du crédit auquel ils doivent se soumettre est donc supérieur à un coût dit optimal en des circonstances habituelles en raison du risque que ces demandeurs présentent. Les organismes de microcrédit trouvent ainsi leur raison d'être dans la nécessité de combler cette demande excédentaire. Outre les conséquences juridiques, la sanction est peut-être particulièrement lourde du point de vue économique et social⁵⁷. L'incitatif de remboursement est fondé sur l'idée que le débiteur fautif ne pouvant plus emprunter, ou très difficilement, à un taux d'intérêt avoisinant les taux très concurrentiels des microprêteurs, il doit s'en remettre à des prêteurs dont les taux dépassent parfois l'usure.

Particulièrement populaire dans les pays du Sud, le concept du microcrédit est arrivé au Nord à la suite du désintéressement par les institutions financières traditionnelles d'une strate défavorisée de la population et de l'engagement de l'État à supporter le démarrage d'entreprises⁵⁸. Ce dernier cas concerne d'ailleurs la mission de la Banque de développement du Canada⁵⁹. Au Canada, les entreprises qui offrent des solutions aux moins nantis consistent en des organismes communautaires financés par des dons de particuliers, d'entreprises, dont des institutions financières, ou parfois en partie par l'État, lequel reconnaissant ainsi leur rôle indéniable dans la société. En vertu de leur statut d'organismes à but non lucratif, elles sont constituées, au Québec,

---

56. Robert J. MANN, « Explaining the Pattern of Secured Credit », (1997) 110 *Harv. L. Rev.* 625; Alan SCHWARTZ, « Security Interests and Bankruptcy Priorities: A Review of Current Theories », (1981) 10 *J. Legal Stud.* 1.

57. Eric A. POSNER, « The Regulation of Groups: The Influence of Legal and Nonlegal Sanctions on Collective Action », (1996) 63 *U. Chi. L. Rev.* 133; Robert C. ELLICKSON, « A Critique of Economic and Sociological Theories of Social Control », (1987) 16 *J. Legal Stud.* 67.

58. T. WILLIAMS, préc., note 5, 148.

59. Plus précisément, la mission consiste à : « Contribuer à créer et à développer des entreprises canadiennes en leur offrant du financement, du capital de risque et des services de consultation, avec une attention particulière sur les PME » : BANQUE DE DÉVELOPPEMENT DU CANADA, « Aperçu », 2013, en ligne : <http://www.bdc.ca/FR/a_propos/apercu/Pages/apercu.aspx>.

selon les formes juridiques de l'association⁶⁰ ou en vertu de la Partie III de la *Loi sur les compagnies*⁶¹, et au Canada, en vertu de la *Loi canadienne sur les organisations à but non lucratif*⁶².

Les caractéristiques du microcrédit peuvent se résumer comme suit. En premier lieu, ce crédit d'entraide est d'un montant relativement faible, habituellement de 500 \$ à 1 500 \$. Il est généralement remboursable sur un terme de douze ou de vingt-quatre mois, et il peut être renouvelable. Comme le souligne la professeure Williams, l'avantage de l'octroi d'une série de prêts à court terme, au lieu d'un prêt d'une plus longue échéance, est de contrôler le surendettement du débiteur et de lui inculquer l'importance du remboursement afin d'éviter les défauts de paiement⁶³. En deuxième lieu, le public cible est composé d'emprunteurs qui font partie d'une couche sociale défavorisée (financièrement) de la société. À cet égard, les études démontrent qu'une majorité de femmes constituent l'emprunteur type, en particulier dans les pays du Sud⁶⁴. En troisième lieu et d'une manière générale, les emprunteurs sont des entrepreneurs qui désirent développer un projet d'affaires, aussi modeste soit-il. Cette caractéristique concerne les pays du Sud et du Nord. L'argent investi par les prêteurs a donc pour objet un retour sur investissement. Enfin, notons en quatrième et dernier lieu, la présence marquée du crédit d'entraide communautaire (*peer lending*). Les prêts sont alors effectués dans une communauté spécifique. Typiquement, un groupe de membres d'une communauté peut vouloir investir une somme d'argent en la prêtant à d'autres membres de la communauté.

Cette dernière forme de prêt communautaire a maintenant transité vers le réseau Internet. Alors que la question du microcrédit est largement documentée, il en va tout autrement de sa variante technologique. La seconde partie de ce texte est

---

60. C.c.Q., art. 2267 et suiv.

61. RLRQ, c. C-38.

62. L.C., 2009, c. 23.

63. T. WILLIAMS, préc., note 5, 157.

64. *Id.*, 158-160. Voir *a contrario* : T. MONTALIEU, préc., note 54.

consacrée à la présentation des diverses formes de paiements entre particuliers par Internet et de leurs enjeux réglementaires.

2. LE FINANCEMENT ENTRE PARTICULIERS PAR INTERNET

Le financement par Internet doit être entendu comme une évolution et non une révolution. La typologie des prêts, exposée ci-dessous, démontre bien les similitudes entre ceux-ci et le concept de prêt social, exposé en première partie de ce texte. Seul le médium s'est modernisé, les techniques demeurant essentiellement les mêmes. Il est intéressant de noter que cette forme de prêt n'a pas été happée par la crise financière de 2007-2009, évitant ainsi les resserrements du crédit qu'ont vécus les emprunteurs auprès d'institutions financières.

Nous étudions d'abord les caractéristiques du prêt entre particuliers par Internet (2.1) pour ensuite envisager le cadre réglementaire (2.2).

2.1 Les caractéristiques du prêt entre particuliers

Les prêts entre particuliers se présentent sous plusieurs formes, allant du simple prêt au prêt à but non lucratif, en passant par les prêts aux enchères. Nous avons regroupé ces prêts en quatre catégories (2.1.1). Par la suite, nous proposons de déterminer la nature et les risques de ces prêts virtuels (2.1.2).

2.1.1 La typologie des prêts

Même si les transactions désignées comme prêts entre particuliers ont connu une première expansion vers le début des années 2000, elles ne semblent pas à première vue révolutionnaires⁶⁵. D'une part, elles reposent sur un mécanisme datant de plusieurs siècles : le prêt d'argent ou le crédit. Et du

---

65. Eric C. CHAFFEE et Geoffrey C. RAPP, « Regulation Online Peer-to-Peer Lending in the Aftermath of Dood-Frank: In Search of an Evolving Regulatory Regime for an Evolving Industry », (2012) 69 *Wash. & Lee L. Rev.* 485, 496-501.

point de vue juridique, le prêt d'argent, même s'il peut revêtir plusieurs formes, reste dans son mécanisme de base bien connu du législateur et des juristes. D'autre part, ce type de prêt semble avoir emprunté la voie d'un retour aux sources, soit le recours au prêt d'argent direct d'une personne à une autre personne sans passer par l'intermédiaire traditionnel, c'est-à-dire une institution financière⁶⁶. Un autre élément renforce l'idée d'un retour aux sources : le recours que fait une personne à une communauté afin d'obtenir un prêt d'argent. À première vue, le prêt entre particuliers par Internet, à défaut d'être révolutionnaire, semble donc tenir de la mise au goût du jour ou de la réactualisation d'une opération traditionnelle⁶⁷.

Il importe toutefois de dépasser cette première impression afin de voir les changements inhérents au prêt entre particuliers et de mesurer par la même occasion son apport au domaine de la finance en général, certains y ayant même vu un changement majeur. L'innovation réside dans l'espace dans lequel ces opérations de prêt se déroulent : le réseau Internet. Celui-ci contribue à élargir la notion de communauté qui est désormais ouverte sur le monde. Et dans le même sens, il y a le passage du Web 1.0 au Web 2.0, c'est-à-dire le passage d'un réseau qui confine les internautes à une attitude passive à un espace favorisant une interaction des internautes. En cela, le prêt entre particuliers combine deux éléments caractéristiques du Web 2.0 : la mise à contribution ou la collaboration des internautes et le recours aux échanges entre particuliers ou qui s'illustrent de façon plus marquante dans les échanges de fichiers musicaux⁶⁸.

---

66. Juridiquement, le dépôt d'une somme d'argent fait par le client d'une banque dans un compte bancaire constitue un prêt à la banque. Dès lors, la banque est libre de disposer de ces fonds, sous réserve du remboursement sur demande ou à l'échéance. La banque peut alors prêter en son propre nom à d'autres clients : N. L'HEUREUX, É. FORTIN et M. LACOURSIÈRE, *préc.*, note 25, n° 1.15, p. 65-68.

67. Dans plusieurs pays où le système bancaire n'est pas développé, le recours aux amis et à la communauté demeure encore le seul moyen permettant d'emprunter des sommes d'argent.

68. Seth A MILLER, « Peer-to-Peer Distribution: An Analysis of Design, Liability, Litigation, and Potential Solutions », (2006) 25 *Review of Litigation* 181.

Ce mouvement du prêt traditionnel vers le Web, s'il pouvait paraître simple au départ, s'est complexifié, soulevant des questions juridiques tout aussi délicates.

Dès les débuts du prêt entre particuliers, plusieurs y ont vu une menace ou du moins une concurrence aux institutions financières dans leurs activités de prêt. Le terme désintermédiation a été utilisé pour désigner la philosophie sous-jacente aux initiateurs de ce type de prêt⁶⁹. Des individus pouvaient désormais prêter à d'autres individus sans passer par l'intermédiaire des banques. Les premières plates-formes parlaient de prêts entre particuliers et s'inscrivaient résolument à l'extérieur du circuit bancaire. Le développement ultérieur de ce type de prêt permet de nuancer de telles affirmations tant du point de vue de la limitation aux seuls particuliers que de l'exclusion des banques du processus de prêts entre particuliers.

Même s'il précède quelque peu la dernière crise financière puisque certains sites Internet datent de 2005, l'intérêt pour les sites de prêt s'est accru avec le resserrement des conditions du crédit à la suite de cette crise financière. De sorte que le prêt entre particuliers par Internet a pu bénéficier à la fois du regain d'intérêt pour les réseaux sociaux à l'ère de ce Web 2.0 et de la méfiance envers les institutions financières exacerbée par la crise du crédit.

Malgré l'apparence simple de l'idée de base du crédit entre particuliers, l'étude de ce type d'opération présente des difficultés du point de vue de son encadrement juridique. Une des difficultés tient au fait qu'il existe plusieurs modèles de prêts entre particuliers⁷⁰. Cette étude ne prétend d'ailleurs pas faire une

---

69. Steven L. SCHWARCZ, « Disintermediating Avarice: A Legal Framework for Commercially Sustainable Microfinance », (2011) 4 *U. Ill. L. Rev.* 1165; Sven C. BERGER et Fabian GLEISNER, « Emergence of Financial Intermediaries on Electronic Markets: The case of Online P2P Lending », (2009) 2 *Official Open Access Journal of VHB* 39.

70. Certains auteurs ont identifié deux principaux modèles, voir : Hervé JACQUEMIN, « Peer-to-Peer Lending and Consumer Protection within European Law », dans K. Vidyullatha REDDY, Vijender KUMAR et V.

description de tous les modèles possibles et disponibles. Cette diversité de modèles ne rend pas toujours aisé l'encadrement juridique de ce type de crédit. De plus, les différents modèles pris individuellement sont, à l'image du réseau Internet, soumis à une constante évolution, ce qui constitue un défi pour le législateur dans l'encadrement de ces activités. Dès lors, avant d'envisager les questions juridiques soulevées par ces opérations, la description du prêt entre particuliers revêt une importance capitale afin de saisir la véritable nature juridique de cette opération et de déterminer le régime juridique qui pourrait s'appliquer au prêt entre particuliers. Nous esquissons ci-dessous les quatre modèles empruntés par le prêt entre particuliers⁷¹.

Le premier modèle se matérialise par le prêt simple. Dans son fonctionnement le plus élémentaire, le prêt entre particuliers, dénommé aussi prêt social, consiste en un prêt octroyé par un individu à un autre individu par le biais d'une plate-forme électronique qui, à défaut de mettre le prêteur et l'emprunteur directement en contact, leur sert d'intermédiaire. Dans le cadre de ce prêt, le prêteur et l'emprunteur n'ont, en général, pas vocation à se rencontrer virtuellement, encore moins physiquement. Les personnes qui désirent emprunter des sommes d'argent sont invitées à s'inscrire sur la plate-forme électronique en dressant leur profil. Celui-ci indique, entre autres, l'emploi occupé par le demandeur, ses revenus, les raisons de la sollicitation de ce prêt, etc. En ce qui concerne la demande de prêt en tant que telle, elle doit mentionner le montant sollicité, l'échéance du prêt et les informations permettant à la plate-forme de s'enquérir de dossier de crédit de l'emprunteur. Il importe de préciser que ces informations ne sont pas accessibles aux prêteurs, l'emprunteur

---

Balakista REDDY (dir.), *Global Perspectives in Consumer Law*, Hyderabad, S. Gogia & Co.: NALSAR University of Law, 2013, p. 154, à la page 155; Howard M. FRIEDMAN, *Securities Regulation in Cyberspace*, 3^e éd., New York, Aspen Publishers Inc., 2013 (feuilles mobiles).

71. Sur le fonctionnement des différents modèles, voir : E.C. CHAFFEE et G.C. RAPP, préc., note 65, 491-501; Andrew VERSTEIN, « The Misregulation of Person-to-Person Lending », (2011) 45 *U.C. Davis L. Rev.* 445, 451-457; Jack R. MAGEE, « Peer-to-Peer Lending in the United States: Surviving After Dodd-Frank », (2011) 15 *North Carolina Banking Institute* 146-149.

demeurant anonyme pour ces derniers. Les informations fournies ne sont destinées qu'au gestionnaire de la plate-forme intermédiaire. Elles lui permettent, d'une part, de s'assurer que le demandeur du prêt est admissible à soumettre une telle demande. En effet, malgré l'accès planétaire à la plate-forme, la plupart de ces sites sont tenus, à cause des exigences réglementaires, de réserver leurs services aux seuls ressortissants du pays d'origine de la plate-forme⁷². Les informations fournies par le demandeur du prêt permettent, d'autre part, de procéder à la vérification de son dossier de crédit et de lui attribuer une note sous forme de lettre témoignant de la qualité du dossier. Le taux d'intérêt, qui sera exigé pour son prêt, est tributaire de cette qualité du dossier de crédit, les meilleurs dossiers bénéficiant des taux d'intérêt les plus bas⁷³. La note accordée au dossier de crédit de l'emprunteur et le taux d'intérêt sont par contre accessibles aux prêteurs et sont déterminants dans leurs décisions et leur choix quant à la personne qu'ils veulent financer⁷⁴. Plusieurs prêteurs peuvent financer un seul prêt, c'est-à-dire prêter à un même emprunteur, de même qu'une personne peut prêter à plusieurs emprunteurs; ce qui permet dans les deux cas de minimiser le risque en le mutualisant⁷⁵.

Le deuxième modèle de prêt entre particuliers procède en grande partie de la même manière que le prêt simple à la différence qu'il recourt à des enchères. Un éventuel emprunteur peut faire part de sa demande de prêt via le site Internet. Il indiquera par la même occasion le taux d'intérêt maximum qu'il souhaite obtenir. Les enchères sont alors ouvertes afin que différents prêteurs soumettent les taux auxquels chacun d'eux acceptera de financer une portion de ce prêt⁷⁶. « After a few days, the process is closed and, if the borrower accepts the offered rate,

---

72. Au Canada, la plate-forme CommunityLend, avant sa fermeture aux prêts entre particuliers, avait limité son usage aux seuls ressortissants de l'Ontario.

73. H. JACQUEMIN, préc., note 70, à la page 154.

74. *Id.*

75. *Id.*

76. *Id.*

the agreement can be concluded. Only the best offers of lending (with lowest rates) get the loan »⁷⁷.

Dans tous les cas, les montants sont rendus disponibles par la plate-forme via les comptes bancaires des prêteurs, la plate-forme procède alors au transfert dans le compte bancaire de l'emprunteur et crédite ensuite les comptes des prêteurs des paiements périodiques effectués par l'emprunteur en prenant soin de prélever le montant de sa commission⁷⁸. Des frais sont dus à la fois par les emprunteurs et par les prêteurs⁷⁹.

Le troisième modèle s'illustre à travers la plate-forme américaine Kiva. Celle-ci se spécialise dans les prêts sans intérêt. Elle se démarque des autres plates-formes de prêts entre particuliers en ligne, par cette dimension sans but lucratif, mais aussi en mettant l'accent, sans être exclusif, sur le financement du microentrepreneuriat⁸⁰. Il importe toutefois de préciser que si le prêteur et la plate-forme Kiva n'espèrent aucun intérêt sur la somme prêtée, les intérêts ne sont pas totalement exclus de l'opération⁸¹. L'emprunteur doit rembourser le capital et les intérêts. En effet, Kiva permet précisément à des personnes de prêter des sommes d'argent à des petits entrepreneurs situés en grande partie dans les pays en développement⁸². Pour ce faire, les

---

77. *Id.*, à la page 155.

78. En général, cette commission peut être fixée à 1 % du montant du prêt.

79. Selon Jacquemin, l'emprunteur est tenu de payer des frais fixes tandis que le prêteur doit payer annuellement un pourcentage déterminé du montant qu'il a prêté : H. JACQUEMIN, préc., note 70, à la page 155.

80. Molly BEUTZ LAND, « Networked Activism », (2009) 22 *Harvard Human Rights Journal* 216, 220.

81. Raj M. DESAI et Homi KHARAS, « Democratizing Foreign Aid : Online Philanthropy and International development Assistance », (2010) 42 *International Law and Politics* 1126, 1129.

82. UNITED STATES GENERAL ACCOUNTABILITY OFFICE, GAO-11-613, « Person-to-Person Lending: New Regulatory Challenges Could Emerge as the Industry Grows », Juillet 2011, p. 14, en ligne : <<http://www.gao.gov/new.items/d11613.pdf>> [GAO] : « Kiva partners with a few microfinance institutions in the United States that provide loans and financial education to domestic borrowers with low incomes, women, minorities, and immigrants. However, most of the microfinance institutions that receive

personnes désirant prêter des sommes d'argent doivent tout d'abord s'inscrire sur le site Internet de Kiva. Cette inscription leur permet d'avoir un compte sur la plate-forme. Kiva offre le choix au prêteur de demeurer anonyme ou de voir la plate-forme dresser son profil et le mettre en ligne à partir des informations qu'il a fournies lors de son inscription (nom et adresse courriel). Les demandes de prêts provenant de microentrepreneurs sont affichées sur le site Internet de Kiva. Il revient alors à chaque personne désirant prêter des sommes d'argent de parcourir le site afin de choisir les personnes dont elle souhaite financer le projet. Dès que Kiva a rassemblé les sommes d'argent pour un entrepreneur bien précis, la plate-forme prête ces sommes d'argent sans intérêt à une institution financière spécialisée dans la microfinance. Cette institution financière est un « partenaire » de Kiva situé dans le pays de l'entrepreneur⁸³. C'est cette institution financière qui prête en dernier ressort et avec intérêts au microentrepreneur. C'est également auprès de cette institution que ce dernier devra effectuer le remboursement du prêt selon les conditions convenues pour les différents versements. Dès lors, la tâche de l'évaluation de la solvabilité du microentrepreneur et de la détermination des conditions du prêt est transférée à l'institution financière locale. Toutefois, le défaut de paiement d'un microentrepreneur ou toute autre défaillance sont entièrement supportés par les internautes prêteurs. Un tel risque semble moins préoccupant dans le cadre de cette plate-forme compte tenu de sa philosophie de base, soit les prêts sans intérêt et surtout parce que plusieurs prêteurs sont motivés par l'idée d'aider des personnes de pays en développement à améliorer leur qualité de vie. Selon les responsables de Kiva, plusieurs internautes omettent couramment d'encaisser les montants remboursés. Il n'est d'ailleurs pas rare de voir plusieurs personnes utiliser les montants remboursés pour refinancer d'autres microentrepreneurs via la plate-forme Kiva. Il faut noter enfin que la plate-forme Kiva met les institutions financières locales à

---

funding through Kiva are located outside the United States and lend to borrowers abroad ».

83. Selon le rapport du GAO, Kiva fait affaire avec près de 130 entreprises spécialisées dans la microfinance situées dans différents pays : *id.*, p. 14.

contribution afin d'obtenir des informations sur les microentrepreneurs et sur leurs projets, qui sont ensuite rendues disponibles sur le site de Kiva pour consultation par d'éventuels prêteurs⁸⁴.

Lorsque l'entrepreneur procède au remboursement du prêt par versements des montants périodiques convenus, les intérêts payés sur ces sommes d'argent et tout autre frais reliés sont conservés par l'institution financière locale. Le remboursement des sommes prêtées à l'institution financière par Kiva doit se faire au fur et à mesure de ces versements périodiques effectués par l'entrepreneur local. Il faut rappeler que ces paiements périodiques à Kiva sont faits sans intérêt. À la fin de ce processus se trouve la plate-forme Kiva qui se charge de rembourser chacun des internautes en proportion de sa part dans le montant prêté.

Le quatrième modèle est le plus complexe et fait cohabiter l'idée de base, soit le prêt, avec la vente de titres financiers à des investisseurs. Deux sites majeurs aux États-Unis ont adopté ce modèle⁸⁵. Il s'agit de Prosper et de Lending Club qui se distinguent forcément de Kiva par la recherche du profit à la base de la démarche des « prêteurs » qui recourent à leurs plates-formes. Ces deux plates-formes ont développé un modèle qui maintient l'idée de base du prêt entre particuliers, mais qui y ajoute des variantes qui contribuent à complexifier cette opération. Une personne détenant des montants à « prêter » va accéder à la plate-forme et acquérir des billets à ordre (*notes*). Selon le General Accountability Office, dont le mandat découle de la *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Act*⁸⁶, ces billets sont directement liés à des prêts et le rendement de ces billets, c'est-à-dire le remboursement du capital du prêteur et les intérêts qu'il pourrait obtenir, sera fonction du remboursement effectué par l'emprunteur⁸⁷.

---

84. *Id.*, p. 15.

85. La configuration de ce modèle serait consécutive aux exigences de la SEC aux États-Unis.

86. Pub. L. No 111-203, par. 989F, 124 Stat. 1947, 5 U.S.C. app. 3 par. 11 (2010) [Dodd-Frank Act].

87. GAO, préc., note 82, p. 7.

Ces sites américains se posent comme des intermédiaires entre un prêteur et un emprunteur dans un processus de prêt dont la complexité s'éloigne quelque peu de l'idée de base du prêt fait par un particulier à un autre particulier si caractéristique des réseaux sociaux à l'ère du Web 2.0. Le processus provient de la demande d'une personne qui désire obtenir un prêt et d'une autre personne qui souhaite faire fructifier son argent. La première étape de ce processus consistera à faire partie des membres de l'une de ces deux plates-formes via une inscription sur leur site Internet. Cette démarche s'effectue dans le respect de l'anonymat tant du prêteur que de l'emprunteur puisqu'ils s'inscrivent sous des pseudonymes⁸⁸. L'information fournie sert moins à l'identification d'une partie par l'autre partie qu'à évaluer « l'éligibilité » de ces deux parties aux transactions ou aux opérations réalisées sur ces deux plates-formes. Les informations auxquelles les prêteurs accèdent et qui les guident dans leurs décisions de financer tel ou tel prêt concernent essentiellement le revenu de l'emprunteur et les fins pour lesquelles un prêt est sollicité⁸⁹. Quant aux conditions d'éligibilité, elles peuvent, en ce qui concerne les deux plates-formes américaines Prosper et Lending Club, se résumer ainsi :

At a minimum, registred lenders or borrowers must be US citizens or permanent residents who are at least 18 years old with a valid bank account and a valid Social Security number. Prosper and LendingClub compare the applicant's name, Social Security number, address, telephone number, and bank account information against consumer reporting agency records and other antifraud and identity verification database⁹⁰.

Il faut ajouter que l'admission de tout emprunteur est soumise à la condition d'une note minimale du dossier de crédit (*creditworthiness*)⁹¹. Quant au prêteur, les exigences qu'il doit

---

88. *Id.*, p. 10.

89. *Id.*, p. 12.

90. *Id.*, p. 10, n. 27.

91. Au moins 640 pour Prosper et 660 pour Lending Club : *id.*, p. 10-11.

satisfaire se rapportent à sa capacité financière globale, c'est-à-dire qu'il doit prouver qu'il dispose des fonds nécessaires⁹².

Au-delà de ces conditions d'éligibilité générales, il importe d'envisager le processus de prêt tel que prévu par les deux principales plates-formes américaines. Sur le modèle du prêt traditionnel, le processus est enclenché à la suite d'une demande de prêt remplie par le futur emprunteur. Outre le montant sollicité, l'emprunteur peut fournir des informations, notamment, celles sur ses revenus et les raisons qui motivent sa demande de prêt. À cet égard, ces plates-formes américaines ne se distinguent pas des autres modèles de prêt entre particuliers. Les plates-formes, même si elles se présentent comme des intermédiaires entre le prêteur et l'emprunteur, jouent un rôle déterminant qui résulte en plusieurs niveaux d'implication dans toute l'opération. Tout d'abord, il leur revient d'examiner et d'approuver les demandes de prêt. À l'image des institutions financières, cet examen est complété sur la base du dossier de crédit du demandeur du prêt – ces institutions financières peuvent pour ce faire avoir recours aux notations des agences de crédit telles que Equifax ou TransUnion – et sur ses revenus et ses dépenses. Cet examen permet à la plate-forme de classer les demandes de prêt en leur attribuant des lettres et des taux d'intérêt équivalant. Les emprunteurs présentant un meilleur dossier de crédit verront ainsi leur demande bénéficier d'un meilleur taux d'intérêt.

Outre l'approbation et le classement des demandes de prêts, il revient aux plates-formes de créditer les comptes bancaires des différents emprunteurs des sommes qui leur sont prêtées, ce qui leur permet d'en prélever leur commission. Cette commission, dont le montant peut varier selon la plate-forme

---

92. *Id.*, p. 11. Selon ce rapport, des exigences sont imposées à cet égard aux prêteurs, soit par la plate-forme, soit par les autorités chargées de la réglementation des valeurs mobilières. Ainsi, Prosper, fixe un montant maximum qui peut être globalement prêté ou investi par le biais de la plate-forme. Ce montant s'élève à 5 millions de dollars pour un individu et à 50 millions de dollars pour un investisseur institutionnel. Quant à la plate-forme Lending Club, « a LendingClub lender can invest no more than 10 percent of that lender's total net worth »: *id.*, p. 11.

considérée, équivaut généralement à 1 % du montant qui est prêté. La plate-forme a également la charge de collecter les paiements mensuels effectués par les emprunteurs et à la possibilité de recourir à des agences de recouvrement⁹³.

En ce qui concerne le processus de prêt en tant que tel, il importe de noter qu'à la suite de l'examen des demandes de prêt par la plate-forme, celle-ci publie les demandes de prêts et les montants acceptés sur son site Internet. Outre le montant du prêt approuvé, le taux d'intérêt qui a été déterminé pour ce prêt et la lettre servant à classer la demande de prêt sont également publiés sur le site Internet. Cette liste de demandes de prêts approuvés est un élément essentiel dans la démarche des éventuels prêteurs. Le rapport du United States Government Accountability Office souligne que : « [l]enders may scroll through approved loan listings manually to select which loans to fund, or they may build a portfolio based on their preferred criteria, such as loan characteristics (e.g., amount, term, interest rate) or borrower characteristics (e.g., location, number and balance of credit lines, length of employment). Lenders may also use automated portfolio building tools, offered by both platforms, that allow lenders to search for loans using criteria defined by the platforms, such as credit quality, average annual interest rate, or a combination of these characteristics »⁹⁴. Un nouvel outil de recherche utilisé par Prosper permet au prêteur d'établir préalablement ses critères en matière d'investissement. Dès lors, cet outil de recherche permettra de dresser une liste des opérations de prêt correspondant à ses critères⁹⁵.

Les deux plates-formes américaines utilisent les termes « emprunteur » et « prêteur » laissant croire à un prêt accordé par ce dernier et qu'elles sont les intermédiaires qui rendent

---

93. Il ressort du rapport du GAO que la mise des sommes prêtées à la disposition des emprunteurs, la « collecte » des paiements mensuels et la décision de recourir à une agence de recouvrement appartiennent exclusivement à la plate-forme : *id.*, p. 13-14.

94. *Id.*, p. 12-13.

95. *Id.*, p. 13, n. 30.

disponible cette somme d'argent à l'emprunteur. En réalité, la plate-forme agit en tant qu'intermédiaire, mais le prêt à l'emprunteur est effectué par une banque dénommée WebBank, qui est membre de la Federal Deposit Insurance Corporation⁹⁶. Aucune somme n'est donc prêtée directement par le créancier. Aussi, si l'on revient au début de ce processus, il y a différents prêteurs procédant individuellement, par exemple, à la sélection d'un prêt en particulier que chacun d'eux aimerait financer. Ces prêteurs acquerront des billets à ordre correspondant à ce prêt auprès de la plate-forme. Dès lors, la WebBank versera le montant du prêt à l'emprunteur et se fera rembourser par la plate-forme à partir du produit de la vente des billets à ordre⁹⁷. Ce remboursement de la banque la met à l'abri d'un éventuel défaut de paiement de l'emprunteur et la libère de tout lien tant matériel que juridique avec ce prêt⁹⁸. Il est alors bien entendu que le rendement des billets à ordre achetés par les prêteurs et le retour espéré de cet investissement seront fonction du remboursement du prêt par l'emprunteur. Cela pourrait laisser entendre que le prêt est fait par les prêteurs puisqu'ils en supportent ultimement le risque de non-remboursement. Les paiements mensuels liés à ce prêt, seront faits auprès de la plate-forme, qui après avoir prélevé sa commission, versera les montants aux différents détenteurs des billets à ordre reliés au prêt en question et en y ajoutant les intérêts⁹⁹.

Les opérations réalisées via ces deux plates-formes américaines, bien que s'inscrivant dans l'esprit du prêt entre particuliers, semblent s'éloigner du crédit entre particuliers dans le cadre d'un réseau social. D'une part, se pose avec acuité la question de la qualification de ces plates-formes. Peut-on

---

96. *Id.*, p. 13; P. SLATTERY, préc., note 6, 240.

97. La banque, selon les termes du rapport du GAO, vend le prêt à la plate-forme en retour du produit de vente des billets à ordre liés à ce prêt auprès des prêteurs ou investisseurs : *id.*

98. « WebBank officials said that the bank does not have long-term ownership of the loans and does not bear the risk of nonpayment. Rather, they noted that, due to the nature of the platforms, the risk of nonpayment is transferred (through the notes) to the lenders » : *id.*, p. 13.

99. *Id.*, p. 12 (voir le schéma).

continuer à qualifier de prêt une série d'opérations qui se résument essentiellement à des transactions de vente et d'achat de billets à échéance et pour lesquelles la plate-forme perçoit des commissions? Il apparaît clairement qu'un emprunteur est présent dans l'opération; les « prêteurs » se rapprochent davantage de la notion d'investisseur puisqu'ils ne prêtent pas directement de l'argent à cet emprunteur, ce qui pose la question de la qualification juridique de cette transaction. Cela laisse présager plusieurs possibilités tant les opérations décrites ci-dessus semblent présenter des particularités laissant entrevoir la possibilité de l'existence de produits financiers proches de l'investissement plutôt que du prêt entre particuliers. D'autre part, ces deux plates-formes américaines, tel que le montre le rapport du GAO¹⁰⁰, font appel à des prêteurs qui sont en grande partie des particuliers, mais cette activité suscite de plus en plus l'intérêt des investisseurs institutionnels qui agissent comme prêteurs. Cette évolution met à mal une fois de plus l'idée du prêt entre particuliers et rend encore plus difficile la démarche d'une qualification juridique générale. Enfin, les prêts réels sont réalisés par des banques, rendant illusoire l'idée d'une désintermédiation annoncée par les premiers acteurs du prêt entre particuliers. Toutefois, l'esprit de communautarisme n'est pas totalement absent, car il est possible pour un emprunteur d'obtenir un prêt de la part d'un groupe d'intérêt particulier en raison d'affinités géographiques ou professionnelles, par exemple¹⁰¹.

2.1.2 La nature et les risques du prêt entre particuliers

La mission d'une banque consiste fondamentalement à recevoir les dépôts de ses clients et à prêter de l'argent. Les autres opérations bancaires s'articulent généralement autour de ce concept. Ainsi, un prêt bancaire à un particulier, ou à une entreprise, nécessite un processus en deux temps. Dans un premier temps, la banque doit amasser des fonds afin de pouvoir les prêter. Les fonds proviennent de plusieurs sources : les dépôts

---

100. *Id.*, p. 8, n. 21.

101. P. SLATTERY, préc., note 6, 239.

des particuliers et des entreprises; les emprunts à long terme, comme les actions de l'institution émises au public (ou les parts sociales, pour une caisse populaire); les emprunts à court terme, tels les titres financiers émis sur le marché monétaire, que ce soit des papiers commerciaux ou des acceptations bancaires (*bankers acceptance*). Dans un second temps, la banque peut alors effectuer des opérations de prêt à un particulier ou à une entreprise. La banque agit donc comme un intermédiaire dans le processus du prêt. Les fonds déposés par les clients de la banque dans leurs comptes sont qualifiés juridiquement de prêts. Par conséquent, la banque est libre de disposer de ces fonds comme elle l'entend. Elle peut ainsi prêter les fonds à d'autres clients.

Bien que les modèles de prêts entre particuliers qui sont exposés dans la section précédente diffèrent à plusieurs égards, comme nous le verrons ci-après, il faut souligner une constante. Le prêt entre particuliers requiert un intermédiaire qui joue un rôle semblable à celui d'une banque, soit d'amasser des fonds dans le but de les prêter. La nuance réside dans le fait que la plate-forme ne fait que collecter les fonds auprès d'internautes pour les distribuer à d'autres internautes sans en devenir propriétaire. Elle n'est donc qu'un intermédiaire qui permet une rencontre virtuelle entre les particuliers par le biais de cette plate-forme. Sous réserve des nuances inhérentes à chacun des modèles de prêt, cet intermédiaire semble agir comme un prestataire de services.

De plus, les risques intrinsèques à ce type d'opération soulèvent des interrogations sur sa nature juridique en tant que prêt. En effet, le prêt de sommes d'argent, parce qu'il dépend en grande partie de la solvabilité de l'emprunteur et du remboursement que ce dernier doit effectuer, reste une activité risquée. Le prêt entre particuliers par Internet n'y échappe pas¹⁰², car il dépend essentiellement de la capacité de rembourser de l'emprunteur. Le prêteur s'expose alors au risque de perte de la

---

102. Sur l'ensemble des risques reliés au prêt entre particuliers sur Internet, voir : GAO, préc., note 82, p. 18-23; *Id.*, p. 245-251; A. VERSTEIN, préc., note 71, 466-475; E.C. CHAFFEE et G.C. RAPP, préc., note 65, 505-507.

totalité de la somme déboursée et des intérêts espérés en cas de défaillance ou d'insolvabilité de l'emprunteur, car ces prêts ne bénéficient d'aucune garantie personnelle ou réelle. Conformément aux exigences légales américaines qui imposent une divulgation des risques, les prospectus publiés par Lending Club¹⁰³ et Prosper¹⁰⁴ soulignent ce caractère particulièrement risqué des prêts offerts via leurs plates-formes. Ils précisent que toute personne qui souhaite prêter via ces plates-formes devrait ainsi s'attendre à perdre la totalité de la somme déboursée. Il est vrai que l'idée de fractionner la somme d'argent prêtée en plusieurs petits montants par plusieurs prêteurs vise à minimiser le risque lié à ce type de prêt. Mais cette façon de procéder a corrélativement pour conséquence de mener à une distribution de tout remboursement effectué par l'emprunteur entre ce groupe de prêteurs au prorata de la somme déboursée par chacun d'eux. De plus, en cas de défaillance d'un emprunteur, le remboursement partiel effectué sera amputé des frais perçus par la plate-forme de prêts et de toute somme engagée en vue d'obtenir ce remboursement, grâce au recours notamment à une agence de recouvrement, avant toute distribution entre les prêteurs.

Si le risque de crédit que nous venons d'énoncer n'est pas en soi spécifique au prêt effectué via les plates-formes électroniques, ce type de prêt présente tout de même un risque additionnel. Dans le prêt entre particuliers en ligne, les participants dépendent de la plate-forme à plusieurs égards, s'exposant aux risques liés à la défaillance de cette dernière. C'est elle qui est chargée tout d'abord d'évaluer la solvabilité des emprunteurs. Elle recourt pour cela, certes, aux agences de crédit, mais ces plates-formes reconnaissent que ces informations

---

103. LENDING CLUB, « \$1,000,000,000 Member Payment Dependent Notes », Registration no. 333-177230, 30 avril 2013, p. 13-47, en ligne : <https://www.lendingclub.com/fileDownload.action?file=Clean_As_Filed_20130430.pdf&type=docs>.

104. PROSPER MARKETPLACE, INC. et PROSPER FUNDING LLC, « \$500,000,000 Borrower Payment Dependent Notes », Registration Statement Nos. 333-179941 and 333-179941-01, 7 février 2014, p. 20-47, en ligne : <http://www.prosper.com/Downloads/Legal/Prosper_Prospectus_2014-02-07.pdf>.

pourraient ne pas être suffisamment fiables et ne pas refléter la situation réelle d'endettement des emprunteurs. Elles ne s'engagent pas à vérifier les informations liées au dossier de crédit de l'emprunteur¹⁰⁵. Pire encore, ces informations qui permettent d'évaluer la solvabilité de l'emprunteur ne sont pas accessibles au prêteur, pourtant présenté comme le créancier ultime de l'obligation encourue par l'emprunteur. En outre, certaines plates-formes ne procèdent à aucune vérification de l'information fournie par les emprunteurs sur leurs sites Web¹⁰⁶. Aussi reconnaissent-elles la présence potentielle de fraudes relatives à l'identité des emprunteurs. Les plates-formes ont également la responsabilité de collecter les montants remboursés, en ayant recours, si nécessaire, à des agences de recouvrement, et de les rendre disponibles aux prêteurs alors vulnérables à toute défaillance de la plate-forme. Compte tenu de la courte durée de vie de plusieurs plates-formes de prêts et malgré les mesures prises par ces dernières pour que le prêteur obtienne ses fonds, le risque demeure d'une perte totale ou partielle des montants déboursés¹⁰⁷.

Contrairement à ce que sa désignation peut laisser présager et comme présenté ci-dessus dans la typologie de ces prêts, le créancier ne prête pas directement à l'emprunteur : la plate-forme s'interpose. Le prêteur ne dispose donc d'aucun recours contre l'emprunteur et ne peut le poursuivre pour obtenir le remboursement du prêt. Les plates-formes s'engagent d'ailleurs à préserver l'anonymat de l'emprunteur, privant le prêteur de tout lien avec ce dernier. Tout recours juridique contre l'emprunteur ne peut donc être exercé que par la plate-forme, même dans le cas où elle ne participe pas au financement du prêt et qu'elle ne sert que d'intermédiaire. Cette situation laisse ainsi planer quelques doutes

---

105. LENDING CLUB, « \$1,000,000,000 Member Payment Dependent Notes », préc., note 103, p. 15.

106. Le prospectus de Lending Club précise ainsi que « we do not verify a borrower member's stated tenure, job title, home ownership status or intention for the use of loan proceeds, and the information borrower member's (sic) supply may be inaccurate or intentionally false », *id.*, p. 15.

107. Une section entière du prospectus de Lending Club est consacrée au risque lié à Lending Club et à sa plate-forme de prêts : *id.*, p. 20-27.

sur la nature même du prêt entre particuliers par Internet, car le prêt crée une obligation de l'emprunteur envers le prêteur¹⁰⁸. Le recours à la notion de prêt semble reposer ici sur l'obligation ultime de remboursement qui pèse sur l'emprunteur en ligne et sur le fait que la possibilité pour le prêteur d'obtenir la somme déboursée dépend essentiellement de ce remboursement.

Il nous apparaît plausible de considérer que, de manière générale et sous réserve de ce qui suit, cette transaction fait cohabiter au moins deux opérations du point de vue juridique : un investissement et un prêt. Aux fins de notre analyse, nous envisageons l'encadrement juridique du prêt entre particuliers par Internet en deux étapes successives, selon chacune de ces possibilités¹⁰⁹.

2.2 L'encadrement juridique du prêt entre particuliers

Les prêts entre particuliers par Internet se composent de deux phases que sont l'investissement et le prêt, chacune requérant un encadrement qui lui est bien spécifique. Il est généralement convenu que la phase d'investissement est encadrée par la régulation qui concerne les valeurs mobilières, comme l'a déjà suggéré une décision du Bureau de décision et de révision¹¹⁰ (2.2.1). L'activité de la phase de prêt est, par contre, encadrée par la réglementation qui concerne le prêt d'argent et la protection des renseignements personnels (2.2.2).

2.2.1 La première phase : l'investissement

Il faut préciser d'emblée qu'envisager les prêts entre particuliers sur Internet sous le seul angle de l'investissement peut sembler réducteur, bien que tous les modèles présentés

---

108. Au Québec, l'article 2314 C.c.Q. définit le prêt comme « le contrat par lequel le prêteur remet une certaine quantité d'argent [...] à l'emprunteur, qui s'oblige à lui en rendre autant, de même espèce et qualité, après un certain temps ».

109. E.C. CHAFFEE et G.C. RAPP, préc., note 65.

110. *Autorité des marchés financiers c. IOU Central inc.*, 2008 QCBDRVM 7.

procèdent d'abord par la voie d'un investissement. Les activités des plates-formes en cette matière soulèvent plusieurs questions juridiques¹¹¹ et entraînent l'application de plusieurs lois. Le choix de cibler ici la notion d'investissement se justifie, d'une part, par le caractère prépondérant de cette notion dans les analyses qui ont porté sur ces prêts et, d'autre part, c'est par ce biais que différents législateurs à travers le monde ont choisi d'appréhender les activités des plates-formes de prêts en ligne.

La plate-forme américaine Prosper a débuté ses activités en 2005 et Lending Club a amorcé ses premières opérations sur le Web en 2007. Elles ont toutes deux considéré au départ que leurs activités n'étaient pas soumises aux exigences de la loi fédérale sur les valeurs mobilières, aussi se sont-elles abstenues d'accomplir les formalités d'enregistrement prévues par ladite loi. En novembre 2008, la *Securities and Exchange Commission* (SEC) a ordonné la suspension des activités de Prosper. La décision de l'agence américaine repose essentiellement sur la définition de la notion de valeur mobilière prévue à la fois par la *Securities Act* de 1933¹¹² et la *Securities Exchange Act* de 1934¹¹³. L'article 5 de la première loi impose des exigences d'enregistrement auprès de la SEC à toute personne qui se livre au commerce de valeurs

---

111. Il se pose entre autres la question de la pertinence du recours aux lois sur la protection du consommateur. Une difficulté particulière naît du fait que les prêteurs de ces sommes d'argent pourraient aspirer à la qualification de consommateurs au même titre que les emprunteurs. Cette situation rend incertaine l'application de ces lois sur la protection du consommateur. L'option envisagée par certains auteurs pour déclencher l'application de ces lois se retrouve donc dans les obligations à mettre à la charge des plates-formes à titre de fournisseurs de services et en recourant en particulier au régime juridique du contrat à distance. Voir : H. JACQUEMIN, préc., note 70. Voir aussi : Christine RIEFA, « La protection des consommateurs sur les plates-formes de courtage en ligne: point de vue d'outre-manche », (2005) 4 *Revue européenne de droit de la consommation* 301; Richard ROUTIER, « Le prêt entre particuliers sur Internet : un financement alternatif? », D. 2008.chr42.2960.

112. Pub. L. No. 73-22, 48 Stat. 74 (15 U.S.C. § 77a et suiv.).

113. Pub. L. No. 73-291, 48 Stat. 881 (15 U.S.C. § 78a et suiv.). La démarche de l'agence américaine (SEC) a été qualifiée d'agressive par la doctrine : E.C. CHAFFEE et G.C. RAPP, préc., 65, 509.

mobilières. La SEC a considéré que le type d'activités exercées par Prosper doit faire l'objet d'un enregistrement auprès des autorités¹¹⁴. La définition de la notion de « valeur mobilière » que l'on retrouve à l'article 2(a)(1) de la *Securities Act*¹¹⁵ prévoit :

The term "security" means any note, stock, treasury stock, security future, security-based swap, bond, debenture, evidence of indebtedness, certificate of interest or participation in any profit-sharing agreement, collateral-trust certificate, preorganization certificate or subscription, transferable share, investment contract, voting-trust certificate, certificate of deposit for a security, fractional undivided interest in oil, gas, or other mineral rights, any put, call, straddle, option, or privilege on any security, certificate of deposit, or group or index of securities (including any interest therein or based on the value thereof), or any put, call, straddle, option, or privilege entered into on a national securities exchange relating to foreign currency, or, in general, any interest or instrument commonly known as a "security", or any certificate of interest or participation in, temporary or

---

114. GAO, préc., note 82, p. 23-24.

115. Préc., note 112. Notons également l'article 3(a)(10) de la *Securities Exchange Act*, préc., note 113 :

« The term "security" means any note, stock, treasury stock, security future, security-based swap, bond, debenture, certificate of interest or participation in any profit-sharing agreement or in any oil, gas, or other mineral royalty or lease, any collateral-trust certificate, preorganization certificate or subscription, transferable share, investment contract, voting-trust certificate, certificate of deposit for a security, any put, call, straddle, option, or privilege on any security, certificate of deposit, or group or index of securities (including any interest therein or based on the value thereof), or any put, call, straddle, option, or privilege entered into on a national securities exchange relating to foreign currency, or in general, any instrument commonly known as a "security"; or any certificate of interest or participation in, temporary or interim certificate for, receipt for, or warrant or right to subscribe to or purchase, any of the foregoing; but shall not include currency or any note, draft, bill of exchange, or banker's acceptance which has a maturity at the time of issuance of not exceeding nine months, exclusive of days of grace, or any renewal thereof the maturity of which is likewise limited. »

interim certificate for, receipt for, guarantee of, or warrant or right to subscribe to or purchase, any of the foregoing.

Deux éléments de cette définition, par ailleurs assez large, seront mis en exergue en ce qui concerne le prêt entre particuliers et notamment les activités des plates-formes qui se livrent à ce type de prêts. Il s'agit des notions de contrat d'investissement et de billets à ordre, deux notions qui ont été interprétées par la Cour suprême des États-Unis. La décision *SEC c. W.J. Howey*¹¹⁶ a permis à la cour d'apporter des précisions sur la notion de contrat d'investissement. Dans cette affaire, une compagnie proposait au public un contrat de vente portant sur des parties d'une plantation d'agrumes et l'acquisition d'un contrat de service portant sur les services relatifs à l'exploitation de ladite plantation, cette exploitation relevant d'une compagnie (Howey-in-the-Hills Service, Inc.) qui était par contre liée au vendeur des parcelles de la plantation (W.J. Howey Company)¹¹⁷. Les personnes devenues propriétaires de la terre à la suite du contrat de vente ont reçu les profits tirés de l'exploitation de la plantation par Howey-in-the-Hills Service, Inc. La Cour suprême a considéré que les contrats proposés au public sont des contrats d'investissement, donc des valeurs mobilières selon la *Securities Act*¹¹⁸. L'élément déterminant, selon la cour, dans la notion de contrat d'investissement consiste à voir « whether the scheme involves an investment of money in a common enterprise with profits to come solely from the efforts of others »¹¹⁹. Autrement dit, les personnes considérées comme investisseurs doivent demeurer passives¹²⁰. Trois principaux éléments ont été tirés de cette définition du contrat d'investissement. Le premier repose sur une convergence des intérêts des investisseurs dans une entreprise commune. Le deuxième porte sur l'espoir de profit que ces investisseurs placent dans cet investissement. Enfin, ces profits doivent provenir des

---

116. 328 U.S. 293 (1946).

117. Pour une présentation des faits de cette décision, voir : E.C. CHAFFEE et G.C. RAPP, préc., note 65, 510-512; Carole TURCOTTE, *Le droit des valeurs mobilières*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, p.71-75.

118. Préc., note 112.

119. *SEC c. W.J. Howey*, préc., note 116, par. 301.

120. C. TURCOTTE, préc., note 117, p. 75.

seuls efforts de personnes autres que les investisseurs¹²¹. La définition du contrat d'investissement relève donc d'une conception très large et contribue à inclure plusieurs éléments dans la notion de valeur mobilière.

En ce qui concerne les prêts entre particuliers et la décision de la SEC de les soumettre à la *Securities Act*, une autre notion, prévue dans la définition de valeur mobilière par cette loi, peut également être invoquée. Il s'agit de la notion de billet à ordre, précisée par la Cour suprême dans la décision *Reves c. Ernst & Young*¹²². Dans ce cas, en partant de l'intention du législateur qui « enacted a definition of "security" sufficiently broad to encompass virtually any instrument that might be sold as an investment »¹²³, la cour a proposé le « "family resemblance" test ». Ce test se fonde sur une présomption simple selon laquelle tout billet à ordre est une valeur mobilière, une présomption qui sera renversée si le billet en cause ressemble à d'autres instruments qui ne relèvent pas des lois fédérales sur les valeurs mobilières¹²⁴, comme un effet de commerce par exemple. Pour cela, la Cour suprême a énoncé une liste de facteurs qui devraient être pris en compte. Le premier est relatif aux motivations du vendeur et de l'acheteur des billets en cause. Il faut chercher à savoir précisément si l'acheteur est motivé par la recherche de profit et si le vendeur est, quant à lui, à la recherche de capitaux aux fins d'affaires (*for business purposes*). Dans l'affirmative, l'instrument sera considéré comme une valeur mobilière. Le deuxième critère porte sur le plan de distribution de l'instrument en cause. Le fait de comporter une dimension spéculative inclinera à le considérer comme une valeur mobilière. Quant au troisième facteur, il concerne la perception (*expectation*) du public à l'égard de cet instrument en tant que

---

121. *Id.*, p. 75; E.C. CHAFFEE et G.C. RAPP, préc., note 65, 512-514.

122. 494 U.S. 56 (1990).

123. *Id.*, par. 61. Voir également : E.C. CHAFFEE et G.C. RAPP, préc., note 65, 515.

124. « The default presumption is that any note is a security, although this presumption can be rebutted if the notes fall within certain judicially defined categories of notes that are not securities »: E.C. CHAFFEE et G.C. RAPP, préc., note 65, 516 (voir aussi, p. 515).

valeur mobilière¹²⁵. Le quatrième facteur s'intéresse aux risques rattachés à l'instrument en cause. La Cour précise, au paragraphe 67 de la décision, que « [f]inally, we examine whether some factor such as the existence of another regulatory scheme significantly reduces the risk of the instrument, thereby rendering application of the Securities Acts unnecessary »¹²⁶. Somme toute, cette définition large de la notion de valeur mobilière et l'interprétation tout aussi large qu'en donne la Cour suprême des États-Unis ont servi de fondement à la décision de la SEC de soumettre les plates-formes de prêts entre particuliers aux exigences des lois fédérales américaines sur les valeurs mobilières¹²⁷.

Une partie de la doctrine souscrit à une telle interprétation en précisant que l'application des critères définis sous *Howey*¹²⁸ et sous *Reves*¹²⁹ permet de qualifier le modèle de prêt utilisé par les plates-formes américaines Prosper et Lending Club¹³⁰. Ces auteurs précisent par ailleurs que l'empressement montré par ces plates-formes à se soumettre aux formalités requises par les autorités fédérales est révélateur de la conclusion à laquelle les principaux acteurs de cette industrie sont parvenus, soit que les produits qu'ils vendent sont des valeurs mobilières¹³¹.

Par contre, d'autres auteurs contestent le raisonnement de la SEC et écartent l'application des lois sur les valeurs mobilières aux prêts entre particuliers sur Internet, mettant en doute, par conséquent, la compétence de la SEC en la matière. Parmi ces auteurs, Andrew Verstein s'illustre avec un article qui invalide la qualification de contrat d'investissement qui a été retenue à partir du test de la décision *Howey*¹³². Cet auteur soutient que la position de la SEC découle d'une difficulté fondamentale à appréhender la nature profondément innovatrice du domaine du

---

125. *Id.*, 516.

126. *Reves c. Ernst & Young*, préc., note 122.

127. E.C. CHAFFEE et G.C. RAPP, préc., note 65, 517.

128. Préc., note 116.

129. Préc., note 122.

130. E.C. CHAFFEE et G.C. RAPP, préc., note 65, 508-519.

131. *Id.*, p. 517-518.

132. A. VERSTEIN, préc., note 71.

prêt entre particuliers sur Internet¹³³. Il estime notamment que les activités des plates-formes de prêts, qui consistent à évaluer la solvabilité des emprunteurs et à percevoir les paiements périodiques effectués par ces derniers, sont insuffisantes pour correspondre au troisième volet du test Howey qui exige que les profits réalisés à l'occasion du contrat d'investissement proviennent des efforts de nature entrepreneuriale de personnes autres que les investisseurs¹³⁴. Il exprime également des doutes quant à la présence des deux premiers éléments du test Howey, soit l'existence d'une attente de profit et l'existence d'une entreprise commune, dans ce cas-ci, entre prêteurs et emprunteurs. Dans ce type de prêt, le retour sur investissement espéré par les prêteurs repose entièrement sur la capacité de remboursement des emprunteurs et non sur celle des plates-formes de prêts. En réalité, l'adoption de ces deux éléments du test Howey devrait inciter à reconnaître un rôle prépondérant à ces emprunteurs en tant qu'émetteurs des titres qui ont été vendus aux investisseurs sans égard aux formalités de la SEC, ce qui aurait conduit à imposer un fardeau très lourd, en termes de responsabilité, à de simples consommateurs. La SEC a préféré éviter cette conclusion, apparemment logique, qui aurait appliqué de façon cohérente le test Howey, pour identifier de façon douteuse, selon cet auteur, les plates-formes de prêts comme émettrices de ces prétendus contrats d'investissement¹³⁵. De plus, Verstein reproche à la SEC d'avoir erré dans son analyse des critères développés par la décision *Reves*, analyse qui l'a incitée à retenir la qualification de billet à ordre. Cette décision avait toutefois clairement écarté les billets émis dans le cadre du financement destiné aux consommateurs de la définition de la

---

133. *Id.*, 448.

134. « [...] P2P lender profits almost entirely depend on the underlying borrower's willingness and ability to pay. The borrower's efforts – to keep their job, to save diligently, to make payments in a timely manner – determine the investors' returns. P2P lenders do not rely on continued entrepreneurial activity of the platform for their profits, and therefore, P2P notes should not constitute investment contracts [...] », : *id.*, 480 (voir aussi p. 479).

135. *Id.*, 481-482.

notion de valeur mobilière¹³⁶. Pour lui, cette qualification, qui a mené à l'application de la législation en matière de valeurs mobilières et à la reconnaissance de la compétence de la SEC, reste peu fondée juridiquement et semble motivée essentiellement par les craintes de l'agence américaine de voir ces activités émergentes échapper à toute réglementation¹³⁷. La démarche de la SEC ne reposerait donc pas sur une profonde analyse de ces prêts, des différents modèles utilisés et des enjeux qui y sont liés. L'encadrement juridique inadapté qui en a résulté a produit des effets néfastes sur les activités des plates-formes de prêts et sur les parties impliquées. Ces plates-formes, en se soumettant aux exigences de la SEC, ont été contraintes à changer leur modèle. La plate-forme, chargée au départ d'établir un lien entre un prêteur et un emprunteur, est devenue un véritable intermédiaire financier dont le risque de défaillance ou de crédit se superpose à celui des emprunteurs, ajoutant ainsi à la complexité de la transaction pour les internautes¹³⁸. De plus, l'obligation de divulgation de l'information qui découle de l'application de la réglementation sur les valeurs mobilières est inadaptée pour ce qui regarde la protection des prêteurs (investisseurs); ces derniers sont plus susceptibles de consulter l'information disponible sur la page Web des plates-formes de prêts que celle divulguée par le biais du système électronique de la SEC dénommé EDGAR

---

136. « The family resemblance test does not apply if P2P notes are simply consumer financing notes, which *Reves* enumerates as excluded from the Securities Acts. The SEC thus ignored one of the platforms' best arguments and misconstrued the *Reves* holding. [...] *Reves* excludes "note[s] delivered in consumer financing" from the definition of a security. [...] Ordinary consumer lending does not create a security, but rather creates a note given in consumer financing » : *id.*, 483 et plus généralement pour l'analyse des éléments du test *Reves*, *id.*, 482 à 487.

137. *Id.*, 517-518.

138. « P2P lending was designed to eliminate the middleman and allow lenders to transact with borrowers directly. By eliminating the middleman, P2P lending removed lender risks of intermediary default. SEC regulation, however, forced P2P platforms to act as an intermediary between P2P borrowers and P2P lenders. This new structure exposes lenders to riskier middlemen than they had in traditional banking, because their interests are subordinated to those of senior creditors » : *id.*, 497 (voir aussi, p. 488-500).

(*Electronic Data Gathering, Analysis, and Retrieval System*). Il s'agit par ailleurs d'un système de divulgation de l'information lourd en matière de coûts et d'obligations imposées à des plates-formes naissantes, voire rudimentaires pour certaines d'entre elles. Ces dernières sont ainsi soumises à un mécanisme similaire à celui dont relèvent de très grandes entreprises. La lourdeur de ce mécanisme de divulgation de l'information pourrait également favoriser la dissimulation de l'information par des investisseurs à des emprunteurs peu habitués à la lecture de documents financiers très complexes¹³⁹. De manière plus déterminante encore, Verstein écarte la compétence de la SEC en se fondant sur sa préoccupation fondamentale qui tient à la protection des investisseurs, lesquels sont ici les prêteurs. De là, il tire la conclusion d'un encadrement juridique incomplet, déséquilibré, voire inadapté, car ce mandat ne tient pas compte des emprunteurs, généralement des consommateurs, dont les besoins de protection, notamment en matière de vie privée et de protection contre la fraude, sont partiellement pris en compte par la SEC¹⁴⁰. Il estime enfin que l'application des lois sur les valeurs mobilières aux prêts entre particuliers sur Internet introduit une incohérence dans l'encadrement de ces activités. La SEC applique aux plates-formes de prêts, marquées par leur innovation constante, des règles qui engendrent des obligations conçues pour des entreprises traditionnelles, même si les risques auxquels ces deux types d'entreprises sont confrontés sont différents. Et la SEC écarte, par contre, l'application des mêmes règles à d'autres plates-formes de prêts en ligne, faisant face aux mêmes risques, sur la seule base de leur caractère non lucratif¹⁴¹. L'encadrement des activités des plates-formes de prêts, y compris celles qui ont des activités à but non lucratif, devrait, en réalité, être confié à une entité chargée de la protection des consommateurs en matière financière¹⁴². Les lourdes obligations imposées par les exigences

---

139. *Id.*, 500-504.

140. *Id.*, 506-509.

141. *Id.*, 510.

142. En dépit du fait que les prêts obtenus via la plate-forme Kiva présentent les mêmes risques que ceux des plates-formes ayant des activités à but lucratif, soit, pour le prêteur, le risque de non-remboursement de

des lois sur les valeurs mobilières ont provoqué la fermeture de plusieurs plates-formes de prêts en ligne¹⁴³, tandis que d'autres ont été contraintes de s'en tenir à des modèles qui limitent leur croissance et leur capacité d'innovation¹⁴⁴. Verstein note dans ce dernier cas que :

[...] Kiva's founders admit that they initially hoped to be able to reward lenders with some return, but were deterred by the legal obstacles of the securities regime. Interest payments to lenders would incentivize more Kiva investment, but the cost of regulation would overwhelm the benefit of a larger user base¹⁴⁵.

Sur ce dernier point, certains auteurs, bien que reconnaissant la compétence de la SEC sur la base des seuls critères de la décision *Reves c. Ernst & Young*¹⁴⁶, concèdent que son intervention entraîne des coûts élevés pour les plates-formes et constitue un frein réel à l'innovation et au développement de ce

---

l'emprunteur (risque de crédit) et le risque opérationnel lié à la plate-forme, et, pour l'emprunteur, l'exposition à des pratiques prédatrices et abusives des institutions financières, Kiva n'est pas soumise à la réglementation de la SEC. La décision de la SEC d'exclure ces prêts repose sur le fait que les activités de la plate-forme sont à but non lucratif, celle-ci ne prévoyant pas la possibilité pour les prêteurs d'obtenir des intérêts. Cette décision se fonde sur la décision *Howey* de la Cour suprême qui exige, pour les valeurs mobilières, la présence d'une expectative de profit liée aux efforts d'autres personnes que l'investisseur : GAO, préc., note 82, p. 38-42. Cette situation, qui a pour résultat de créer deux régimes juridiques distincts pour les prêts entre particuliers sur Internet, est dénoncée par certains auteurs qui proposent que toutes les plates-formes soient soumises à la même réglementation : Kevin E. DAVIS et Anna GELPERN, « Peer-to-Peer Financing for Development: Regulating the Intermediaries », (2010) 42 *N.Y. J. of Int'l L. & Pol.* 1209, 1257-1261.

143. L'on peut citer les exemples de Virgin et de IOU Central aux États-Unis. En Ontario, les responsables du site Community Lend ont annoncé la fermeture du site et la raison invoquée tient à la lourdeur des exigences réglementaires : Michael GARRITY, COMMUNITYLEND et FINANCEIT, « Onwards and Upwards... », 23 février 2012, en ligne : <<http://www.financeit.io/blog/2012/02/23/onwards-and-upwards>>.

144. A. VERSTEIN, préc., note 71, 516-517.

145. *Id.*

146. Préc., note 122.

secteur d'activités. Ils anticipent même qu'une telle réglementation conduira à la disparition définitive de ce type de prêt¹⁴⁷. Le comité mandaté par le Congrès américain pour étudier les prêts entre particuliers par Internet et faire des propositions de réglementation met également en exergue cette contrainte¹⁴⁸.

Au Québec, l'AMF a déposé une demande auprès du Bureau de décision et de révision en valeurs mobilières, le 25 février 2008, afin d'obtenir une ordonnance d'interdiction d'opérations sur valeurs de l'entreprise IOU Central inc., qui se livrait à des prêts entre particuliers via son site Internet. La demande de l'AMF se fondait essentiellement sur l'article 265 de la *Loi sur les valeurs mobilières*¹⁴⁹ et sur l'article 93(6^o) de la *Loi sur l'Autorité des marchés financiers*¹⁵⁰. Selon l'AMF les activités de IOU Central inc. étant une forme d'investissement en vertu de la *Loi sur les valeurs mobilières*¹⁵¹, l'entreprise devait être inscrite auprès de l'AMF et obtenir l'autorisation de se livrer à ses activités. IOU Central inc. avait obtenu un permis de prêteur d'argent de l'OPC délivré sur le fondement de la L.p.c.¹⁵². L'argumentation de l'AMF, du point de vue de la qualification de ces activités, reposait sur le fait que IOU Central inc. « aid[e] les émetteurs emprunteurs à procéder au placement d'une forme d'investissement [...] à savoir des titres constatant un emprunt d'argent auprès des investisseurs prêteurs » et l'AMF considérait précisément que la plate-forme de prêts agissait à titre de courtier en valeur auprès des épargnants, insistant sur le fait que sa démarche, en tant qu'autorité réglementaire, était motivée par la protection desdits épargnants¹⁵³. Dans son analyse, le Bureau de décision et de révision en valeurs mobilières a tenu à rappeler l'objectif principal de la législation sur les valeurs mobilières, soit la protection du public investisseur et les exigences corrélatives

---

147. P. SLATTERY, préc., note 6, 254-258.

148. GAO, préc., note 82, texte accompagnant les notes 86 et 87.

149. RLRQ, c. V-1.1.

150. RLRQ, c. A-33.2.

151. Préc., note 149.

152. *Infra*, section 2.2.2.2.

153. *Autorité des marchés financiers c. IOU Central inc.*, préc., note 110, par. 47.

d'une information adéquate et de la compétence, de la solvabilité et de l'intégrité des professionnels qui agissent auprès des investisseurs. Il a repris en grande partie l'analyse de l'AMF pour constater la violation de la *Loi sur les valeurs mobilières*¹⁵⁴, et de la réglementation sous-jacente¹⁵⁵, pour prononcer l'interdiction des opérations de IOU Central inc. La qualification des activités de IOU Central inc. ainsi que le recours à la *Loi sur les valeurs mobilières*¹⁵⁶ et aux différents textes qui lui sont reliés ne sont pas en réalité surprenants puisque le contrat d'investissement reçoit également une définition et une interprétation large en droit québécois¹⁵⁷. Il est donc difficile d'écarter complètement les règles applicables en matière de valeurs mobilières.

Que les prêts entre particuliers sur Internet s'inscrivent dans le cadre des valeurs mobilières ou que cette qualification soit contestée, il est possible de déceler un point de convergence dans la doctrine. La réglementation sur les valeurs mobilières ne saurait à elle seule suffire à appréhender ou à apprivoiser toute la complexité de ce type de prêt. Les auteurs Chaffee et Rapp, ardents défenseurs de l'application du régime des valeurs mobilières, concèdent que « [t]he current regulatory regime for P2P lending is arguably a paper tiger »¹⁵⁸. Ils reconnaissent tout d'abord que le recours au droit des valeurs mobilières demeure une approche parcellaire de la réglementation des prêts en ligne, ce droit étant articulé en grande partie autour de la protection des investisseurs, soit les prêteurs qui sont les acquéreurs des titres liés à ce type de prêt. Quant aux emprunteurs, leur protection sera tributaire de l'implication des banques dans la transaction,

---

154. Préc., note 149.

155. *Règlement 21-101 sur le fonctionnement du marché*, 31 août 2001, Vol. XXXII, no 35, BCVMQ. Pour un historique de ce règlement, voir : AMF, « Historique relatif au règlement 21-101 », en ligne : <<http://www.lautorite.qc.ca/fr/historique-reglement-21-101-conso.html>>.

156. Préc., note 149.

157. *Infotique Tyra inc. c. Commission des valeurs mobilières du Québec*, [1994] R.J.Q. 2188 (C.A.); *Commission des valeurs mobilières c. Brodeur*, EYB 1995-73154 (C.Q.); *Autorité des marchés financiers c. Tessier*, 2006 QCCQ 7644.

158. E.C. CHAFFEE et G.C. RAPP, préc., note 65, 523.

celles-ci étant soumises à plusieurs réglementations en matière de prêt. Ils admettent ensuite une certaine vulnérabilité du régime fondé sur les valeurs mobilières due à sa pertinence à l'égard d'un seul modèle de prêt entre particuliers, celui qui nécessite l'implication des banques. Il suffirait, disent-ils, que les plates-formes de prêt en ligne se limitent à mettre des prêteurs et des emprunteurs en relation pour voir la réglementation sur les valeurs mobilières perdre toute sa pertinence. Il ne resterait alors que les règles du droit commun et les lois en matière criminelle pour régir ces prêts¹⁵⁹. Même si cette dernière partie du raisonnement soulève des réserves au Québec – l'absence d'implication des banques n'ayant pas empêché de qualifier ce type de prêt de valeurs mobilières dans IOU Central inc. et l'avis de l'AMF ne tenant pas compte de ces banques – force est d'admettre que ces remarques ont le mérite de mettre en évidence la complexité des prêts en ligne que la seule référence au droit des valeurs mobilières ne saurait épuiser ou élucider. La difficulté tient essentiellement à la diversité des modèles utilisés et à l'innovation constante dans ce domaine.

Au Québec, l'AMF reconnaît cette complexité et en tient compte dans sa démarche. Sans remettre en question la pertinence de la réglementation sur les valeurs mobilières, elle concède qu'il est difficile de souscrire à un régime juridique capable de prendre en compte tous les modèles de prêts entre particuliers sur Internet. L'*Avis relatif à l'exploitation des plates-formes de prêts de personnes-à-personnes (peer-to-peer lending)* du 19 décembre 2008 s'inscrit d'ailleurs clairement dans ce sens¹⁶⁰. Cet avis indique ainsi :

---

159. *Id.*, 523 et 524.

160. AMF, *Avis relatif à l'exploitation des plates-formes de prêts de personnes-à-personnes (peer-to-peer lending)*, 19 décembre 2008, en ligne : <<http://www.lautorite.qc.ca/files/pdf/reglementation/valeurs-mobilières/0-avis-amf/2008/2008dec19-avis-peer-to-peer-fr.pdf>>. Voir également : UNION DES CONSOMMATEURS, *Les prêts d'argent entre particuliers via des plateformes Internet : un service financier d'avenir?*, Juin 2010, p. 52-55, en ligne : <[http://uniondesconsommateurs.ca/docu/rapports2009-2010/05-R32-P2P-Lending-f\(rev\).pdf](http://uniondesconsommateurs.ca/docu/rapports2009-2010/05-R32-P2P-Lending-f(rev).pdf)>.

Malgré la présence de certaines caractéristiques communes, l'Autorité constate que le fonctionnement des plates-formes de prêts et les actes juridiques qui en découlent directement ou indirectement peuvent varier d'une entreprise à l'autre. Ainsi, l'Autorité est d'avis que l'examen du cadre législatif et réglementaire applicable aux plates-formes de prêts doit présentement s'effectuer sur une base individuelle. [...] En conséquence, les représentants des entreprises désirant exploiter des plates-formes de prêts sont invités à communiquer avec l'Autorité avant que l'entreprise n'amorce ses activités au Québec ou à partir du Québec afin de lui présenter une analyse du contexte factuel et du cadre législatif et réglementaire applicable au modèle d'affaires proposé¹⁶¹.

Ledit avis s'achève d'ailleurs en annonçant que l'AMF poursuit sa recherche d'un cadre juridique idoine pour les prêts entre particuliers sur Internet¹⁶². De la même manière, aux États-Unis, en vertu de l'article 989F de la Dodd-Frank Act¹⁶³, le GAO a été mandaté pour mener une étude sur les prêts entre particuliers sur Internet afin de proposer une réflexion en vue d'une réglementation au Congrès¹⁶⁴. Son rapport propose deux avenues pour l'encadrement juridique de ces prêts sans opérer un choix entre les deux, préférant laisser encore évoluer les plates-formes de prêts afin de poursuivre l'observation de leur développement¹⁶⁵. La première avenue consiste à maintenir l'approche actuelle qui

---

161. AMF, *id.*, p. 1.

162. « [...] l'Autorité avise les intervenants du marché qu'elle poursuit ses travaux d'analyse à l'égard du développement d'un encadrement législatif ou réglementaire adapté aux plates-formes de prêts » : *id.*, p. 2.

163. Préc., note 86.

164. Lors de l'examen de la Dodd-Frank Act à la Chambre des représentants, Jackie Speier, une représentante élue en Californie a proposé un amendement qui inscrit les prêts entre particuliers sur Internet sur la liste des exclusions prévue à l'article 3(a) de *Securities Act*, préc., note 112, et qui place lesdits prêts sous la juridiction du Consumer Financial Protection Bureau (CFPB). Cet amendement, bien qu'ayant été adopté à la Chambre des représentants, n'a pu franchir le stade du Sénat : P. SLATTERY, préc., note 6, 253-254.

165. Ce que Paul Slattery résume bien ainsi : « [...] the GAO report adopts a wait-and-see approach and offers no definite conclusions », *id.*, 254.

découle de l'application de la réglementation sur les valeurs mobilières. La protection du prêteur, considéré comme un investisseur, est donc assurée par le biais de cette réglementation et en particulier par la SEC. Quant à l'emprunteur, sa protection est confiée à d'autres organismes chargés de la protection des consommateurs dans le domaine des services financiers. La seconde avenue constitue une approche intégrée ou consolidée qui confie la protection des prêteurs et des emprunteurs à un seul organisme chargé de la protection des consommateurs en matière financière. Elle consacre l'unique compétence de la nouvelle agence créée en vertu de la Dodd-Frank Act¹⁶⁶. Cette agence, qui sous la première approche serait chargée de la protection des emprunteurs, étendrait ainsi son action aux prêteurs sous cette seconde approche¹⁶⁷. Les deux approches diffèrent donc sur la protection à accorder aux prêteurs et, au-delà de la question de la responsabilité d'une ou de deux agences, la seconde voie d'encadrement des prêts en ligne a essentiellement pour conséquence de soustraire les prêts entre particuliers par Internet de la compétence de la SEC¹⁶⁸. C'est la raison pour laquelle cette seconde approche reçoit l'adhésion de ceux qui dénoncent la lourdeur de la réglementation des valeurs mobilières en matière de prêt en ligne et, en particulier, des auteurs qui contestent la qualification d'investissement¹⁶⁹.

En ce qui nous concerne, il est difficile d'écarter complètement la notion d'investissement de l'encadrement juridique des prêts entre particuliers sur Internet. D'une part, les plates-formes de prêts présentent clairement ces produits financiers comme des opportunités d'investissement pour les prêteurs, ces derniers étant invités à les diversifier. D'autre part, la structure complexe adoptée par différentes plates-formes, notamment Lending Club et Prosper, peu importe que cette structure soit la conséquence des exigences posées par les

---

166. Il s'agit du Consumer Financial Protection Bureau (CFPB) : Dodd-Frank Act, préc., note 86, § 1001 et suiv.

167. GAO, préc., note 82, p. 42-44.

168. *Id.*, p. 44.

169. A. VERSTEIN, préc., note 71, 522-529; P. SLATTERY, préc., note 6, 258-265.

autorités réglementaires, montre qu'il faut dépasser la simple opération de prêt pour mieux appréhender ces opérations. La définition large de la notion d'investissement proposée par la *Loi sur les valeurs mobilières*¹⁷⁰ et l'interprétation tout aussi large et libérale qu'en donne la jurisprudence militent également pour l'application de cette notion aux prêts entre particuliers par Internet. Mieux, l'article 1(2) de ladite loi prévoit précisément que : « [l]a présente loi s'applique aux formes d'investissement suivantes : [...] un titre, autre qu'une obligation, constatant un emprunt d'argent ». Outre le caractère général de cette disposition, il faut noter que le seul recours au terme « prêt » ne saurait disqualifier la notion d'investissement. Enfin, aux États-Unis, le débat sur la pertinence du recours à la notion d'investissement et à la réglementation sur les valeurs mobilières en cette matière, au-delà du problème réel de la lourdeur de cette réglementation, trouve principalement son intérêt dans le choix de confier l'encadrement de ces prêts à une seule agence ou à deux ou plusieurs agences régulatrices. Ce débat perd une grande partie de son importance au Québec, où l'AMF occupe une place centrale en matière d'encadrement du domaine des produits et services financiers couvrant les quatre grands domaines du secteur financier¹⁷¹. Quant à sa mission prévue à l'article 4 de la *Loi sur l'Autorité des marchés financiers*¹⁷², elle se veut d'ailleurs très large et soucieuse en particulier de la protection des consommateurs des produits financiers.

Il faut toutefois convenir que si la question de la compétence d'une ou de deux agences, qui teinte les deux approches de réglementation proposées par le GAO, semble se poser avec moins d'acuité au Québec, son rapport offre des repères, à notre avis utiles dans un contexte québécois de la réglementation des prêts entre particuliers sur Internet. Nous souhaitons que les autorités de régulation de ces prêts puissent s'en inspirer. Le rapport propose en effet plusieurs éléments qui

---

170. Préc., note 149.

171. N. L'HEUREUX, É. FORTIN et M. LACOURSIÈRE, préc, note 25, n° 1.12(d), p. 52-54.

172. Préc., note 150.

permettent d'évaluer les propositions de réglementation et met l'accent sur trois d'entre eux qu'il considère comme déterminants. Le premier de ces éléments porte sur la prise en compte d'une protection renforcée du consommateur et de l'investisseur. Celle-ci doit être reflétée à travers une exigence de divulgation de l'information afin que les prêteurs et les emprunteurs reçoivent toutes les informations pertinentes sur ce type de prêt. La question qu'il faut se poser est de savoir si cette divulgation doit se faire par le biais du processus rigoureux d'un prospectus dans le cadre de la réglementation sur les valeurs mobilières ou par d'autres moyens d'information des consommateurs. La protection se manifeste également par le renforcement des règles qui entourent la mise sur le marché de ces produits financiers. Elle se traduit par des mesures destinées à assurer la sécurité de ces transactions en visant en grande partie la solidité financière à la fois des plates-formes de prêts et des prêteurs¹⁷³. En cela, l'AMF se montre prudente et exige dans son avis que ce type de prêt ne soit accessible qu'aux seuls investisseurs qualifiés¹⁷⁴. Un tel choix a assurément une influence déterminante sur l'implantation et sur le potentiel de croissance de ce type de prêt au Québec.

Au titre du deuxième élément, toute réglementation des prêts en ligne devra tenir compte de la grande capacité d'innovation qui caractérise ce type de prêt et de l'évolution rapide qui marque les différents modèles utilisés par les plates-formes. La réglementation devra donc favoriser une approche qui intègre cette flexibilité¹⁷⁵ afin de permettre une adaptation face à ces évolutions. Il est à présent difficile d'anticiper les étapes de l'évolution de ces plates-formes et il faut craindre une désuétude précoce de toute réglementation qui ignorerait cet aspect.

---

173. GAO, préc., note 82, p. 28.

174. « [...] vu la nature des investissements offerts par l'entremise des plates-formes de prêts et les risques potentiels liés à ces investissements, l'Autorité est d'avis qu'il n'est pas souhaitable pour l'instant que l'offre soit effectuée à des prêteurs qui ne sont pas des investisseurs qualifiés au sens de l'article 1.1 du *Règlement 45-106 sur les dispenses de prospectus et d'inscription* (les « investisseurs qualifiés ») pris selon la législation sur les valeurs mobilières » : AMF, préc., note 160, p. 1.

175. GAO, préc., note 82, p. 45.

Le troisième élément qu'il faut considérer porte sur le fardeau que pourrait représenter la réglementation. Plus précisément, celle-ci devra s'assurer de ne pas imposer une charge trop lourde aux plates-formes, ce qui pourrait nuire à l'innovation, et ce, tout en conservant son objectif d'efficience et d'effectivité¹⁷⁶. Force est de reconnaître que si le dernier élément ne semble pas spécifique aux prêts en ligne, les deux premiers éléments se retrouvent dans l'approche adoptée par l'AMF et représentent des aspects importants dans sa démarche et dans sa réflexion portant sur un encadrement juridique adéquat des prêts en ligne¹⁷⁷.

Si la dimension « investissement » des prêts entre particuliers doit être prise en compte dans cette réflexion sur l'encadrement juridique adapté à ce type de prêt, il est clair que l'opération se traduit en fin de parcours par une somme d'argent prêtée à un particulier. Nous allons voir maintenant les éléments juridiques liés à ce prêt.

2.2.2 La seconde phase : le prêt d'argent

La seconde phase du processus de prêt entre particuliers concerne le prêt d'argent *per se*. Il s'agit d'atteindre le but ultime de l'opération, celui qui consiste à accorder un montant d'argent à un particulier qui s'engage en retour à le rembourser à l'échéance convenue. Ayant déterminé que les entreprises qui offrent ces services ne sont ni des institutions financières ni des entreprises de services monétaires, il peut devenir difficile de les assujettir à l'encadrement visant ces institutions (2.2.2.1). Néanmoins, il existe plusieurs dispositions plus générales concernant le prêt d'argent qui peuvent s'appliquer aux sociétés de prêt entre particuliers, que ce soit pour encadrer l'obtention d'un permis, la

---

176. *Id.*

177. « L'Autorité est d'avis qu'en raison de la nature des opérations des plates-formes de prêts, il est souhaitable que l'encadrement législatif ou réglementaire applicable à ces plates-formes vise autant à favoriser la divulgation des informations nécessaires ou utiles aux participants pour prendre une décision éclairée qu'à assurer la santé financière et la pérennité des entreprises exploitant ces plates-formes » : AMF, préc., note 160, p. 1.

formation du contrat de prêt et les informations devant être divulguées au consommateur ou la protection contre les taux abusifs et usuraires (2.2.2.2).

2.2.2.1 L'encadrement spécifique des institutions financières

Au Canada, tel que nous l'avons souligné plus haut, le prêt à la consommation est distribué par l'entremise des intermédiaires suivants : les institutions de dépôts, les autres institutions financières spécialisées dans le prêt à la consommation, les entreprises commerciales et le crédit alternatif. Après avoir déterminé que la seconde phase du prêt entre particuliers par Internet est un prêt, il faut ensuite qualifier l'intermédiaire, soit la plate-forme électronique.

La seconde phase du processus d'un prêt entre particuliers par Internet, c'est-à-dire la mise des fonds à la disposition de l'emprunteur, ne fait l'objet d'aucun encadrement spécifique. Au Canada, le régime juridique qui s'applique spécifiquement aux institutions financières ne semble pas pertinent pour déterminer la nature de la relation entre la plate-forme et un emprunteur. Une société de prêt entre particuliers ne constitue ni une société de dépôts, c'est-à-dire une banque ou une caisse populaire, ni une société de fiducie.

D'abord, la réglementation bancaire ne s'applique qu'à une banque qui détient une charte bancaire et qui est donc autorisée à utiliser le terme « banque », « banquier » ou « opérations bancaires » dans sa dénomination sociale, dans un prospectus ou autre document relié à une valeur mobilière, ou comme marque d'identification¹⁷⁸. Le critère d'évaluation est tout simplement institutionnel, et non fonctionnel, comme l'a déclaré la Cour suprême du Canada en 1980 en rejetant les prétentions d'une

---

178. *Loi sur les banques*, préc., note 3, art. 983(1), (2), (2.1), (2.2), (3). En jurisprudence, voir : *Canadian Pioneer Management Ltd. c. Conseil des relations du travail de la Saskatchewan et autres*, [1980] 1 R.C.S. 433, 465-468.

société de fiducie dont les activités étaient essentiellement similaires à celles d'une banque¹⁷⁹. D'ailleurs, le gouvernement fédéral a adopté une modification à la *Loi sur les banques*¹⁸⁰ en 2010 afin de prévoir spécifiquement les circonstances où une coopérative de crédit fédérale peut utiliser ces termes¹⁸¹. Cette approche requiert donc une interprétation restrictive et est suffisante pour rejeter l'application du mot « banque » à tout autre dépôt, sous réserve de quelques exceptions¹⁸².

Ensuite, l'article 36 de la *Loi sur les associations coopératives de crédit*¹⁸³ prévoit qu'une coopérative de crédit doit comporter le terme « coopérative », ou « fédération de caisses populaires » et tout autre terme qui exprime la nature financière de son activité. Bien que cette loi ne comporte aucune disposition similaire à l'article 983 de la *Loi sur les banques*, l'article 36 apparaît suffisamment clair pour être interprété dans le même sens que l'article 983. Au Québec, les articles 1, 18 et 28 de la *Loi sur les coopératives de services financiers*¹⁸⁴ spécifient également qu'une caisse doit s'identifier sous son nom, lequel doit être composé du mot « caisse » ou « coopérative de services financiers ».

La *Loi sur les sociétés de fiducie et de prêt*¹⁸⁵ présente plusieurs similarités conceptuelles avec la *Loi sur les associations coopératives de crédit*¹⁸⁶. L'article 42 de cette loi reprend l'essence de l'article 36 de la *Loi sur les associations coopératives de crédit*¹⁸⁷ et mentionne qu'une société de fiducie doit comporter l'un des

---

179. *Canadian Pioneer Management Ltd. c. Conseil des relations du travail de la Saskatchewan et autres*, préc., note 178, 465. Au fédéral : *Loi sur les sociétés de fiducie et de prêt*, L.C. 1991, c. 45, art. 42. Au Québec : *Loi sur les sociétés de fiducie et les sociétés d'épargne*, RLRQ, c. S-29.01, art. 59.

180. Préc., note 3.

181. *Loi sur l'emploi et la croissance économique*, L.C. 2010, c. 12, art. 2093.

182. Il s'agit notamment de l'utilisation du mot « banque » par une entité liée à un groupe bancaire ou à une société de portefeuille bancaire : *Loi sur les banques*, préc., note 3, art. 983(4).

183. L.C. 1991, c. 48.

184. Préc., note 3.

185. Préc., note 179.

186. Préc., note 183.

187. *Id.*

termes suivants : « fiduciaire », « fiduciary », « fiducie », « trust » ou « trustco »¹⁸⁸. Au Québec, les articles 59 et 60 de la *Loi sur les sociétés de fiducie et les sociétés d'épargne* prévoient une obligation du même ordre¹⁸⁹.

Aucune des sociétés de prêt entre particuliers ne possède une telle charte bancaire et, plus généralement, aucune de ces sociétés ne s'annonce comme étant une banque. Il en va de même pour les coopératives de crédit et les sociétés de fiducie et d'épargne. Ce bref survol suffit pour éviter de qualifier une société de prêt entre particuliers par Internet d'institution financière.

Peut-on enfin considérer ces plates-formes de prêts entre particuliers comme des entreprises de services monétaires? Au Québec, l'article 1 de la *Loi sur les entreprises de services monétaires* désigne de telles entreprises comme étant seulement celles qui offrent le change de devises, le transfert de fonds, l'émission ou le rachat de chèques de voyage, de mandats ou de traites, l'encaissement de chèques ou l'exploitation de guichets automatisés¹⁹⁰. Aucune de ces cinq situations ne vise ces plates-formes de prêts entre particuliers par Internet. À titre d'illustration, le transfert de fonds, qui paraît s'en rapprocher le plus, ne peut être considéré sérieusement. Ce type d'entreprise concerne spécifiquement les entreprises qui transfèrent les fonds entre deux personnes et qui n'offrent aucun service de crédit. Au palier fédéral, le Centre d'analyse des opérations et déclarations financières du Canada (CANAFE) considère également une entreprise de services monétaires comme étant celle qui effectue des opérations de change, qui remet des fonds ou transmet des fonds par tout moyen ou par l'intermédiaire d'une personne, d'une entité ou d'un réseau de télévirements ou qui émet ou rachète des mandats-poste, des chèques de voyage ou des titres négociables semblables¹⁹¹, comme les sociétés Western Union Financial

---

188. Préc., note 179. Voir également l'article 47 de cette loi.

189. *Id.*

190. RLRQ, c. E-12.000001.

191. CANAFE, *Typologies et tendances en matière de blanchiment d'argent et de financement du terrorisme au sein des entreprises de services monétaires*

Services, Inc., MoneyGram Payment Systems, Inc., et d'autres moyens plus modernes comme PayPal.

Un auteur français envisage différentes possibilités quant au statut de l'entité propriétaire du site Web de prêt entre particuliers¹⁹². La première consiste à la considérer comme « une simple plate-forme technique permettant de mettre en relation les prêteurs et les emprunteurs, dont [elle] prétendra que l'utilisation relève de la seule responsabilité des utilisateurs »¹⁹³. Au-delà du fait que cette première avenue traduit essentiellement une réalité technique, elle suppose que la rémunération du propriétaire du site repose essentiellement sur les sommes payées par les utilisateurs pour publier leurs annonces sur le site. Dans ce cas, la rémunération du propriétaire du site n'est pas liée aux opérations qui s'y déroulent. En d'autres termes, il ne perçoit pas de commission sur les prêts, ce qui ne correspond aucunement à la réalité des plates-formes de prêts en ligne. Au titre de la deuxième possibilité, le propriétaire du site pourrait être considéré comme se livrant à une activité de courtage percevant une commission à titre d'intermédiaire. Il s'agirait alors d'un intermédiaire en opérations bancaires. Cette proposition ne saurait néanmoins être retenue vu qu'elle exige que le courtier serve d'intermédiaire entre deux parties dont l'une est un établissement de crédit, ce qui ne correspond pas à la réalité du prêt entre particuliers¹⁹⁴. La troisième possibilité qui consiste à considérer l'exploitant du site comme s'il se livrait à des opérations bancaires à titre habituel a rapidement été écartée par cet auteur pour des raisons identiques puisque de telles activités sont réservées aux établissements de crédit¹⁹⁵. C'est toutefois sous l'agrément à titre d'établissement de crédit que la plate-forme de prêts entre particuliers Prêt d'Union a été autorisée à opérer sur le

---

(ESM) canadiennes – *Rapport de typologies et tendances de CANAFE*, juillet 2010, p. 2 et 3, en ligne : <<http://www.canafe-fintrac.gc.ca/publications/typologies/2010-07-fra.pdf>>.

192. R. ROUTIER, préc., note 111.

193. *Id.*

194. *Id.*

195. *Id.*

territoire français à partir de l'année 2011¹⁹⁶. Ce statut juridique et les exigences y reliées se sont révélés très lourds pour ces nouveaux acteurs du milieu financier.

En France comme au Québec, les autorités réglementaires envisagent un nouveau régime juridique pour les acteurs du domaine du financement participatif sur Internet. En France en particulier, l'AMF recourt au statut de conseiller en investissements participatifs¹⁹⁷. La mise en œuvre de ce type d'encadrement vise à alléger les exigences réglementaires imposées aux plates-formes de prêts, en écartant notamment l'exigence d'un prospectus, mais renforce corrélativement l'obligation d'information de ces conseillers en investissements participatifs. Cette démarche s'inscrit résolument dans le cadre d'une nouvelle approche de promotion de ce type de financement¹⁹⁸ dans un environnement sécurisé.

Les nouvelles mesures envisagées en France et au Québec constituent un premier pas dans la recherche d'un régime juridique adapté aux activités des plates-formes de prêts. Ces mesures semblent toutefois viser en grande partie le financement destiné aux entreprises, laissant toute la pertinence de la question de l'encadrement juridique du prêt contracté par un particulier à des fins personnelles. Elles s'inscrivent, en outre, dans le cadre d'une démarche générale de protection des personnes qui prêtent

---

196. Il s'agit précisément de l'agrément à titre d'établissement de crédit – Prestataire de services d'investissement, voir le site de la plate-forme Prêt d'Union : www.pret-dunion.fr.

197. *Règlement 45-108 sur le financement participatif*, projet (18 juin 2014), en ligne : <<http://www.lautorite.qc.ca/files//pdf/reglementation/valeurs-mobilieres/45-108/2014-03-20/2014mars20-45-108-cons-fr.pdf>>; *Projet de règlement général de l'AMF sur le financement participatif*, en ligne : <<http://www.amf-france.org/technique/multimedia?docId=6481e3cd-2077-43ac-9e89-643eadd57254>>.

198. De plus, dans un document intitulé « Un nouveau cadre pour faciliter le développement du financement participatif », les autorités réglementaires françaises énoncent en 2013 des propositions de modifications législatives et réglementaires dont certaines visent à assouplir le monopole bancaire afin de permettre le développement des plates-formes de prêts, en ligne : <<https://www.tresor.economie.gouv.fr/File/390785>>.

des sommes d'argent par le biais des plates-formes et éclairent peu sur l'encadrement du prêt vu sous l'angle de la protection des emprunteurs. Ceci laisse présager, dans le meilleur des cas, une application des règles générales destinées au prêt d'argent.

2.2.2.2 L'encadrement du prêt d'argent

Puisque les sociétés de prêt entre particuliers par Internet ne peuvent être assimilées, au Québec, ni à des institutions financières classiques, telles les banques, les sociétés de fiducie et les caisses populaires, ni à des entreprises de services monétaires, elles ne peuvent donc être assujetties à la réglementation qui concerne ces dernières. Dans la quête de pistes de réflexion, une autre avenue est à envisager pour les sociétés qui se livrent à une telle opération, soit l'encadrement canadien et québécois du prêt d'argent. Les règles concernent les aspects suivants : obtention d'un permis, formation du contrat de prêt et informations au consommateur, protection contre les taux abusifs et usuraires, et protection des renseignements personnels.

Dans un premier temps, l'article 321(b) de la L.p.c. prévoit que les entreprises doivent obtenir un permis pour conclure un contrat de prêt d'argent, à l'exception des institutions financières et des entreprises de services monétaires, autrement réglementées. Cette obligation est simple, mais d'une importance capitale afin de protéger les emprunteurs. Le permis est octroyé par le président de l'OPC. Concernant la nature parfois imprécise de certains prêteurs entre particuliers par Internet, il convient de rappeler que le président de l'OPC peut refuser de délivrer un permis, ou le suspendre ou l'annuler, pour plusieurs motifs, notamment en cas de doute sur l'exercice malhonnête d'activités commerciales ou d'infraction à la L.p.c.¹⁹⁹ ou de condamnation pour une infraction criminelle depuis moins de trois ans²⁰⁰.

---

199. Art. 325(b) L.p.c.

200. Art. 327 L.p.c.

Dans un deuxième temps, il faut également considérer les aspects fondamentaux de la formation du contrat de prêt qui doit respecter les règles de forme des articles 23 à 33 et 80 de la L.p.c., soit un contrat écrit en double exemplaire, notamment. L'article 115 de cette loi prévoit les informations que le contrat doit comporter : le capital net emprunté, le taux d'intérêt, les frais de crédit et l'obligation totale du consommateur, en particulier. L'article 70 détermine la composition des frais de crédit, lesquels doivent comprendre, entre autres, les frais d'administration.

Dans un troisième temps, bien que l'encadrement normatif du prêt d'argent vise principalement les institutions financières fédérales, certaines facettes de ce cadre réglementaire peuvent s'appliquer aux sociétés de prêt entre particuliers par Internet. D'abord, il faut souligner l'article 347 du *Code criminel*²⁰¹ qui interdit le prêt à un taux d'intérêt supérieur à 60 %, c'est-à-dire le prêt usuraire. Il faut noter que les prêts par Internet présentent moins d'inquiétude à l'égard des dispositions interdisant le prêt usuraire que les autres formes de prêts alternatifs (prêt sur gages, prêt sur salaire ou encaissement de chèques) en raison du taux d'intérêt qui se situe habituellement au-dessous de ce seuil. Cependant, les prêts entre particuliers dont le taux est d'environ 35 % supérieur au taux directeur de la Banque du Canada peuvent parfois atteindre un seuil abusif²⁰². Le cas échéant, il n'existe aucun encadrement à cet égard au Québec, ni ailleurs au Canada, y compris au fédéral. Néanmoins, en décembre 2013, l'OPC a présenté un document de consultation publique destiné à modifier la L.p.c.²⁰³. Une des dispositions proposées concerne une nouvelle présomption de taux lésionnaire, qui pourrait atteindre, à titre d'exemple, 35 % de plus qu'un taux de référence, comme le taux directeur²⁰⁴.

---

201. L.R.C. 1985, c. C-46.

202. N. L'HEUREUX et M. LACOURSIÈRE, préc., note 22, n° 239, p. 256-258.

203. OPC, *Phase IV de la révision législative. Première consultation. Modifications envisagées aux lois sous la surveillance de l'Office de la protection du consommateur*, 8 novembre 2013, en ligne : <http://www.opc.gouv.qc.ca/fileadmin/media/documents/a-propos/ConsultationPhase4.pdf>.

204. *Id.*, n° 27.

Enfin, soulignons l'obligation de respecter la protection des renseignements personnels de l'emprunteur²⁰⁵. D'une manière générale, les législations fédérale et québécoise prévoient que toute personne qui exploite une entreprise au Québec et qui constitue un dossier sur une autre personne résidant au Québec doit avoir un intérêt sérieux et légitime à le faire²⁰⁶. Le dossier, qui doit être sur support matériel, doit avoir un objet déclaré et la personne qui le constitue ne peut recueillir que les renseignements nécessaires à la réalisation de cet objet²⁰⁷. Le maintien d'un dossier personnel ne peut porter atteinte à la réputation et à la vie privée²⁰⁸. La cueillette des renseignements personnels doit se faire par des moyens licites auprès de la personne concernée²⁰⁹. Des mesures sécuritaires doivent être prises par la personne qui recueille et conserve les renseignements pour leur conservation confidentielle²¹⁰. La loi fédérale prévoit que les mesures de sécurité varient en fonction de la sensibilité des renseignements²¹¹. De plus, la personne qui détient le dossier ne peut pas utiliser les renseignements qu'elle possède à des fins non pertinentes à l'objet du dossier²¹². Elle ne peut pas communiquer les renseignements personnels, sauf avec le consentement de la personne concernée ou selon ce que la loi québécoise prévoit²¹³.

---

205. Pour plus de détails sur ce point, voir : N. L'HEUREUX et M. LACOURSIÈRE, préc., note 22, nos 176-178, p. 197-203.

206. Au Québec : *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé*, RLRQ, c. P-39.1, art. 4 (ci-après L.p.r.p.s.p.); C.c.Q., art. 37. Au fédéral : *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques*, L.C. 2000, c. 5, Annexe 1 (*Code type sur la protection des renseignements personnels*, CAN/CSA-Q830-96), art. 4.2 (ci-après L.p.r.p.d.e., Annexe 1).

207. Art. 5 L.p.r.p.s.p.; C.c.Q., art. 37; art. 4.2, 4.4, 4.5 L.p.r.p.d.e., Annexe 1.

208. C.c.Q., art. 35 et 38.

209. Les renseignements peuvent également être recueillis auprès de tiers avec l'autorisation de la personne concernée, sauf exception : art. 6 L.p.r.p.s.p.; art. 4.2, 4.4, 4.5 L.p.r.p.d.e., Annexe 1.

210. Art. 10 L.p.r.p.s.p.; art. 4.7 L.p.r.p.d.e., Annexe 1.

211. Art. 4.7.2 L.p.r.p.d.e., Annexe 1. Il peut s'agir de moyens matériels (verrouillage des classeurs et de l'accès), administratifs (autorisation et accès restreint) et techniques (mots de passe et chiffrement).

212. Art. 13 L.p.r.p.s.p.; art. 4.3.3, 4.4 L.p.r.p.d.e., Annexe 1.

213. Art. 12-14, 18, 20, 39, 40 L.p.r.p.s.p.; art. 7 L.p.r.p.d.e.; art. 4.3 L.p.r.p.d.e., Annexe 1.

Parmi les modèles exposés dans la typologie des prêts entre particuliers par Internet²¹⁴, les trois premiers modèles, incarnés par le prêt simple, le recours aux enchères et le prêt sans intérêt, peuvent généralement être analysés au même titre que le prêt d'argent traditionnel. Un premier élément essentiel concerne l'information qui doit être transmise à l'emprunteur, surtout en ce qui concerne le prêt sans intérêt. Dans un contexte commercial où le prêt est à but lucratif, le prêt sans intérêt est présenté pour une durée limitée. L'article 22 du *Règlement sur le coût d'emprunt*²¹⁵ indique que la banque doit mentionner si « tout intérêt dû après cette période courra ou non pendant celle-ci, cette indication devant avoir la même importance que la mention de la renonciation, si elle est explicite, sinon, devant être en évidence ». Dans le cas où des intérêts ne courent pas, les conditions applicables à l'exemption de ces intérêts et le taux annuel sur le capital doivent être prévus dans la publicité. Une pratique pourrait consister à exiger des frais de retard, lesquels peuvent être qualifiés de frais de crédit s'ils sont dénoncés comme tels dans le contrat²¹⁶.

Le quatrième modèle est le plus complexe et fait cohabiter l'idée de base, soit le prêt à intérêts, avec la vente de titres financiers à des investisseurs. Dans le tronçon « prêt », nous avons indiqué ci-dessus que l'intermédiaire fait appel à une institution financière, appelée WebBank, ce qui le différencie des autres modèles proposés. Cette banque états-unienne respecte les exigences réglementaires habituellement imposées aux banques, comme l'obtention d'un permis d'opération, l'assujettissement à l'assurance-dépôts, le respect des règles concernant le blanchiment d'argent et l'observance des exigences réglementaires lors d'un prêt, dont l'obligation de divulgation. Ce *modus operandi*, soit l'intervention d'une banque pour effectuer le prêt, est un changement de cap drastique de la part de ces prêteurs par Internet qui affirmaient à leurs débuts ne pas avoir besoin de

---

214. *Supra*, Section 2.1.1.

215. DORS/2001-101 (Gaz. Can. II).

216. Art. 92 L.p.c.; *Service aux marchands détaillants ltée (Household Finance) c. Option Consommateurs*, 2006 QCCA 1319.

banques et même offrir un service de qualité supérieure à celles-ci.

Si cette approche doit être encouragée, il faut néanmoins noter deux points importants. D'abord, les taux d'intérêt peuvent parfois atteindre 40 %²¹⁷, ce qui pourrait devenir abusif²¹⁸. Ensuite, il convient de s'interroger au sujet de la qualité de l'évaluation du crédit de l'emprunteur, celle-ci reposant principalement sur le dossier de crédit, mais tenant également compte des revenus et des dépenses (ratio d'endettement) de l'emprunteur²¹⁹. En ce sens, les récentes exigences imposées par la Dodd-Frank Act²²⁰, obligeant les prêteurs hypothécaires à vérifier la capacité de payer selon les revenus, les dépenses et le dossier de crédit, devraient être transposées au prêt personnel, surtout lorsqu'il est octroyé par l'entremise d'Internet.

CONCLUSION

Phénomène récent, mais inspiré d'un concept éprouvé, le prêt entre particuliers par Internet juxtapose l'expérience communautaire et les nouvelles technologies. Les versions récentes des modèles se sont toutefois écartées du communautarisme, puisque les investisseurs ne se fient qu'à un pointage de crédit établi par la plate-forme de prêts, l'emprunteur conservant son anonymat. Devant les abus potentiels et les risques liés à ces opérations, le législateur s'est interrogé quant à la nécessité d'encadrer cette activité.

Or, notre analyse permet de classer en deux phases cette forme de prêt, soit l'investissement effectué par des investisseurs à la recherche d'un profit et un prêt octroyé par les sociétés

---

217. Voir : LENDING CLUB, « Loan Agreement », art. 1, en ligne : <<https://www.lendingclub.com/info/loan-agreement.action>> (consulté en 2013). La société Prosper limite les taux octroyés aux emprunteurs risqués à 35,36 %.

218. Voir *supra* notes 202-204 et le texte correspondant.

219. LENDING CLUB, « Loan Agreement », préc., note 217, art. 2; P. SLATTERY, préc., note 6, 238-239.

220. Préc., note 86, § 1412; *Consumer Credit Protection Act*, 15 USC § 1639c(b).

intermédiaires à partir de l'argent recueilli auprès de ces investisseurs.

Dans le premier cas, il est nécessaire, selon nous, de bien adapter la réglementation des valeurs mobilières afin de tenir compte d'une meilleure divulgation de l'information, de renforcer les règles qui entourent la mise sur le marché de ces produits financiers et de s'assurer de la rigueur de ces plates-formes, notamment en ne les rendant accessibles qu'aux seuls investisseurs qualifiés, même si une telle restriction peut nuire à l'implantation et à l'expansion de ces plates-formes au Québec. Au demeurant, toute réglementation des prêts en ligne devra tenir compte de la grande capacité d'innovation qui caractérise ce type de prêt et de l'évolution rapide qui marquent les différents modèles utilisés par les plates-formes.

Dans le second cas, il faut convenir que les dispositions législatives concernant l'obtention d'un permis, la formation du contrat de prêt et les informations divulguées au consommateur, la protection contre les taux abusifs et usuraires ainsi que la protection des renseignements personnels semblent généralement adéquates dans les circonstances actuelles. Cependant, il convient de s'interroger sur la possibilité de restreindre les prêts aux souscripteurs d'une plate-forme de prêts entre particuliers, comme le suggère le *Règlement 45-108 sur le prêt participatif*²²¹. Il faudrait également considérer la possibilité d'assujettir ces entreprises aux obligations fédérales en matière de lutte au blanchiment d'argent. Enfin, il serait légitime de s'interroger à propos du contrôle et de la supervision des plates-formes de prêt entre particuliers. En effet, compte tenu des différents modèles qui peuvent être utilisés pour ce type de prêt et de la pertinence de plusieurs législations en cette matière, le recours à une seule agence de réglementation pour la protection à la fois des consommateurs investisseurs ou prêteurs et des consommateurs emprunteurs, à l'image de l'AMF, nous paraît être la meilleure avenue pour donner une cohérence à cet encadrement juridique.

---

221. Préc., note 197, art. 10 et 45.

Cette approche, qui évite la multiplication des autorités réglementaires, pourrait être un préalable à une démarche internationale et harmonisée relative aux règles applicables au prêt entre particuliers par Internet.

RDUS

Revue de DROIT
UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : ANALYSE DES BÉNÉFICES PUBLICS TANGIBLES OFFERTS PAR
LES ORGANISATIONS RELIGIEUSES

Auteur(s) : Luc GRENON

Revue : RDUS, 2014, volume 44, numéro 2-3

Pages : 531-567

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/10202>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/10202>

Page vide laissée intentionnellement.

ANALYSE DES BÉNÉFICES PUBLICS TANGIBLES OFFERTS PAR LES ORGANISATIONS RELIGIEUSES*

par Luc GRENON**

Des privilèges fiscaux considérables sont accordés aux organisations religieuses, toutes confessions confondues. Ces avantages étant supportés par l'ensemble des contribuables, il y a lieu de s'interroger sur les retombées sociales de ce financement étatique, surtout à l'heure où la neutralité de l'État en matière religieuse semble faire consensus au Canada. Par une analyse des déclarations de renseignements produites par les organismes religieux, l'auteur cherche à vérifier si les fonds publics investis en leur faveur peuvent s'expliquer ou se justifier par les services et bénéfices tangibles (non religieux) qu'ils offrent à la société. Il conclut qu'une réponse négative s'impose.

Significant tax benefits are granted to religious organizations, regardless of confession. Since these benefits are borne by all taxpayers, the social impact of this state funding must be considered, especially when state neutrality in religious matters seems to be a consensus in Canada. Through an analysis of the information returns filed by religious organizations, the writer discusses whether the public funds received can be justified or explained by the services and tangible benefits they provide to society. The writer concludes that the answer should be no.

---

* L'auteur remercie sincèrement son assistant de recherche Simon Chénard qui a participé de façon substantielle à l'élaboration de la grille de données ainsi qu'à la collecte et à l'analyse de ces dernières. Un remerciement tout particulier est également adressé à Jonathan Lafrance et à Mathieu Savary qui ont procédé, avec célérité et rigueur, à la collecte des données.

** Professeur agrégé à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke.

SOMMAIRE

I.	LE FINANCEMENT DES ORGANISMES RELIGIEUX :	
	ENJEUX ET PERSPECTIVES	539
II.	LES ACTIVITÉS NON-RELIGIEUSES : DOMAINES	
	D'IMPLICATION ET AMPLEUR	548
	TABLEAU 1	549
	TABLEAU 2	552
	CONCLUSION	553
	ANNEXE A	557
	TABLEAU 1	558
	TABLEAU 2	561
	ANNEXE A.1	562
	ANNEXE A.2	563
	ANNEXE B	564
	ANNEXE C	565

« Liberty is not infringed by constraints that can be justified on sound distributive or sound impersonally judgmental grounds. My liberty is not compromised when I am taxed to fund a new road to the hospital or when I am forbidden to build a postmodern house in a Georgian block. But it is compromised by coercive laws that can be justified only on personally judgmental grounds »¹.

R. Dworkin

Au Canada, les débats autour du fait religieux et des aspirations spirituelles connaissent une actualité sensible. Les exemples des accommodements raisonnables et du projet de loi 60 sur la Charte des valeurs québécoises montrent l'actualité de ces préoccupations. Curieusement, dans notre système juridique, on s'interroge peu sur l'ancrage fiscal des institutions religieuses et de leurs activités. Pourtant, des privilèges fiscaux considérables sont accordés à ces organisations, toutes confessions confondues. Parmi ces privilèges, on retrouve ceux qui découlent de leur statut d'organisme de bienfaisance enregistré (« OBE »)². Plus particulièrement, ce statut leur permet de délivrer des reçus pour dons de bienfaisance en faveur de leurs donateurs³.

-
1. Ronald DWORKIN, *Is Democracy possible here?*, Princeton, Princeton University Press, 2006, p. 73.
  2. Les OBE sont tout d'abord exemptés de l'impôt sur le revenu en vertu de l'article 149(1)f) LIR. L'ensemble des OBE peut aussi se voir rembourser la moitié des taxes à la consommation (taxe sur les produits et services, taxe de vente harmonisée et, dans le contexte québécois, taxe de vente du Québec) qu'ils sont tenus de payer comme tout contribuable. Ils sont également exemptés de toute taxe foncière, municipale ou scolaire (paragraphe 204 (8), (12) ou (17) de la *Loi sur la fiscalité municipale*, RLRQ, c. F-2.1), ce dernier privilège n'étant pas, par ailleurs, lié à leur statut d'OBE.
  3. Lorsque le donateur est une société au sens du paragraphe 248(1) LIR (soit essentiellement une personne morale), l'avantage fiscal pour cette dernière se réalise par une déduction égale à la juste valeur marchande du don en question, ce qui lui permet de réduire son revenu imposable, et partant,

Ceci dit, il faut être conscient que ces avantages sont supportés par l'ensemble des contribuables, que ces derniers soient croyants ou pas. Ceux-ci sont alors en droit de s'interroger sur la raison d'être de ce financement étatique ainsi que sur ses retombées sociales, particulièrement à l'heure où la neutralité de l'État en matière religieuse semble faire consensus au Canada.

Discutant particulièrement de retombées sociales, le droit exige de tout OBE qu'il procure un bénéfice public à la société ou à un segment important de cette dernière. À cet égard, tant les bénéfices publics tangibles qu'intangibles sont reconnus. En ce qui concerne les bénéfices *intangibles* - comme ceux qui pourraient découler des activités exclusivement religieuses - ils sont en théorie acceptés « seulement dans le cas où il existe un consensus général clair que l'avantage existe ou encore s'il s'agit de bénéfices [...] valables [...] selon une vue commune de l'opinion éclairée »⁴. À ce sujet, les tribunaux reconnaissent par ailleurs depuis longtemps qu'il leur est impossible de déterminer si une doctrine religieuse est vraie et, partant, si elle procure un bénéfice au public:

Since the court cannot know whether any particular doctrine is true and therefore able to produce the intended benefit for others, it must accept the view of the religion in question in this matter, the only alternative being for the

---

son impôt payable. Quand le don est effectué par un particulier, ce dernier bénéficie plutôt d'un crédit d'impôt pour dons, ce qui lui permet également de réduire son impôt payable. Le crédit est accordé en vertu de l'art. 118.1(3) *LIR*. Il est égal au taux de base (15 %) sur la première tranche de 200 \$ de don et au taux de 29 % sur l'excédent. Art. 118.1(3) et 117(2) *LIR*. À titre informatif, lorsqu'on tient compte de l'abattement de 16,5 % consenti aux résidents du Québec, le taux de 15 % est ramené à 12,53 % sur la première tranche de 200 \$ de don alors que le taux de 29 % est ramené à 24,215 %. Pour de l'impôt du Québec, le taux équivaut à 20 % sur le premier 200 \$ de don et à 24 % sur l'excédent.

4. AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Lignes directrices pour l'enregistrement d'un organisme de bienfaisance : satisfaire le critère du bienfait public*, numéro de référence CPS-024 [*Lignes directrices*], en ligne : < <http://www.cra-arc.gc.ca/chrts-gvng/chrts/plcy/cps/cps-024-fra.html> >, p.5 et 18 (site consulté le 22 septembre 2014).

court to reject all acts of worship as being beyond proof of spiritual benefit⁵.

Ainsi, dans la mesure où les bienfaits qui résulteraient strictement de la foi et du culte religieux sont pour le moins incertains, voire contestés⁶, c'est aux bénéfices publics *tangibles* offerts par les organisations religieuses que la présente étude s'intéresse. Par bénéfice public tangible, nous référons au bénéfice mesurable objectivement comme, par exemple, la prestation ou le financement de services sociaux, éducatifs ou de soins de santé, l'aide internationale ou tout autre type d'avantages profitant à la collectivité et qui ne sont pas de nature exclusivement religieuse⁷.

-
5. *Hanlon v. Logue*, [1906] 1 I.R. 247 (C.A.). Waters tire la même conclusion: « This subject has proved one of the most difficult for the courts to handle in view of the fact that unlike education, poverty relief, welfare and community endeavors, there is essentially nothing in religion which can be proved objectively in a court to promote the observable well-being of persons or to be for the observable benefit of the public ». Donovan WATERS, Mark GILLEN et Lionel SMITH, *Waters's Law of Trusts in Canada*, 3^e éd., Toronto, Carswell, 2005, p. 704.
  6. « The world is deeply divided on the question of whether religion is a force for good, a survey by Ipsos Reid suggests. The pollster found that 48 per cent of the more than 18,000 people it reached online in 23 countries agreed that religion provides the common values and ethical foundations that diverse societies need to thrive in the 21st century. A bare majority – 52 per cent – thought otherwise. They agreed with sentiment that religious beliefs promote intolerance, exacerbate ethnic divisions and impede social progress... About two-thirds of Americans polled thought religion was a force for good, but only 36 per cent of Canadians thought the same », Ipsos Reid, novembre 2010; « Canadians are split on the question of whether religion does more harm than good in the world, according to a new poll conducted by Ipsos Reid. Forty seven per cent of Canadians say they agree that religion does more harm than good and a majority (64 per cent) believe religion actually provides more questions than it does answers for what is going on in the world and their own life. The poll, conducted on behalf the Christian current affairs program Context with Lorna Dueck, finds a majority (71 per cent) do not believe devout people make better citizens », Ipsos Reid, septembre 2011, en ligne : <http://www.globalmaritimes.com/poll/6442480278/story.html>. Sondages cités dans *Submission to the Standing Committee on Finance RE : Tax Incentive for Charitable Donations*, 9 février 2012, p. 2.
  7. Au-delà des services sociaux, plusieurs autres arguments ont été soumis à l'appui de l'utilité sociale des organisations religieuses ou de la religion

Plus particulièrement, nous cherchons à vérifier si les fonds publics considérables investis en faveur des organismes religieux peuvent s'expliquer ou se justifier, en tout ou en partie, par les bénéfices tangibles (non-religieux) qu'ils offrent à la société. Une réponse négative s'imposerait évidemment s'il s'avère qu'une proportion substantielle d'organismes religieux ne procure pas ou très peu de bénéfices tangibles à la société. Nous avons donc posé une première hypothèse : la majorité des organismes religieux ne procure pas ou très peu de bénéfices publics tangibles à la société.

Il va sans dire, par ailleurs, que plusieurs organisations religieuses demeurent très actives sur le plan de la prestation de services et qu'elles y consacrent une portion importante de leurs ressources. D'autres le sont par contre beaucoup moins. Nous posons donc une deuxième hypothèse : on retrouve une disparité importante parmi les organisations religieuses qui procurent des bénéfices publics tangibles de sorte que l'ensemble de ces bénéfices est supporté par un nombre restreint d'organisations. Si cette deuxième hypothèse, conjuguée à la première, est démontrée, on pourrait conclure qu'une portion substantielle d'organisations profite indûment de la bonne réputation forgée par les organisations les plus actives sur le plan social.

Lorsqu'on situe l'analyse au niveau des bénéfices publics tangibles, à savoir ceux qui ne dépendent aucunement de l'adhésion à des doctrines basées sur des croyances personnelles et invérifiables, les organismes disposent essentiellement de deux moyens pour les offrir : ils peuvent s'impliquer eux-mêmes dans des secteurs d'activité non liés à la foi ou au culte religieux, ou encore verser des fonds à d'autres organisations, souvent laïques, œuvrant dans ces secteurs. Ces deux formes d'assistance seront analysées.

---

plus globalement. Cette gamme d'arguments est présentée et critiquée dans Luc GRENON, « L'avancement de la religion comme fin de bienfaisance : une question de foi ou de rationalité? », dans Vincente FORTIER et Sébastien LEBEL-GRENIER (dir.), *Les sentiments et le droit, Rencontres juridiques Montpellier Sherbrooke juin 2011*, vol. 257, Sherbrooke, Éditions R.D.U.S., 2012, p. 287.

Pour valider nos hypothèses, les ressources investies par les organismes pour des fins non religieuses ont été classifiées, puis estimées⁸. En date du 26 juillet 2012⁹, on comptait 85 904 OBE au Canada. De ce nombre, 33 408 étaient classés dans la catégorie « religion »¹⁰. Les statistiques les plus récentes démontrent que l'appui financier offert aux organisations religieuses par les donateurs diffère considérablement d'une province ou d'un

-
8. Pour ce faire, la classification fournie par l'ARC dans le Guide T4033-1 (F) a été utilisée. On trouve à l'intérieur de celle-ci neuf domaines d'activité : A. Services sociaux au Canada, B. Aide et développement international, C. Études enseignement et recherche, D. Arts et culture, E. Religion, F. Santé, G. Environnement, H. Autres avantages profitant à la communauté et I. Autres. Voir *Tableau 1 infra*. Les données sont tirées des *Déclarations de renseignements* complétées par les organisations religieuses et elles constituent notre seule source d'information; AGENCE DU REVENU DU CANADA, *T4033-1 (F) Comment remplir la déclaration de renseignements des organismes de bienfaisance enregistrés*, Canada [Guide], p.10. AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Formulaire T3010-1 Déclaration de renseignements des organismes de bienfaisance enregistrés*, Canada (*Déclaration de renseignements*). Tout OBE a l'obligation de présenter au ministre une telle déclaration dans le délai prescrit au paragraphe 149.1(14) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, c. 1 (5^e supp.) (*LIR*). Outre ce formulaire, d'autres documents doivent être complétés et joints, notamment les états financiers de l'OBE. Dans le *Formulaire T3010-1*, l'OBE doit indiquer, entre autres, ses trois plus importants domaines d'activité, ainsi qu'un état de ses revenus et de ses dépenses. Selon le paragraphe 149.1(15) *LIR*, le ministre doit communiquer au public les informations contenues dans une déclaration publique de renseignements auquel réfère le paragraphe 149.1(14) *LIR*. Les *Déclarations de renseignements* des OBE sont disponibles à l'adresse suivante : <http://www.cra-arc.gc.ca/ebci/haip/srch/advancedsearch-fra.action>. Une *Déclaration de renseignements* est assimilable à la déclaration de revenus que doit produire tout contribuable. Sa production est obligatoire et est assujettie à des règles de conformité strictes.
9. Date à laquelle le nombre d'organismes religieux à analyser a été établi.
10. Dans le site web de l'ARC, un moteur de recherche permet d'identifier les OBE en fonction du type d'organisme. Les organismes sont divisés en cinq grandes catégories : Bien-être, Santé, Éducation, Religion et Bénéfice à la communauté et autre. AGENCE DU REVENU DU CANADA, [Ressource électronique], édition révisée, en ligne : < <http://www.cra-arc.gc.ca/ebci/haip/srch/advancedsearch-fra.action> (site consulté en octobre 2012). Les organismes religieux sont subdivisés en 23 sous-catégories, chacune correspondant essentiellement aux diverses confessions présentes au Canada.

territoire à l'autre, tout particulièrement au Québec, mais aussi chez les francophones en général¹¹.

Dans l'objectif de présenter un portrait global et représentatif, nous avons dressé un échantillon dans lequel chaque province¹² et chaque type de confession sont représentés proportionnellement¹³. Aussi, afin que notre échantillon soit suffisant statistiquement¹⁴, 1039 organismes ont été analysés, soit

-
11. En 2010, les Québécois ont versé 20 % de la valeur totale de leurs dons à des organismes religieux. Ce pourcentage est de 52 % en Saskatchewan, de 50 % au Manitoba et de plus de 45 % dans chacune des provinces des Maritimes. Seuls la Colombie-Britannique (37 %), les Territoires du Nord-Ouest (31 %) et le Québec (20 %) sont en deçà de la moyenne canadienne, qui se situe à 40 %. Martin TURCOTTE « Les dons de bienfaisance au Canada », composante du produit 11-008-X au catalogue de Statistique Canada, Tendances sociales canadiennes, GOUVERNEMENT DU CANADA, STATISTIQUE CANADA 2012, 19, Graphique 5, en ligne : < <http://www.statcan.gc.ca/pub/11-008-x/2012001/article/11637-fra.pdf> > (site consulté le 15 août 2012).
  12. Afin d'alléger le texte, le terme « province » est utilisé pour identifier à la fois une province ou un territoire.
  13. Notre échantillon a été conçu selon la méthode du plan stratifié avec allocation proportionnelle. Les annexes A et B décrivent les étapes relatives à l'élaboration de l'échantillon. Dans le but d'alléger le texte, la méthodologie est présentée en annexe.
  14. Pour obtenir ce résultat, nous avons utilisé le logiciel « *Sample Size Calculator, The Survey System* » [Ressource électronique], édition révisée, en ligne : < <http://www.surveysystem.com/sscalc.htm#one> > (site consulté en juillet 2012). L'analyse de 1034 organismes religieux permet d'obtenir un niveau de confiance de 95 % combiné à un intervalle de confiance de 3 %. L'échantillon a été augmenté à 1039 organismes afin d'atteindre la représentativité souhaitée. Le niveau de confiance est la « [m]esure de la probabilité qu'une caractéristique donnée d'une population se trouve à l'intérieur des limites estimatives que l'analyse des éléments inclus dans un échantillon a permis d'établir... Le niveau de confiance est exprimé par un pourcentage. On le fixe habituellement à 95 %, ce qui signifie qu'on a 19 chances sur 20 que l'échantillon constitue une représentation fidèle de la population et qu'il soit valide ». OFFICE QUÉBÉCOIS DE LA LANGUE FRANÇAISE, *Grand dictionnaire terminologique (GDT)* Québec. L'intervalle de confiance est un « intervalle construit autour de la valeur observée à partir d'un échantillon et ayant une certaine probabilité de contenir la valeur réelle de la caractéristique étudiée [...] L'écart entre la borne inférieure et la borne supérieure de l'intervalle est égal à la valeur observée plus ou moins la

essentiellement un organisme sur 32¹⁵.

Avant de présenter notre analyse, une brève mise en contexte s'impose afin d'en saisir les enjeux économiques et de bien la situer à la lumière du droit et de la politique fiscale dans lesquels elle s'inscrit.

I. LE FINANCEMENT DES ORGANISMES RELIGIEUX : ENJEUX ET PERSPECTIVES

Selon la classification développée dans l'arrêt *Pemsel*¹⁶, la *common law* et les tribunaux canadiens reconnaissent quatre fins de bienfaisance : (i) le soulagement de la pauvreté, (ii) l'avancement de l'éducation, (iii) l'avancement de la religion, et (iv) toutes autres fins bénéfiques pour la collectivité et que la loi considère comme étant des fins de bienfaisance.

---

marge d'erreur. Lorsque la valeur observée dans l'échantillon est de 58 % et que la marge d'erreur est de 2 %, on pourra alors déduire que l'intervalle qui va de 56 % à 60 % a 95 % des chances de contenir la vraie valeur de la population, si on a retenu un niveau de confiance de 95 % ». GDT, *Id.* Notre échantillon est aussi suffisant pour obtenir un niveau de confiance de 99 % réuni à un intervalle de confiance de 4 %. Il respecte donc l'une et l'autre de ces combinaisons.

15. $33408 \div 1039 = 32,153994$.

16. La notion même de « bienfaisance » n'ayant jamais été définie par la législation canadienne, les tribunaux canadiens s'en remettent à la *common law* britannique et appliquent encore aujourd'hui la classification développée dans l'arrêt *Commissioners for Special Purposes of the Income tax c. Pemsel*, [1891] A.C. 531 (H.L.) (ci-après «*Pemsel*») dans lequel la Chambre des Lords renvoyait au préambule de la *Charitable Uses Act 1601*, 43 Eliz. I, c.4 («*Statute of Elisabeth*»), où on énumérait les diverses activités considérées comme des activités de bienfaisance. La Cour suprême du Canada a une première fois adopté implicitement cette classification dans *The King c. Assessors of the Town of Sunny Brae*, [1952] 2 R.C.S. 76. Cette classification a été explicitement approuvée pour la première fois par la Cour suprême dans *Guaranty Trust Co. of Canada c. Minister of National Revenue*, [1967] R.C.S. 133. Dans sa dernière décision rendue en la matière, la Cour suprême s'est une fois de plus référée au *Statute of Elisabeth* et à la décision *Pemsel* pour déterminer ce que constitue une fin de bienfaisance aux fins de l'obtention du statut d'OBE. Voir : *A.Y.S.A. Amateur Youth Soccer Association c. Canada (Agence du revenu)*, 2007 CSC 42.

Outre le fait qu'il doive poursuivre une fin de bienfaisance reconnue, l'organisme qui sollicite le statut d'OBE doit démontrer que ses activités servent l'intérêt du public dans un sens mesurable objectivement (le critère du « bienfait public »)¹⁷. Cette exigence est cependant atténuée pour ceux se qualifiant sous l'égide de l'une des trois premières catégories de l'arrêt *Pemsel*¹⁸ (dont l'avancement de la religion), du moment où le bienfait public est présumé pour ces dernières¹⁹.

Les avantages fiscaux offerts aux donateurs impliquent que c'est l'État qui finance en partie les activités de bienfaisance menées par les OBE puisqu'il se prive de recettes fiscales dont le montant est au moins égal à la valeur des crédits et des déductions ainsi

---

17. Dans l'arrêt *Vancouver Society of Immigrant and Visible Minority Women c. M.R.N.*, [1999] 1 R.C.S. 10, le juge Gonthier rappelle les deux attributs qui caractérisent tous les OBE : « [...] leur caractère bénévole et, directement ou indirectement, leur tendance au bien-être public ». Ces deux principes, à savoir (1) le caractère bénévole de l'action (ou ce que je vais appeler l'altruisme, c'est-à-dire le fait de donner à autrui sans recevoir rien d'autre en retour que le seul plaisir de donner), et (2) la recherche du bien-être ou de l'intérêt du public dans un sens mesurable objectivement, sont à la base des catégories existantes de fins de bienfaisance et devraient constituer les pierres de touche guidant leur évolution. La position officielle de l'ARC est au même effet : « En *common law*, le volet du bénéfice conféré du critère universel du bienfait d'intérêt public exige que la fin de bienfaisance procure un avantage tangible ou objectivement mesurable au public du fait qu'il faut être en mesure de le cerner et de le démontrer. » *Lignes directrices*, préc. note 4, p.5. Rappelons que les bénéfices intangibles sont aussi acceptés.

18. *Pemsel*, préc., note 16.

19. *National Anti - Vivisection Society v. I.R.C.*, [1948] A.C. 31, p. 42. Ce principe a été appliqué une première fois par la Cour suprême du Canada dans *In re Cox*, [1953] 1 S.C.R. 94 (Estey J.), puis par le juge Gonthier, alors dissident, dans l'arrêt *Vancouver Society*, préc., note 17. Dans cette même affaire, le juge Iacobucci, se prononçant pour la majorité, n'a pas abordé la question de la présomption de bienfait public, se limitant à dire que « Ce caractère public est une condition applicable à toutes les catégories d'organismes de bienfaisance, bien qu'elle soit parfois atténuée dans le cas des organismes œuvrant au soulagement de la pauvreté » (p.106). Cela dit, il ne fait aucun doute que l'ARC applique la présomption de bienfait public en matière d'« avancement de la religion ». *Lignes directrices*, préc., note 4 p.4.

accordés²⁰. En ce qui concerne l'avancement de la religion en particulier, la dernière étude portant sur le don de bienfaisance et le bénévolat montre que les organisations religieuses ont reçu, en 2010, 40% de la valeur totale de tous les dons²¹. Le ministère des Finances a annoncé, pour sa part, que l'aide fiscale offerte aux OBE s'est élevée à 2,7 milliards de dollars²² en 2010. Du moment où les organisations religieuses ont reçu 40 % de la valeur totale des dons, la perte de recettes fiscales qui découle des dons effectués en faveur de ces dernières peut donc raisonnablement être estimée à 1,08 milliard de dollars²³ pour cette année. D'un autre côté, les

-
20. La Cour suprême des États-Unis reconnaît cela depuis longtemps, voir Vaughn E. JAMES, « Reaping where they have not sowed : have American churches failed to satisfy the requirements for the religious tax exemption? », (2004) 43-29 *Catholic Lawyer* 29, 44.
21. 4,26 milliards de dollars sur un total de 10,6 milliards de dollars. M. TURCOTTE, préc., note 11, p. 27. Il s'agit des dons totaux effectués, qu'ils soient en faveur d'un OBE ou pas. Ces dons n'étaient donc pas tous admissibles à un crédit ou à une déduction pour dons de bienfaisance. Cela étant dit, pratiquement tous les organismes religieux bénéficient du statut d'OBE, de sorte qu'ils sont en mesure d'émettre des reçus pour dons, ce qui permet aux donateurs de réclamer un crédit ou une déduction. Cependant, une certaine proportion des dons qu'ils reçoivent n'a pas fait l'objet de reçus officiels pour dons de bienfaisance. C'est le cas, par exemple, des dons de moindre importance perçus lors d'une quête ou à l'aide de boîtes situées dans un lieu de culte. Cette question sera traitée plus loin.
22. MINISTÈRE DES FINANCES DU CANADA, *Discours sur le budget : 2011*, Ottawa, Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, 2011.
23. Il ne s'agit que d'une estimation. En effet, le pourcentage de 40 % concerne tous les dons, soit ceux émis avec ou sans reçu. De plus, nous ne connaissons pas la proportion des dons ayant fait l'objet d'un crédit d'impôt de 15 % ou de 29 %, la portion des dons qui provient des sociétés et le montant des remboursements partiels de TPS qu'ils ont réclamés. Cela étant dit, selon l'enquête menée en 2010, 71 % du total des dons reçus par les organismes religieux provenaient des donateurs qui participaient au culte religieux au moins une fois par semaine, le don moyen de cette dernière catégorie de personnes étant de loin le plus élevé (1 004 \$). M. TURCOTTE, préc., note 11, *Tableau 2*, p. 23. Ainsi, 80 % de leur don (804 \$ sur 1004 \$), en moyenne, permettait d'obtenir le crédit d'impôt le plus élevé, soit 29 %, le premier 200 \$ de don faisant l'objet d'un crédit de 15 %. *Supra*, note 3. Il en découle que la perte de recette fiscale de l'État est plus élevée lorsque les dons sont effectués en faveur

statistiques démontrent que la valeur totale des dons attribués aux organismes religieux est en déclin depuis 1997²⁴. Malgré cela, ils reçoivent encore la part du lion, soit plus que les universités, les collèges, les hôpitaux, les organismes d'éducation, de recherche, de santé, de services sociaux, d'arts, de culture, de sports et de loisirs réunis²⁵.

Par ailleurs, bien que la présente étude s'intéresse aux bénéfices publics tangibles offerts par les organisations religieuses, leur statut d'OBE ne dépend pas, en droit, desdits bénéfices. En effet, en raison des définitions de « religion »²⁶ et de présomption de bienfait public²⁷ - qui proviennent de la *common law* britannique

---

d'organismes religieux dans la mesure où, évidemment, le donateur réclame le crédit d'impôt auquel il a droit.

24. Ces organisations ont reçu 51 % de la valeur totale des dons en 1997, 49 % en 2000, 45 % en 2004, 46 % en 2007 et 40 % en 2010. LUC GRENON, « Portrait de la dépense fiscale relative à la bienfaisance : la perspective des personnes vulnérables », (2011) 41-2 *R.D.U.S.* 381, 395.
25. M. TURCOTTE, préc., note 11, *Tableau 5*, p. 28.
26. « Religion [...] is concerned with man's relations with God, and ethics are concerned with man's relations with man. The two are not the same and are not made the same by sincere inquiry into the question: what is God? [...] It seems to me that two element of the essential attributes of religion are faith and worship; faith in a God and worship of that God ». *Re South Place Ethical Society (Barralet et al. v. A.G.)*, [1980] 3 All. E.R. 918 (English Chancery Division). Bien que les tribunaux canadiens n'aient jamais été appelés à appliquer cette affaire, la politique administrative de l'ARC exige l'élément de culte théiste. AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Enregistrement d'un organisme de bienfaisance aux fins de l'impôt sur le revenu T4063(F)*, 2008, p. 9.
27. Waters explique l'origine de cette présomption : « The non-believer might ask why the law should raise a presumption of public benefit in favor of advancing religion. The answer may well be that the common law of England and Wales, and its one-time overseas territories, adopted this presumption when Christianity represented in its various sects and persuasions the faith of all its peoples. Prior to the nineteenth century few would seriously have challenged that Christian ethics, however interpreted in those robust centuries, fundamentally underlay the laws of England and Wales. For the same reasons that religion was recognized as early as 1639 as charitable purpose, no one would have questioned the presumption that the furtherance of the Christian religion results in the benefit of the public. It was no doubt widely felt that the onus of proof that the particular religious purpose or activity is not charitable should be upon

- dont les organismes religieux bénéficient²⁸, foi et dévotion en un ou plusieurs dieux suffisent à démontrer que la société, ou un segment important de cette dernière, tire un bénéfice des activités purement religieuses menées par ces organismes. Cette réalité a fait l'objet de plusieurs critiques²⁹. À cet égard, Waters avançait récemment que dans une société pluraliste et multiculturelle comme la nôtre, désormais constituée d'une majorité laïque, le temps était venu de traiter la religion et la bienfaisance de façon distincte; l'approche séculière, essentiellement utilitariste en la matière, étant pratiquement irréconciliable avec celle des croyants :

Religion today is seen by the secular majority in most common law societies as a mixture of reasoned philosophy and unknowable belief. The term, spirituality, is used to describe this mixture. And many are of the view that tax relief of non-governmental activities that benefit society must be demonstrably based on the utility of the subsidized purpose to the general public. Utility alone is a transparent test. Poverty relief and the provision of education for young and old, like care for the sick and disadvantaged, meet that test. [...] The argument made is that the case for rethinking the place of religion within the penumbra of 'charity' is established. [...] The test of what purposes are charitable in nature has to be acceptable to the members of society as a

---

the aberrant person who alleges such a thing ». Donovan WATERS, « The advancement of religion in a pluralist society (Part II): abolishing the public benefit element », (2011) 17-8 *Trusts and Trustees* 729, 732.

28. *Re Watson (deceased) Hobbs v. Smith*, [1973] 3 All. ER 678, p. 688 : "[...] the court does not prefer one religion to another and it does not prefer one sect to another [...] where the purposes in question are of religious nature – and, in my opinion, they clearly are here – then the court assumes a public benefit unless the contrary is shown".
29. Mathew HARDING, « Trusts for Religious Purposes and the Question of Public Benefit », (2008) 71-2 *The Modern Law Review* 159, 160, 168 et 169; C.H. SHERRIN, « Public Benefit in trusts for the Advancement of Religion », (1990) 32 *Malaya Law Review* 114; Kathryn BROMLEY CHAN, *The definition of religion in Charity Law in the Age of Fundamental Human Rights*, The Fourth International Conference of The International Society for Third-Sector Research, Dublin, 2000, p. 9 et 10; Luc GRENON, préc., note 7, p. 287-291.

whole, and it is surely undeniable that that test has to be utilitarian³⁰.

La position et les attentes utilitaristes de cette majorité séculière sont par ailleurs corroborées par le droit applicable à tous les *OBE* ainsi que par la politique fiscale³¹ en la matière, ceux-ci étant utilitaristes, comme nous l'avons montré dans un article antérieur³². Il en est de même de la plupart des fondements avancés par la doctrine pour expliquer l'octroi d'avantages fiscaux en faveur des *OBE* dans leur ensemble ou de leurs donateurs. Plus particulièrement, l'accent est mis sur les divers bénéfices que tire la société des activités, des services, des enseignements ou des programmes fournis par les *OBE*³³. Dans ce contexte, certains

---

30. Donovan WATERS, « The advancement of religion in a pluralist society (Part I) : distinguishing religion from giving to 'charity' », (2011) 17-7 *Trusts and Trustees* 652, 665. En outre, Waters se dit d'opinion que les organisations religieuses et leurs donateurs devraient maintenir certains privilèges fiscaux : « We should extend to religious groups, or to gifts for the furtherance of religion, those tax or other concessions that policy suggests religious practice, considered on its own, should enjoy », p.666.

31. Plus particulièrement, le discours politique est dépourvu de nuances sur la question. Il tient pour acquis que les organismes religieux procurent des bénéfices à la société et réfère, la plupart du temps, à leurs services et programmes sociaux. Les activités liées à la foi et au culte religieux ne sont jamais effleurées.

32. L. GRENON, préc., note 7, p.2 67 et 268.

33. *Id.*, p. 262-267.

auteurs³⁴ et l'ARC³⁵ elle-même réfèrent aux services fournis par les organisations religieuses pour expliquer, en partie, leur statut d'OBE. D'autres se sont par contre montrés beaucoup plus sceptiques sur le sujet³⁶.

-
34. TABLE RONDE SUR LA TRANSPARENCE ET LA SAINTE GESTION DANS LE SECTEUR BÉNÉVOLE, *Consolider nos acquis : pour une meilleure gestion et transparence au sein du secteur bénévole*, (« Rapport Broadbent »), Rapport final, Table ronde du secteur bénévole, février 1999, p.4; Denise J. DOYLE, « Religious freedom and Canadian Church Privileges », (1984) 26-2 *Journal of Church & State* 293, 301 : « The recurring argument in favor of the exemption of religious organizations from the payment of taxes is that society profits from services rendered by churches. Churches, as institutions, undertake all forms of charitable works and encourage their membership to do likewise. Hospital care, education, and welfare services have been pioneered in Canada by Churches and church-related bodies. Moreover, religion itself, regardless even of the aid provides, is perceived as valuable for society »; Carl JUNEAU, « Is religion Passé as a Charity? » (2002) 17-2 *The Philanthropist* 38, 39; Ronald C. KNECHTEL, *Religious Organizations as Registered Charities*, 1999, p.174, papier présenté à l'occasion du Forum Special organisé par le *Canadian Council of Christian Charities* et ayant comme thème *The Place of religion in Modern Society*; Sylvia LEROY, Karina WOOD et Jason CLEMENS, *2007 Non-profit performance report, An Analysis of Management, Staff, Volunteers, and Board Effectiveness in the Non-Profit Sector*, Vancouver, Fraser Institute, 2007, p. 5.
35. AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Notes and Questions for a Discussion on Advancement of Religion as Charitable Purpose*, 10 octobre 2008. Ce document n'étant plus disponible, le passage est tiré de D. WATERS, préc., note 30, 666 : « [A]dvancing religion is a benefit because it helps to provide people with a moral and ethical framework for living and because it can play an important role in building social capital and social cohesion. Religious organizations provide the majority of rites of passage ceremonies (marriages, funerals) and many services to the needy, marginalized and vulnerable. They also encourage volunteering time and money to help others ».
36. Neil BROOKS, « The Tax Credit for Charitable Contributions: Giving Credit where None Is Due », dans Jim PHILIPS, Bruce CHAPMAN et David STEVENS (dir.), *Between State and Market, Essays on Charities Law and Policy in Canada*, McGill-Queen's University Press, 2001, p. 472 : « Moreover, at present a substantial amount of money donated goes to religious organizations, which would probably not qualify for direct grant. Consequently, this additional amount would be available for other organizations [...] It seems reasonably obvious that allowing a tax credit for contributions to religious bodies shifts the financing of churches from

Un autre enjeu se rattache aux attentes des donateurs. Parmi les motifs le plus souvent invoqués pour faire un don à un OBE, toutes catégories confondues, on retrouve³⁷ : (i) la « compassion envers les gens dans le besoin » (89 %), (ii) le fait de « croire personnellement à la cause » (85 %), (iii) le désir de « contribuer à la collectivité » (79 %), (iv) le fait d'être « personnellement touché par la cause que soutient l'organisme » (61 %) et (v) par « obligations religieuses ou autres croyances » (27 %)³⁸. Puisque chacun des quatre premiers motifs rejoint une majorité importante de donateurs, il nous apparaît plausible d'en déduire qu'ils sont également partagés, à un certain niveau, par ceux ayant effectué

---

members to others. If separation of state and church means anything, it surely must include the notion that the state ought not compel those who do not belong to religious organizations to subsidize those who do »; Richard JANDA, Cara CAMERON, Charles-Maxime PANACCIO et Andrée LAJOIE, « Flirting with the Devil while Doing God's Work : The Regulation of Charitable Fund-raising », dans Jim PHILIPS, Bruce CHAPMAN et David STEVENS (dir.), *Between State and Market, Essays on Charities Law and Policy in Canada*, McGill-Queen's University Press, 2001, p. 515 : « It is a reasonable shorthand statement that the early Christian church in a number of its manifestations reproduced the earlier, Jewish understanding of *Tsedakah* (charity). In practical terms, small church communities redistributed wealth among members and among church. But very soon (inevitably?), the task of redistribution in the name of God was formalized in monastic institutions, which accumulated wealth for that purpose. This in turn produced the corruption of church luxury and the failure of church alms »; Faye L. WOODMAN, « The Tax Treatment of Charities and Charitable Donations since the Carter Commission: Past Reforms and Present Problems », (1988) 26-3 *Osgoode Hall Law Journal* 537, 574 : « At the other end of the spectrum, there are religious activities in which, again arguably, the government should be totally uninvolved. [...] There is considerable debate, however, over the redistributive effects and uses of contributions to religious organizations. Some commentators have said that a small percentage of contributions to religious groups gets used outside the group or for social welfare purposes »; Christine ROEMHILDT MOORE, « Religious tax exemption and the "charitable scrutiny" test » (2003) 15 *Regent University Law Review* 295, 320 et 321.

37. Les répondants pouvaient sélectionner plus d'une réponse.

38. M. TURCOTE, préc., note 11, p. 35. Une enquête similaire, menée en 2007, offrait des résultats pratiquement identiques, exception faite du motif basé sur les « obligations religieuses ou autres croyances » qui a chuté, passant de 32 % à 27 %.

des dons en faveur d'organismes religieux³⁹, notamment les donateurs actifs sur le plan religieux⁴⁰. Actuellement, nous ne savons pas dans quelle mesure les organismes religieux répondent aux attentes sociales exprimées par leurs donateurs.

Malgré ce qui précède, on ne retrouve au Canada aucune étude statistique traitant de l'implication des organisations religieuses en matière de services sociaux et autres bénéfices publics tangibles⁴¹. La section qui suit cherche donc à faire la lumière sur la question.

---

39. D'aucuns pourraient plutôt soutenir que la vaste majorité des personnes ayant effectué un don religieux ont invoqué « obligations religieuses ou autres croyances » comme unique motif à leurs dons. Si tel était le cas, une composante essentielle qu'on attribue au don religieux se verrait néantisée, à savoir la contribution volontaire généralement destinée aux plus démunis : « Charity plays a very different and more prominent role in the three major monotheistic religions – Christianity, Islam, and Judaism [...] Within all three religious traditions we can find two distinct sorts of contributions – an obligatory (and sometimes legally enforced) system of mutual aid and support for the church and (b) more voluntary forms of charity, particularly for the poor. In Islam, for example, *zakat* is the regular and obligatory contribution in an organized Muslim community...while *sadaqah* is alms more generally given in Allah's name. Similarly, Judaism distinguishes the obligatory *ma'aser*...from the voluntary *tzedaka*. And many Christian communities have distinguished obligatory "tithing" from more voluntary forms of charity and almsgiving... In this section, I am interested primarily in the religious conception of voluntary donations, rather than the obligatory contributions. These voluntary donations are more relevant for modern debates about charity, not just because they are indeed voluntary, but also because they tended to be directed primarily to helping the poor, whereas the obligatory contributions were also used for supporting religious personnel and maintaining religious property ». Will KYMLICKA, « Altruism in Philosophical and Ethical Traditions : Two Views » dans Jim PHILIPS, Bruce CHAPMAN, et David STEVENS (dir.), *Between State and Market, Essays on Charities Law and Policy in Canada*, McGill-Queen's University Press, 2001, p.104 et 105.

40. 71 % de la valeur totale des dons reçus par les organismes religieux proviennent des croyants qui assistent aux services religieux au moins une fois par semaine. *Supra*, note 23.

41. De telles études ont par contre été menées aux États-Unis : INTERFAITH RESEARCH COMMITTEE OF THE FILER COMMISSION, COMMISSION ON PRIVATE PHILANTHROPY AND PUBLIC NEEDS, *Giving in America : Toward a Stronger Voluntary Sector*, Washington, 1975; C. ROEMHILT MOORE, préc., note 36.

II. LES ACTIVITÉS NON-RELIGIEUSES : DOMAINES D'IMPLICATION ET AMPLEUR

Dans sa *Déclaration de renseignements*, l'organisme religieux doit indiquer le pourcentage en temps et en ressources qu'il consacre à chacun des trois principaux domaines dans lesquels il exécute ses activités⁴². À cet effet, le *Guide*⁴³ fournit une liste de 9 domaines d'activité divisés en 71 sous-domaines. Selon le *Guide*, l'OBE doit estimer « le plus justement possible » sa participation dans les divers domaines et, à cet égard, l'ARC ne s'attend pas à recevoir « des données exactes »⁴⁴. Cette précision étant apportée, nous avons présumé que les organismes religieux ont complété avec rigueur et sérieux cette portion obligatoire de la *Déclaration de renseignements*.

À l'égard des 1039 organismes qui ont été analysés, le *Tableau 1* présente, dans un premier temps, les domaines d'activité dans lesquels ils se sont impliqués, le pourcentage total des ressources qui y ont été investies ainsi que le nombre d'organismes impliqués dans chacun de ces domaines :

Une étude qui consistait à comparer l'engagement social et communautaire d'organisations religieuses ontariennes et américaines a été publiée en 2000 : Ram A. CNAAN et Femida HANDY, « Comparing Neighbors : Social Service Provision by Religious Congregations in Ontario and the United States » (2000) 30-4 *American Review of Canadian Studies* 521. Les auteurs ont cherché à valider l'hypothèse suivante : « Canadian urban congregations – at least those in Ontario – differ significantly from their counterparts in the U.S. in social service provision and in the impact they have on civic society at large ». Compte tenu de leurs objectifs, les auteurs ont ainsi rencontré les représentants de 46 congrégations religieuses situées à London, Kingston et Toronto. Cette étude n'a donc pas été menée dans l'objectif de mesurer l'ampleur des services sociaux offerts par les organismes religieux dans la perspective de la politique fiscale nationale relative à la bienfaisance et n'offrent aucune conclusion à cet égard.

42. Ces informations doivent être fournies dans le formulaire TF725. AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Formulaire TF725 Renseignements de base sur l'organisme de bienfaisance enregistré*, Canada. Les renseignements de base font partie intégrante de la déclaration de renseignements.

43. Préc., note 8.

44. *Id.*

TABLEAU 1

Domaines d'activité	% consa- cré	Nombre d'organismes
A : Services sociaux au Canada	2,13 %	83
B : Aide et développement internationaux	0,72 %	25
C : Études, enseignement et recherche	1,80 %	58
D : Arts et culture	0,19 %	12
E : Religion ⁴⁵	91,91 %	1013
F : Santé	0,39 %	14
G : Environnement	0,02 %	1
H : Autres avantages profitant à la communauté	1,28 %	52
I : Autres	0,34 %	15
Balance ⁴⁶	1,08 %	131
Total	100 %	

Nous constatons, en premier lieu, que les organismes faisant partie de notre échantillon ont déclaré avoir investi 91,91 % de leurs ressources humaines et matérielles à des fins religieuses (« E : Religion ») alors que 7,01 % ont été investies à d'autres fins⁴⁷.

Afin de connaître le nombre d'organismes ayant déclaré avoir investi des ressources dans au moins un des domaines non liés au culte religieux (soit les domaines A à I sauf E) et ainsi vérifier notre première hypothèse, les activités non religieuses ont été réunies dans notre grille de données. Il en résulte que sur les 1039

45. Le domaine « Religion » se divise en 5 sous domaines : « E1 lieux de culte, congrégations, paroisses, diocèses, fabriques et autres », « E2 organismes missionnaires, évangélisation », « E3 publications religieuses et diffusion d'émissions religieuses », E4 séminaires et autres établissements de formation religieuse » et « E5 extension des services sociaux, communautés religieuses et organismes complémentaires ».

46. Dans la mesure où un OBE doit inscrire le pourcentage attribué à chacun de ses trois principaux domaines d'activité, le total des pourcentages inscrits par les organismes ne donnait parfois pas 100 %. Ce fut le cas pour 131 organismes. Pour chacun des organismes, nous avons ainsi inscrit dans la rubrique « Balance » la différence entre 100% et le total des pourcentages qu'il avait indiqué.

47. La portion manquante (1,08 %) se retrouvant sous le poste « Balance ».

organisations sélectionnées, seulement 224 ont déclaré avoir investi des ressources dans des activités autres que religieuses⁴⁸.

Les résultats qui précèdent méritent cependant d'être nuancés à la lumière du sous code de domaine E5 intitulé « extension des services sociaux, communautés religieuses et organismes de services complémentaires »⁴⁹. En effet, bien que ces activités fassent partie de la catégorie « Religion »⁵⁰, elles peuvent, de toute évidence, comprendre des services susceptibles de procurer un bénéfice public tangible à la société, plus particulièrement l'aide en faveur des personnes vulnérables⁵¹. Le code E5 a donc été isolé dans notre grille de données afin d'en connaître la teneur. Il appert que 312 organismes ont déclaré y investir des ressources et que ce secteur d'activité représente 7,24 % de l'ensemble des ressources consacrées. Ainsi, en considérant que ces activités – il s'agit de l'interprétation la plus plausible⁵² selon nous – procurent un bénéfice public tangible à la société, nous obtenons désormais les résultats suivants : (i) moins de la moitié des organismes (517) déclare avoir affecté des ressources à des fins autres que religieuses⁵³, (ii) les 2/3 (687) ont

---

48. Incluant le poste « Balance ».

49. *Supra*, note 45.

50. *Id.*

51. D. WATERS, préc., note 30, 666 « Members of religious groups tend to emphasize that "faith and good works", ie belief and the discharge of charitable activities, go hand in hand. One is not separable from the other; the motivation of religiously persuaded persons to express their faith in the relief of the poor, the care of the sick, and support of the vulnerable in society, is as much part of their overall religious conviction as is the relief, care of support itself ». Ainsi, au lieu de sélectionner les autres domaines d'activité pour identifier ce type de support ou de service, il est raisonnable de croire qu'un nombre important d'organismes a plutôt choisi le code E5 pour ce faire.

52. Évidemment, diverses interprétations peuvent être données aux activités comprises dans le sous code de domaine E5. Nous avons dû postuler que l'ensemble du pourcentage qui lui est attribué se rattache à des activités susceptibles de procurer un bénéfice public tangible et la moyenne que nous présentons tient compte de ce postulat.

53. Dit autrement, des 1039 organisations étudiées, 522 ont affecté 100 % de leurs ressources à des fins exclusivement liées à la foi et au culte, soit dans les domaines E1 à E4. Voir note 45.

affecté 10 % ou moins de leurs ressources pour ces fins et (iii) le pourcentage moyen des ressources consacrées à des fins autres que religieuses est de 15,20 %.

Notre première hypothèse est ainsi confirmée puisque les 2/3 des organismes ont affecté 10 % ou moins de leurs ressources à des fins autres qu'exclusivement liées au culte ou à la foi. Cela dit, nous n'avons pas envisagé que plus d'un organisme sur deux aurait déclaré n'investir aucune ressource à des fins autres que religieuses. À notre avis, il est fort probable que certains des organismes ayant consacré une très faible part de leurs ressources à des activités autres que religieuses aient tout simplement décidé d'indiquer 100 % aux domaines religieux. Si notre intuition s'avère juste, ces dernières organisations auraient tout intérêt à divulguer avec précision leur implication, si minime soit-elle, dans les domaines générant un bénéfice public tangible car un tel résultat est pour le moins inquiétant, lorsqu'on l'analyse dans la perspective du financement public considérable qui leur est octroyé.

Dans le but de vérifier notre deuxième hypothèse, à savoir que l'on retrouve une disparité importante parmi les organisations religieuses qui procurent des bénéfices publics tangibles, il y a lieu désormais de focaliser sur les 517 qui déclarent en apporter. Le *Tableau 2* présente quelques statistiques très révélatrices à cet égard :

TABLEAU 2

Statistiques		OBE ayant déclaré des activités non-religieuses
Nombre d'OBE		517
Médiane ⁵⁴		20,00%
Moyenne		30,54%
Écart-type ⁵⁵		28,62%
Coefficient de variation ⁵⁶		0,94
Centiles :	10	5%
	20	10%
	25	10%
	30	10%
	40	15%
	50	20%
	60	25%
	70	30%
	75	40%
	80	50%
	90	90%
	95	100%

54. Quantile : « Dans une série statistique ordonnée, chacune des valeurs qui divisent les éléments de la série statistique en groupes renfermant le même nombre d'éléments. » Chacune des valeurs qui sépare les éléments d'une série statistique en 2 ou en 100 groupes porte respectivement le nom de médiane, ou de centile. » OFFICE QUÉBÉCOIS DE LA LANGUE FRANÇAISE, *Grand dictionnaire terminologique* (GTD), Québec.

55. « Mesure de la dispersion d'un ensemble de données par rapport à leur moyenne, que l'on obtient en calculant la racine carrée du quotient obtenu en divisant la somme des carrés des différences entre chacune des données et leur moyenne arithmétique par le nombre d'observations. » Institut Canadien des Comptables Agréés, 2006. OFFICE QUÉBÉCOIS DE LA LANGUE FRANÇAISE, *Grand dictionnaire terminologique* (GDT), Québec. Un écart-type se rapporte nécessairement à la moyenne. Si la moyenne est exprimée en %, l'écart-type le sera aussi.

On constate, tout d'abord, que le pourcentage moyen des ressources affectées à des bénéfices publics tangibles est de 30,54 %. Alors que 10 % des organisations ont affecté plus de 90 % de leurs ressources à des fins autres que religieuses, on en retrouve, à l'opposé, le tiers en ayant consacré 10 % ou moins. Cette asymétrie est reflétée par le fait que la moyenne et la médiane sont plutôt éloignées l'une de l'autre, alors que ces deux mesures de tendance centrale seraient censées être similaires dans une distribution normale. C'est donc sans surprise que nous retrouvons un coefficient de variation très élevé (0,94), ce qui confirme que le pourcentage attribué par chaque organisme religieux aux activités non exclusivement liées au culte et à la foi est très disparate.

CONCLUSION

Il est bien connu que le statut d'*OBE* conféré aux organismes religieux ne s'explique pas, en droit, par les bénéfices publics tangibles qu'ils procurent. Cela étant, bien qu'ils n'en connaissent pas la teneur, l'ARC et certains auteurs réfèrent encore aux services ou autres formes de contributions offerts par ces organismes pour expliquer, en partie, les privilèges fiscaux importants qui leur sont accordés. De surcroît, dans la mesure où les organisations religieuses furent jadis très actives en matière de prestations ou de financement de services sociaux, il est plausible de croire qu'une portion significative de la population canadienne demeure sous l'impression qu'il en est toujours de même aujourd'hui; surtout lorsqu'on considère que la « charité » est encore bien ancrée dans le discours ou les doctrines de la majorité des religions présentes au Canada.

---

56. Le coefficient de variation est obtenu en divisant l'écart type par la moyenne. Il permet de mesurer l'homogénéité des données d'un échantillon. Plus le coefficient de variation est faible, plus les données sont homogènes et plus la moyenne est alors représentative. On considère qu'un coefficient de variation inférieur à 0,15 indique une bonne homogénéité des données. Au-delà de 0,33, les données sont considérées hétérogènes. Christine SIMARD, *Notions de statistiques*, Sainte-Foy, Le Griffon d'argile, 2002, p. 335.

C'est dans ce contexte qu'il fallait faire le point sur la question. Et les constats, force est d'admettre, sont plus que surprenants. Alors que plus d'un organisme sur deux déclare affecter 100 % de ses ressources à des fins exclusivement religieuses, ils n'investissent, en moyenne, que 15,20 % à d'autres fins. Certaines organisations demeurent très actives en matière sociale mais elles sont bien peu nombreuses. Confronté à ces réalités, dire que l'implication sociale des organisations religieuses ne peut d'aucune façon expliquer les privilèges fiscaux qui leur sont accordés relève du pur truisme. Il s'agissait en fait de l'objectif principal de la présente étude : écarter cet argument du discours.

Malgré ce qui précède, le discours politique (essentiellement utilitariste) considère tous les *OBE*, dont les organismes religieux, comme formant un tout uniforme et univoque. Plus particulièrement, la vocation proprement religieuse de ces organismes de même que leur utilité sociale sont tout simplement éludées lorsque vient le temps, par exemple, de revisiter⁵⁷ ou de bonifier les privilèges fiscaux accordés. Quant à l'ARC, lorsqu'une demande d'enregistrement lui est présentée par un organisme qui se qualifie clairement sous la catégorie « avancement de la religion », elle se limite à appliquer une présomption de bienfait public dont l'origine et le fondement remonteraient au 17^e siècle⁵⁸. Pourtant, l'Agence précise que les bénéfices intangibles sont reconnus « seulement dans le cas où il existe un consensus général clair que l'avantage existe » ou encore s'il s'agit « de bénéfices valables selon une vue commune de l'opinion éclairée ». Retrouve-t-on actuellement au Canada un tel « consensus général clair » où une telle « vue commune » à l'égard des bénéfices intangibles rattachés aux croyances religieuses? Dans l'affirmative, sur quelles preuves ou faits s'appuie-t-on pour tirer pareilles conclusions? Une fois de plus, nulle réponse n'est fournie du moment où la présomption de bienfait public permet d'éluder la question. La jurisprudence canadienne, pour sa part, n'apporte aucun éclaircissement, n'ayant

---

57. Par exemple, voir le *Rapport Broadbent*, préc., note 34.

58. *Supra*, note 27.

pas été appelée à se prononcer sur le sujet⁵⁹. L'analyste est ainsi plongé dans une pénombre politique, administrative et judiciaire au regard des bénéfices publics, tangibles ou intangibles, que l'on attribue aux organismes religieux.

Puisque la religion demeure, dans son essence, une question de doctrine basée sur des croyances personnelles et invérifiables, il est naturel que les opinions divergent au sujet de sa valeur sociale, et partant, du financement public⁶⁰ accordé aux organismes visant son avancement. Selon l'économiste James, l'État choisirait d'ailleurs volontairement la voie de la dépense fiscale (*indirect tax subsidy*) pour financer les activités dont le mérite est le plus susceptible d'être contesté :

I think one of the reasons why we use the indirect tax subsidy approach is that we are a very heterogeneous society. As such, we find it difficult to agree on which functions to subsidize. We could give a lot of examples of organizations where people would greatly disagree whether this was a "public good" or a "public bad". We avoid making these choices explicitly by decentralizing our decision-making. We say, for example, that people vote for an organization by donating to it. Under the indirect tax subsidy approach, that donation is automatically matched by the government in the form of some kind of tax deduction. As we start to exclude or include, to "fence in" or

-
59. La présomption de bienfait public est très bien ancrée dans les pratiques administratives de l'ARC. Ainsi, lorsqu'un organisme vise clairement l'avancement de la religion, il obtient le statut d'OBE sans investigation supplémentaire. Cette réalité limite évidemment le nombre de contentieux.
60. Il appartient par ailleurs aux donateurs de déterminer l'ampleur de ce financement puisqu'il dépend directement du montant de leurs dons. Le gouvernement délègue ainsi, dans une certaine mesure, son pouvoir de dépenser: « By contrast, Professor James recognizes the situations in which the direct subsidy approach has advantages: "It allows the government to decide which organizations should be subsidized." It also permits the government to decide how much to subsidize each function. This indirect tax mechanism (les déductions et crédits d'impôt) that we now use denies government these important decision making powers ». Dans Evelyn BRODY, « Charities in Tax reform: Threats to Subsidies Overt and Covert » (1999) 66 *Tennessee Law Review* 687, 758.

“fence out” certain functions, we are going to have to make explicit collective choices rather than implicit individualistic choices. This may be a much more difficult process – so we simply avoid it by choosing the indirect tax subsidy approach instead of the direct subsidy approach. [t]he activities that continue to depend on donations and tax subsidies are, by definition, those where people disagree about their relative value⁶¹.

De toute évidence, le constat de James convient particulièrement bien au financement de la religion par l’entremise de la dépense fiscale de bienfaisance. Il est souhaitable que la fuite cesse et que la lumière soit faite sur les bénéfices publics qu’on attribue à la religion, ceux-ci constituant le fondement principal du financement public accordé aux *OBE*. Notre étude se veut un pas en ce sens puisqu’elle démontre qu’un argument reposant sur les bénéfices publics tangibles est tout simplement insoutenable.

---

61. Passage tiré de E. BRODY, préc., note 60, 757.

ANNEXE A

ÉLABORATION DE L'ÉCHANTILLON

Pour obtenir le niveau de confiance et l'intervalle de confiance souhaités⁶², 1034 organismes devaient à l'origine être analysés. L'objectif consistant à présenter des résultats représentatifs, la méthode du plan stratifié avec allocation proportionnelle⁶³ a été utilisée. Le plan d'analyse a ainsi été divisé en plusieurs strates, les premières représentant les différentes catégories d'organismes religieux fournies par l'ARC⁶⁴ et les secondes, les provinces. Le *Tableau 1* présente, selon cette stratification, le nombre d'organismes religieux enregistrés au Canada :

---

62. *Supra*, note 13.

63. Hervé MORIN, *Théorie de l'échantillonnage*, Sainte-Foy, PUL, 1993, p. 54-59; Yves TILLÉ, *Théorie des sondages : Échantillonnage et estimation en populations finies*, Paris, Dunod, 2001.

64. *Supra*, note 8.

TABLEAU 165

	CAN	AL	C-B	I-P- E	MAN	N-B	N-E	NUN	ON	QC	SAS	T-N	T-N-O	YU	Autres ⁶⁶
Anglican	1990	152	215	11	116	87	133	5	853	189	113	100	7	8	1
Baptiste	2110	181	260	25	73	266	292	0	753	164	76	12	4	3	1
Luthérien	986	243	115	0	90	5	24	0	292	17	198	0	1	1	0
Baha'is	253	25	80	2	6	11	5	0	88	21	7	3	3	2	0
Mennonite	658	80	129	0	174	4	4	0	157	15	95	0	0	0	0
Bouddhiste	305	34	99	1	7	0	3	0	119	38	4	0	0	0	0
Pentecôte	1383	152	169	6	56	86	45	2	533	132	78	112	10	2	0
Presbytér.	1083	67	122	33	27	40	85	0	630	51	24	4	0	0	0
Catholique	4145	298	216	51	249	207	166	0	1059	1427	366	93	4	9	0
Autres dén.	9681	1832	1431	57	508	213	236	3	3982	834	509	56	8	11	1
Arm. du Salut	306	21	40	2	10	6	17	0	106	9	12	81	1	1	0
Advent. 7 ^e jr	400	72	102	0	2	25	1	0	122	36	31	9	0	0	0
Synagogue	304	8	13	0	12	3	4	0	163	97	3	1	0	0	0
Religion (co)	416	46	65	2	22	6	9	0	136	107	20	3	0	0	0
Église unie	2723	260	193	25	181	142	196	0	1244	130	261	89	1	1	0
Religion (fl.)	187	20	14	2	16	2	2	0	105	23	3	0	0	0	0
Couv./ mon.	487	32	21	1	10	12	11	0	106	275	14	4	0	0	1
OMPE	1990	180	378	3	91	41	42	0	912	242	80	13	2	2	4
Hindou	167	10	16	0	7	3	0	0	119	9	2	1	0	0	0
Org. rel. sac	1877	208	258	9	79	42	43	1	713	432	71	17	1	2	1
Islamiste	253	26	17	1	1	3	3	0	167	30	4	1	0	0	0
Tém. de Jeh.	1551	196	307	5	52	32	47	1	526	280	73	29	2	1	0
Sikhs	153	12	74	0	7	0	1	0	49	7	2	1	0	0	0
TOTAL:	33408	4155	4334	236	1796	1236	1369	12	12934	4565	2046	629	44	43	9

Pour obtenir l'allocation proportionnelle désirée, tous les nombres apparaissant sous la colonne « CAN » ont été divisés par 32,309477, soit le quotient obtenu en divisant 33 408⁶⁷ par 1034⁶⁸,

65. Les dénominations religieuses utilisées par l'ARC sont abrégées. La description complète est fournie à l'annexe A.1.

66. Ces organismes sont situés aux États-Unis.

67. Le nombre total d'organismes classifiés sous « Religion ».

68. L'échantillon.

le tout étant, par la suite, arrondi à la première décimale. La somme de tous ces nombres a donné 1034, ce qui correspondait à l'échantillon désiré. Par la suite, le nombre inclus dans chaque cellule⁶⁹ a été divisé par 32,309477. Ce quotient a été conservé à une décimale près. Les cellules dont le nombre était supérieur à 0,5 restaient intactes, puisqu'elles allaient devenir « 1 » en arrondissant à l'unité. Lorsqu'on retrouvait, à l'intérieur d'une même dénomination religieuse⁷⁰ (Anglican, par exemple), plus d'une cellule comportant chacune moins de 17⁷¹ organismes, nous avons alors vérifié s'il était possible d'effectuer un regroupement de cellules. Un tel regroupement a eu lieu lorsque le total des organismes était supérieur à 17⁷². Afin d'assurer la meilleure représentativité qui soi, la province comportant le plus d'organismes a été choisie pour représenter celles faisant partie d'un regroupement⁷³. L'annexe A.2 fournit le détail de ces regroupements.

Malgré l'étape qui précède, trois catégories demeuraient sous-représentées, soit : « Assemblées de la Pentecôte seulement »⁷⁴, « Organismes missionnaires et propagation de l'Évangile »⁷⁵ et

---

69. Une cellule correspond à un couple organisme/province.

70. Les provinces d'une même confession ont été regroupées plutôt que l'inverse.

71. S'il y en a au moins 17, ce nombre est suffisant pour que le couple organisme/province soit représenté puisque le quotient donne 1 en arrondissant à l'unité ($17 \div 32,309477 = 0,52$, donc 1).

72. *Id.*

73. Prenons l'exemple des paroisses anglicanes dans le *Tableau 1*. Le total des paroisses anglicanes situées dans IPE, NUN, TNO, YU et Autres donne plus de 17. Puisque c'est l'IPE qui en comporte le plus (11), une paroisse anglicane sera analysée dans cette province. Le hasard a fait en sorte que chacune des provinces (sauf le Nunavut et Autres, qui ne contenaient pas suffisamment d'organismes pour être représentés dans cet échantillon) a, à au moins une reprise, été choisie pour représenter les autres à la suite de cette méthode, ce qui permet une meilleure représentativité. Voir l'Annexe A.2.

74. Elle devait en compter 43 ($1383 \div 32,309477$) (voir *Tableau 1*) et la somme des cellules donnait 42.

75. Elle devait en compter 62 ($1990 \div 32,309477$) et la somme des cellules donnait 61.

« Organismes religieux, s.a.c. »⁷⁶. Nous avons donc ajouté un organisme dans la province dans laquelle la partie décimale du nombre était le plus près de 0,5⁷⁷.

Toutes les cellules, y compris les regroupements, ont été arrondies à l'unité. Le total est passé de 1034 à 1039⁷⁸, soit plus d'organismes analysés que l'échantillon initialement requis. Après ces étapes, l'échantillon obtenu, selon le plan stratifié avec allocation proportionnelle, était le suivant :

-
76. Elle devait en compter 58 ($1877 \div 32,309477$) et la somme des cellules donnait 56.
77. Pour « Assemblées de la Pentecôte seulement », un organisme a été ajouté en Ontario, pour « Organismes missionnaires et propagation de l'Évangile », un organisme a été ajouté au Québec et pour « Organismes religieux, s.a.c. », un organisme a été ajouté en Alberta et un autre au Manitoba.
78. « Congrégations luthériennes », « Autres dénominations, congrégations ou paroisses », « Temples de l'armée du Salut », « Congrégation de l'Église unie » et « Congrégations des témoins de Jéhovah » sont très légèrement surreprésentés, à l'échelle canadienne, comptant chacun un organisme de plus. Pour ne pas nous éloigner de la méthodologie adoptée ou discriminer arbitrairement entre provinces, nous avons préféré conserver ce résultat offert par le hasard.

TABLEAU 2

	CAN	AL	C-B	I- P- E	MAN	N-B	N-É	NUN	ON	QC	SAS	T-N	T- N- O	YU	Autres
Anglican	62	5	7	1	4	3	4	0	26	6	3	3	0	0	0
Baptiste	65	6	8	1	2	8	9	0	23	5	2	1	0	0	0
Luthérien	32	8	4	0	3	0	1	0	9	1	6	0	0	0	0
Baha'is	8	1	2	0	0	1	0	0	3	1	0	0	0	0	0
Mennonite	20	2	4	0	5	0	0	0	5	1	3	0	0	0	0
Bouddhiste	9	1	3	0	0	0	0	0	4	1	0	0	0	0	0
Pentecôte	43	5	5	0	2	3	1	0	17	4	2	3	1	0	0
Presbytér.	34	2	4	1	1	1	3	0	19	2	1	0	0	0	0
Catholique	128	9	7	2	8	6	5	0	33	44	11	3	0	0	0
Autres dén.	301	57	44	2	16	7	7	0	123	26	16	2	0	1	0
Arm. du Salut	10	1	1	0	0	0	1	0	3	0	1	3	0	0	0
Advent. 7 ^e jr	12	2	3	0	0	1	0	0	4	1	1	0	0	0	0
Synagogue	9	0	1	0	0	0	0	0	5	3	0	0	0	0	0
Religion (co)	13	1	2	0	1	0	1	0	4	3	1	0	0	0	0
Église unie	85	8	6	1	6	4	6	0	39	4	8	3	0	0	0
Religion (fi.)	6	1	0	0	1	0	0	0	3	1	0	0	0	0	0
Couv./ mon.	15	1	1	0	0	0	0	0	3	9	1	0	0	0	0
OMPE	62	6	12	0	3	1	1	0	28	8	2	1	0	0	0
Hindou	5	1	0	0	0	0	0	0	4	0	0	0	0	0	0
Org. rel. sac	58	7	8	0	3	1	1	0	22	13	2	1	0	0	0
Islamiste	8	1	1	0	0	0	0	0	5	1	0	0	0	0	0
Tém. de Jeh.	49	6	10	0	2	1	2	0	16	9	2	1	0	0	0
Sikhs	5	1	2	0	0	0	0	0	2	0	0	0	0	0	0
TOTAL :	1039	132	135	8	57	37	42	0	400	143	62	21	1	1	0

ANNEXE A.1

**DÉNOMINATIONS DES ORGANISMES RELIGIEUX
(SELON LA CLASSIFICATION ET L'ORDRE DE L'ARC)**

Rang	Dénominations
1	Paroisses anglicanes
2	Congrégations baptistes
3	Congrégations luthériennes
4	Groupes religieux baha'is
5	Congrégations Mennonites
6	Groupes religieux bouddhistes
7	Assemblées de la Pentecôte seulement
8	Congrégations presbytériennes
9	Paroisses catholiques romaines et chapelles
10	Autres dénominations, congrégations ou paroisses
11	Temples de l'armée du Salut
12	Congrégations Adventiste du Septième Jour
13	Synagogues
14	(Religion) Corporations de bienfaisance
15	Congrégation de l'Église unie
16	(Religion) Fiducies de bienfaisance
17	Couvents et monastères
18	Organismes missionnaires et propagation de l'Évangile
19	Groupes religieux hindous
20	Organismes religieux, s.a.c.
21	Groupes religieux islamiques
22	Congrégations des témoins de Jéhovah
23	Groupes religieux Sikhs

ANNEXE A.2**REGROUPEMENTS D'ORGANISMES**

Catégorie	Provinces regroupées	Province choisie
Paroisses anglicanes	I-P-E, T-N-O, YU et Autres	I-P-E
Congrégations baptistes	TN, TNO, YU et Autres	T-N
Groupes religieux baha'is	I-P-E, MAN, N-B, N-É, SAS, T-N, T-N-O et YU	N-B
Congrégations mennonites	N-B, N-É et QC	QC
Assemblées de la Pentecôte seulement	I-P-E, NUN, T-N-O et YU	T-N-O
Autres dénominations, congrégations ou paroisses	NUN, T-N-O, YU et Autres	YU
Temples de l'armée du Salut	I-P-E, MAN, N-B, QC, SAS, T-N-O et YU	SAS
Synagogues	AL, C-B, MAN, N-B, N-É, SAS et T-N-O	C-B
(Religion) Corporations de bienfaisance	I-P-E, N-B, N-É et T-N	N-É
(Religion) Fiducies de bienfaisance	C-B, I-P-E, MAN, N-B, N-É et SAS	MAN
Couvents et monastères	I-P-E, MAN, N-B, N-É, SAS, T-N et Autres	SAS
Organismes missionnaires et propagation de l'Évangile	I-P-E, T-N, T-N-O, YU et Autres	T-N
Groupes religieux hindous	AL, MAN, N-B, QC, SAS et T-N	AL
Groupes religieux Sikhs	AL, MAN, N-É, QC, SAS et T-N	AL

ANNEXE B

SÉLECTION DES ORGANISMES ÉTUDIÉS

I. *Pour les cellules du Tableau 1 comportant au moins 32 organismes*

Pour la première cellule⁷⁹ (Paroisses anglicanes en Alberta), la première congrégation selon l'ordre alphabétique a été étudiée. Ensuite, chaque 32^e congrégation sur la liste a été analysée⁸⁰, jusqu'à ce que toutes les congrégations requises aient été étudiées. Pour la deuxième cellule (Paroisses anglicanes en Colombie-Britannique), l'étape 1 s'est répétée, mais l'analyse commence par le deuxième organisme selon l'ordre alphabétique. Ce processus s'est poursuivi pour chaque cellule. Si le compte de 32 congrégations mène à la fin de la liste, il se poursuit au début de celle-ci (*Séquence*)⁸¹.

---

79. Il s'agit des cellules dont le nombre d'organismes à analyser n'est pas nul.

80. Ce nombre provient du fait que l'échantillon contient environ 32 fois moins de congrégations qu'en réalité.

81. Afin d'éviter les irrégularités de sélection pouvant résulter d'une erreur de calcul, la liste des organisations religieuses qui apparaît dans le site web de l'ARC à l'égard de chacune des cellules a été copiée et insérée dans un tableur Excel. Par la suite, un « x » a été inséré à l'avant de la première organisation devant être sélectionnée. Cette cellule du tableau ainsi que les 31 cellules suivantes ont été sélectionnées subséquentement. Cette fonction a permis d'identifier automatiquement les organisations devant être étudiées (1^{ère}, 32^{ième}, 63^{ième}, etc., ou encore 2^{ième}, 33^{ième}, 64^{ième}, etc.). En suivant le lien inclus dans le nom de l'organisme, il a été possible d'obtenir le numéro d'enregistrement de chacun et de l'insérer à l'intérieur d'un nouveau tableur Excel dans lequel toutes les données pertinentes et nécessaires, à l'égard de chaque organisme étudié, ont été inscrites dans une grille générale de données. L'Annexe C présente les informations inscrites dans cette grille de données.

II. Pour les cellules du Tableau 1 comportant moins de 32 organismes (arrondies à la hausse)

Lorsqu'une cellule a été arrondie à la hausse lors de la confection de l'échantillon⁸², il est arrivé qu'il n'y ait aucun organisme qui occupait le rang qui lui avait été attribué selon la *Séquence*⁸³. Cela s'est à l'occasion produit dans les situations de provinces regroupées ou encore lorsque la cellule contenait entre 17 et 31 organismes⁸⁴. Pour pallier cette difficulté, le compte s'est poursuivi au début de la liste jusqu'à ce qu'un organisme occupe le rang requis⁸⁵.

ANNEXE C

COLLECTE DES DONNÉES ET LOGICIEL D'ANALYSE UTILISÉ

I. Les exercices analysés

Les données étudiées proviennent des *Déclarations de renseignements* des organismes pour leur exercice se terminant en 2011⁸⁶ ou en 2010, la plus récente étant choisie. Lorsque la

---

82. Voir *Tableau 1*.

83. Par exemple, la cellule Congrégations baptistes/T-N est 20^e selon la *Séquence*, les cellules dont le nombre est nul n'étant pas comptées. Voir note 79. Dans cette cellule, on ne retrouve, cependant, que 12 organismes (voir *Tableau 1*).

84. Dans ces situations, la cellule était représentée par un organisme à la suite de l'arrondissement à l'unité.

85. Reprenons l'exemple des Congrégations baptistes de Terre-Neuve (*supra*, note 83). L'organisme occupant le 20^{ième} rang devait être analysé. Comme il n'y en a que 12 dans cette cellule, le 8^{ième} a été sélectionné, les 12 présents ayant été compté une première fois et les 8 premiers une seconde fois pour un total de 20.

86. La collecte des données s'étant déroulée du 4 août 2012 au 29 août 2012, toutes les *Déclarations de renseignements* pour un exercice se terminant en 2011 auraient dû être disponibles. Le paragraphe 149.1(14) *LIR* prescrit, en effet, qu'un délai de 6 mois - suivant la fin de son « année d'imposition » (paragraphe 149.1(14) *LIR*) - est accordé à un *OBE* pour produire sa déclaration de renseignements. Le paragraphe 149.1(1) *LIR* indique, d'autre part, que l'année d'imposition d'un *OBE* correspond à son « exercice ». Le terme « exercice » est, par ailleurs, défini à l'article 249.1

Déclaration de renseignements pour un exercice se terminant en 2012 était disponible⁸⁷, elle n'a pas été sélectionnée puisque nous désirions présenter un portrait qui ne s'échelonne pas sur une trop longue période de temps. Si, pour une raison ou une autre, la *Déclaration de renseignements* de 2011 ou de 2010 n'était pas disponible, l'organisation suivante de la liste alphabétique a été étudiée, mais la *Séquence* n'a pas été décalée pour autant.

II. Confection de la grille de données et logiciel utilisé

À l'aide d'un tableur *Excel*, une grille générale de données (« *Grille de données* ») a été confectionnée. Le numéro d'enregistrement de chaque organisme sélectionné en vertu de l'échantillon (annexes A et B) y a été inscrit ainsi que l'information décrite à la section III de la présente annexe. Le logiciel *Social Package for the Social Sciences* (« *SPSS* ») d'IBM a été utilisé pour l'analyse et l'interprétation des données. Une fois les données compilées dans le document *Excel*, le fichier a été adapté afin de pouvoir les importer dans le logiciel d'analyse statistique. Une inspection de la base de données a alors été effectuée afin de s'assurer que l'importation s'était bien effectuée et que les données étaient dans le bon format pour être lues par le logiciel. Le calculateur de variables a ensuite été utilisé pour chiffrer de nouvelles variables qui sont une combinaison de certaines données primaires obtenues en étudiant les *Déclarations de renseignements* des organismes. Enfin, le calculateur d'effectif et d'analyse descriptive inclus dans le logiciel a été utilisé pour obtenir les résultats qui sont présentés, ainsi que pour générer certains graphiques.

LIR, duquel on peut conclure qu'un *OBE* peut choisir la fin de son exercice financier. Ainsi, en ce qui concerne tout exercice se terminant en 2011, toutes les *Déclarations de renseignement* auraient dû être disponibles, car le délai de production le plus tardif pour cet exercice était le 30 juin 2012 (6 mois après une fin d'exercice se terminant le 31 décembre 2011), mais ce ne fut pas le cas. 760 *Déclarations* de renseignements provenaient de l'exercice 2011 et 279 de l'exercice 2010.

87. Ce qui n'était pratiquement jamais le cas.

III. Données relatives aux domaines d'activité

Les 9 codes de domaine fournis par l'ARC ont été retranscrits dans la *Grille de données* en 9 colonnes distinctes. Nous avons restreint notre analyse aux 9 domaines généraux d'activité, de sorte que les sous-domaines (71 au total), sauf le sous code du domaine E5 qui devait être isolé pour nuancer les conclusions, n'ont pas été considérés individuellement. Cela aurait rendu l'analyse beaucoup trop fastidieuse, sans pour autant apporter de renseignements utiles et pertinents pour nos fins. Lorsqu'un organisme a indiqué plusieurs sous codes de domaine, ceux faisant partie du même code de domaine général ont été regroupés. Les pourcentages attribués par les organismes à chacun des domaines ont par la suite été insérés dans la *Grille de données*.

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : DES CONTOURS DE L'INTÉRÊT DE L'ENFANT À SON
INSTRUMENTALISATION : EXEMPLE D'UNE RÉFORME ANNONCÉE
EN MATIÈRE D'ADOPTION

Auteur(s) : Andréanne MALACKET

Revue : *RDUS*, 2014, volume 44, numéro 2-3

Pages : **569-617**

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/10203>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/10203>

Page vide laissée intentionnellement.

DES CONTOURS DE L'INTÉRÊT DE L'ENFANT À SON INSTRUMENTALISATION : EXEMPLE D'UNE RÉFORME ANNONCÉE EN MATIÈRE D'ADOPTION

par Andréanne MALACKET *

Paradigme du droit familial, l'intérêt de l'enfant est un concept dont les contours sont difficiles à cerner, ou en d'autres termes, à caractère « polymorphe ». D'une part, le présent article a pour objet de mieux délimiter la portée du principe dans un contexte d'adoption, et ce, au moyen d'un bref examen de ses paramètres historiques, de ses fondements supra-législatifs et de ses principaux critères de définition. D'autre part, l'article vise à illustrer l'instrumentalisation dont l'intérêt de l'enfant peut faire l'objet vu sa nature polymorphe. En effet, c'est au moyen d'une critique empirique, à la fois descriptive et objective, que les discours tenus par les ordres professionnels et les groupes de pression lors des consultations publiques menées par la Commission des institutions de l'Assemblée nationale du Québec au sujet de l'avant-projet de Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives en matière d'adoption et d'autorité parentale sont examinés. Ces discours démontrent que, dans ce contexte, l'intérêt de l'enfant est instrumentalisé, étant tantôt utilisé comme paravent au profit du corporatisme « professionnel », tantôt détourné au service de missions sociales.

A family law paradigm, the child's interest is a notion the limits of which are difficult to circumscribe, or in other words, a notion of a "polymorphous" nature. On the one hand, the present article seeks to better define the core of the notion in the context of adoption through a brief analysis of its historical parameters, its supra-legal foundations and its main definitional attributes. On the other hand, this article aims to illustrate the instrumentalisation of this notion, given its polymorphous character. Indeed, by means of empirical criticism, both descriptive and objective, the presentations made by professional orders and pressure groups at the public hearings held by the Committee on Institutions of the National Assembly of Québec with respect to the draft bill of the Act to amend the Civil Code and other legislative provisions as regards adoption and parental authority are examined. These presentations demonstrate that, in this context, the child's interest is instrumentalised, at times to the benefit of professional corporatism, and at others, as a means of serving social purposes.

---

* . L'auteure est avocate, doctorante et chargée de cours à la Faculté de droit de l'Université de Montréal. Le présent texte est inspiré de ses travaux de maîtrise, pour lesquels elle s'est valu le prix Henri Capitant, décerné par l'Association Henri Capitant pour le meilleur mémoire de maîtrise en droit privé en 2011 : Andréanne MALACKET, *L'intérêt de l'enfant : notion polymorphe susceptible d'instrumentalisation ou de détournement. L'exemple de l'avant-projet de Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives en matière d'adoption et d'autorité parentale*, mémoire de maîtrise, Montréal, Faculté des études supérieures et postdoctorales, Université de Montréal, 2010, en ligne : <https://papyrus.bib.umontreal.ca/xmlui/bitstream/handle/1866/4837/Malackett_Andreanne_2010_memoire.pdf?sequence=2> (consulté le 4 février 2015); Andréanne MALACKET, *L'intérêt de l'enfant : instrumentalisation d'une notion polymorphe? L'exemple québécois de l'avant-projet de Loi modifiant le Code civil en matière d'adoption et d'autorité parentale*, Sarrebruck (Allemagne), Presses académiques francophones, 2014.

SOMMAIRE

Introduction	571
 1. Des contours de l'intérêt de l'enfant	574
1.1 De l'intérêt de l'enfant : clin d'œil historique	574
1.2 De quelques réflexions sur les fondements supra-législatifs de l'intérêt de l'enfant	580
1.3 D'un survol des critères de définition de l'intérêt de l'enfant	584
 2. De l'instrumentalisation de l'intérêt de l'enfant	589
2.1 Un paravent au profit du corporatisme « professionnel »	594
2.2 Une justification au service de missions sociales	599
2.2.1 La vérité biologique détournée	600
2.2.2 La théorie de l'attachement instrumentalisée	605
2.2.3 La défense de finalités étrangères	611
 Conclusion	613

Introduction

Le droit de la famille québécois est un domaine en constante ébullition, où l'empreinte laissée par le passage des changements sociaux est souvent remarquable. Ainsi, il aura connu de profonds bouleversements depuis la Révolution tranquille, s'efforçant de répondre aux besoins créés par une époque de renouveau. Depuis lors, les réformes du droit de la famille se sont succédées à un rythme effréné, en réponse aux transformations sociétales et familiales qui sont survenues¹. En effet, alors que les rapports hommes-femmes se sont libéralisés et que les modes de vie conjugale se sont diversifiés, les concepts de puissance maritale et paternelle ont été abrogés par le législateur en 1964 et en 1977². En outre, depuis 1980, les règles du droit positif en matière familiale ont été fondamentalement remaniées³, laissant désormais place à l'égalité⁴. D'une part, l'avènement de mesures législatives comme celles portant sur le patrimoine familial⁵, destinées à

-
1. Pour un historique intéressant, voir : Renée JOYAL, « La filiation homoparentale, rupture symbolique et saut dans l'inconnu. Quelques réflexions à la lumière de l'évolution récente du droit de la filiation », dans Pierre-Claude LAFOND et Brigitte LEFEBVRE (dir.), *L'union civile : nouveaux modèles de conjugalité et de parentalité au 21^e siècle*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2002, p. 307. Au sujet des transformations de la famille, voir : Marie-Blanche TAHON, *La famille désinstituée. Introduction à la sociologie de la famille*, Ottawa, Presses de l'Université d'Ottawa, 1995.
  2. *Loi sur la capacité juridique de la femme mariée*, S.Q. 1964, c. 66, entrée en vigueur le 1^{er} juillet 1964 en vertu de l'article 28 de cette loi; *Loi modifiant le Code civil*, L.Q. 1977, c. 72, entrée en vigueur le 17 novembre 1977 en vertu de l'article 11 de cette loi.
  3. À ce sujet, voir : *Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille*, L.Q. 1980, c. 39.
  4. Andréanne MALACKET et Alain ROY, « Regards croisés sur la filiation homoparentale d'un enfant né d'une procréation assistée en droit québécois et comparé », dans Claudine PARENT et al. (dir.), *Visages multiples de la parentalité*, Québec, Presses de l'Université du Québec, 2008, p. 387, à la page 389.
  5. *Loi modifiant le Code civil du Québec et d'autres dispositions législatives afin de favoriser l'égalité économique des époux*, L.Q. 1989, c. 55. En matière de prestation compensatoire et de succession, voir : *Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille*, préc., note

rehausser la protection de la femme mariée en cas de rupture conjugale, a profondément modifié les rapports pécuniaires entre époux en favorisant l'atteinte d'une certaine égalité économique entre eux advenant séparation. D'autre part, la légitimation de la famille par le lien matrimonial n'a – en principe – plus cours⁶, tous les enfants dont la filiation est établie se voyant reconnaître les mêmes droits peu importe les circonstances de leur naissance⁷.

En outre, la réforme du droit familial de 1980 aura marqué l'incorporation du principe de l'intérêt de l'enfant en droit commun québécois⁸. Ce principe se présente de nos jours comme le nouveau paradigme du droit familial, du moins prétendument. Ainsi, le législateur s'est-il réclamé de cette notion pour mener à terme ou pour entamer certaines réformes importantes en matière de filiation⁹. Or, l'intérêt de l'enfant, par son essence, est une notion dont les contours sont difficiles à cerner. En cela, sa nature lui confère un caractère « polymorphe », s'agissant d'un concept évolutif englobant et à caractère variable, dont le contenu n'est pas

---

3, art. 1 et 33, introduisant les articles 533, 559 C.c.Q. (1980) et 735.1 C.c.B.C.

6. Marie PRATTE, « Les nouvelles règles relatives à la filiation », (1982) 13 R.G.D. 159, 174.

7. Art. 594 C.c.Q. (1980); art. 522 C.c.Q.

8. Art. 30 C.c.B.C.; art. 33 C.c.Q.

9. Par exemple, pensons à la *Loi instituant l'union civile et établissant de nouvelles règles de filiation*, L.Q. 2002, c. 6, entrée en vigueur le 24 juin 2002 en vertu de l'article 245 de cette loi. La réforme induite par cette loi permet en effet aux couples homosexuels d'adopter un enfant, en plus d'admettre la création d'une filiation « bimaternelle » d'origine entre un enfant et un couple lesbien, et ce, par le simple recours aux méthodes de procréation assistée. De fait, le législateur justifia son intervention législative par l'intérêt de l'enfant à l'égard des questions touchant la filiation. Voir : QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats. Commissions parlementaires*, Commission des institutions, 2^e sess., 36^e légis., vol. 37, n^o 49, 21 février 2002, « Consultation générale sur l'avant-projet de loi instituant l'union civile des personnes de même sexe et modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives, ainsi qu'à l'égard du document de consultation *Pour un traitement égalitaire, l'union civile* », en ligne : <<http://www.assnat.qc.ca/de/travaux-parlementaires/commissions/ci-36-2/journal-debats/CI-020221.html>> (consulté le 4 février 2015).

formellement défini. Par son essence, ce caractère est de nature à simplifier le travail du législateur, les réformes étant en effet plus aisées à justifier au moyen d'un concept perméable, d'un principe dont nous soutenons qu'il est susceptible de détournement.

Aussi, ce texte vise-t-il d'abord à dégager brièvement les contours de l'intérêt de l'enfant dans un contexte d'adoption, au moyen d'un examen succinct de ses paramètres historiques, de ses fondements supra-législatifs et de ses principaux critères de définition. Ce survol effectué, nous nous attarderons ensuite à l'instrumentalisation dont l'intérêt de l'enfant peut faire l'objet considérant sa qualité « polymorphe », ne s'agissant toutefois pas de défendre une conception de l'intérêt de l'enfant plutôt qu'une autre. En effet, c'est au travers d'une critique empirique, à la fois descriptive et objective, que les discours tenus par les ordres professionnels et les groupes de pression devant la Commission des institutions de l'Assemblée nationale du Québec au sujet de l'avant-projet de *Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives en matière d'adoption et d'autorité parentale*¹⁰ sont examinés. Convient-il d'ailleurs de préciser que la présentation, en 2013, du Projet de loi 47¹¹, comme suite à l'avant-projet de loi, n'a fait que rehausser le caractère toujours actuel du débat que nous souhaitons mettre en lumière au sujet de l'instrumentalisation de l'intérêt de l'enfant, un nouveau projet de loi étant d'ailleurs attendu.

---

10. 1^{re} sess., 39^e légis. (Qc).

11. *Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives en matière d'adoption, d'autorité parentale et de divulgation de renseignements*, projet de loi n^o 47 (présentation – 14 juin 2013), 1^{re} sess., 40^e légis. (Qc). Ce projet de loi est mort au feuilletton vu le déclenchement des élections au printemps 2014. Il est toutefois à prévoir que ce projet de loi connaisse une suite. Notons en outre que le projet de loi 47 a été précédé du Projet de loi 81, aussi mort au feuilletton vu le déclenchement des élections à l'été 2012. À ce dernier sujet, voir : *Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives en matière d'adoption et d'autorité parentale*, projet de loi n^o 81 (présentation – 13 juin 2012), 2^e sess., 39^e légis. (Qc).

1. Des contours de l'intérêt de l'enfant

1.1 De l'intérêt de l'enfant : clin d'œil historique

Les contours de l'intérêt de l'enfant sont ardues à définir. Le principe est en effet susceptible de « se présenter sous des formes différentes »¹² et comporte des facettes multiples, d'où sa qualité « polymorphe »¹³. Certes, a-t-il ainsi l'avantage de pouvoir s'adapter, au moment de l'exercice d'interprétation auquel le législateur nous convie, aux situations les plus complexes, de manière à offrir à l'enfant la latitude nécessaire suivant les circonstances et le contexte auquel il fait face. Or, la qualité polymorphe de l'intérêt de l'enfant suppose également une rencontre, parfois périlleuse, au cœur des méandres de l'imprécision. C'est en cela que la notion s'est vue affublée d'épithètes aussi grossières que « serpent de mer juridique », « tarte à la crème » ou « coquille vide »¹⁴, voire même « magma visqueux »¹⁵.

-
12. Josette REY-DEBOVE et Alain REY (dir.), *Le Petit Robert. Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, nouvelle édition millésime 2011, Paris, Dictionnaires Le Robert - SEJER, 2010, p. 1958.
  13. Dans cette veine, l'auteure Luce Bourassa précise que « [l]a notion d'intérêt constitue une notion cadre, à géométrie variable, polyvalent et polymorphe ». Voir : Luce BOURASSA, *La parole de l'enfant en matière de garde*, Markham, LexisNexis Canada, 2007, p. 53. Voir aussi : Julie LADOUCEUR, « D'esclave à roi, l'évolution de la protection de l'enfant », dans *La protection de l'enfant : évolution*, Prix Charles-Coderre 1998, Sherbrooke, Éditions Revue de Droit Université de Sherbrooke, 1999, p. 128, à la page 189.
  14. Telles sont les épithètes utilisées par la professeure Lavallée : Carmen LAVALLÉE, *L'enfant, ses familles et les institutions de l'adoption. Regards sur le droit français et québécois*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2005, n° 334, p. 269.
  15. Telles ont été les épithètes utilisées par le professeur Alain ROY le 5 décembre 2013 à l'occasion de la conférence intitulée « L'intérêt de l'enfant » organisée par la Chaire Jean-Louis-Baudouin dans le cadre du cycle de conférences « Les Grands classiques du droit civil » à la Faculté de droit de l'Université de Montréal.

En droit de la famille québécois, l'intérêt de l'enfant demeure néanmoins le « paradigme du nouveau siècle »¹⁶. Utilisé tant par les universitaires que par les magistrats, les juristes, les travailleurs sociaux, les politiciens et les groupes de pression, l'intérêt de l'enfant constitue aujourd'hui – du moins en apparence – la pierre angulaire de toute décision mettant en cause le développement, et la vie d'un enfant. Or, l'affirmation du principe aura été la suite de longues transformations sociales, progressivement traduites dans nos règles de droit.

En effet, ce n'est qu'après la Révolution française que les premières législations destinées à la protection des enfants voient le jour, par le truchement, notamment, de lois relatives au travail des enfants et à l'école obligatoire¹⁷. Il faut toutefois savoir que ces législations visaient davantage la protection de « l'intérêt de l'enfance », soit l'intérêt d'une population enfantine au sens général, plutôt que l'intérêt de l'enfant en tant que sujet de droit. Aussi, aura-t-il fallu attendre le XIX^e siècle pour voir apparaître les premières législations visant la défense des enfants en tant qu'individus¹⁸. Dès lors, l'histoire devint témoin de ce glissement¹⁹, affirmé de façon de plus en plus vigoureuse, vers le principe de l'intérêt de l'enfant.

Ainsi, au Québec, l'honorable Pierre-Basile Mignault affirmait, en 1895, que la puissance paternelle était au premier chef organisée pour « le plus grand avantage de l'enfant »²⁰. En outre, la

---

16. Notre qualificatif est inspiré du titre de l'article suivant : Benoît MOORE, « Les enfants du nouveau siècle (libres propos sur la réforme de la filiation) », dans S.F.P.B.Q., vol. 176, *Développements récents en droit familial* (2002), Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 75.

17. C. LAVALLÉE, préc., note 14, n° 319, p. 259. Voir aussi : Jacqueline RUBELLIN-DEVICHI, « Le principe de l'intérêt de l'enfant dans la loi et la jurisprudence françaises », JCP éd. G. 1994.I.3739.

18. C. LAVALLÉE, préc., note 14, n° 319, p. 260.

19. Nous reprenons l'expression de l'honorable L'Heureux-Dubé dans l'arrêt *Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3, 35.

20. Pierre-Basile MIGNAULT, *Le droit civil canadien*, t. 2, Montréal, C. Théorêt, 1896, p. 141. L'honorable Pierre-Basile Mignault affirmait également l'importance de l'intérêt de l'enfant en matière d'attribution de garde lors

prise en compte du principe de l'intérêt de l'enfant s'est également manifestée dans la jurisprudence de l'époque, abondante surtout en matière de garde²¹. En 1925, la Cour suprême du Canada s'attacha, dans l'arrêt *Stevenson c. Florant*²², à définir l'intérêt de l'enfant, s'en remettant alors aux désirs des parents légitimes, au droit naturel²³, à des considérations d'ordre religieux et à l'honneur de grandir au sein de sa famille d'origine. Aussi, le plus haut tribunal révélait-il une définition de l'intérêt de l'enfant qui laissait plutôt transparaître la prééminence de la puissance paternelle. Les motifs de l'arrêt *Dugal c. Lefebvre*²⁴, rendu quelques années plus tard, confirmèrent toutefois que tout en s'affirmant avec la vigueur de l'époque, le concept de puissance paternelle n'était pas absolu,

---

d'une séparation de corps : « [l]e plus grand avantage des enfants, voilà ce qui guidera toujours la discrétion laissée à la cour. » Voir : Pierre-Basile MIGNAULT, *Le droit civil canadien*, t. 2, Montréal, C. Théorêt, 1896, p. 36. Dans la même veine, Langelier observait qu'il fallait tenir compte de l'avantage des enfants, de leur intérêt, dans l'octroi de la garde lors d'une séparation de corps. Voir : François LANGELIER, *Cours de droit civil de la province de Québec*, t. 1, Montréal, Wilson & Lafleur, 1905, p. 358.

21. Ethel GROFFIER-ATALA, « De la puissance paternelle à l'autorité parentale », (1977) 8 R.G.D. 223, 225 et 226.
22. [1925] R.C.S. 532, 548, conf. par *Stevenson c. Florant*, [1927] A.C. 211. La Cour suprême, sous la plume du juge Rinfret, s'exprima ainsi : « L'intérêt de l'enfant, qu'il faut prendre en considération, son bien-être, ne réside pas surtout dans le confort matériel, mais dans les soins et l'affection paternels, dans les avantages de l'éducation familiale et religieuse. Le chagrin passager que l'enfant va, sans doute, ressentir en laissant ceux avec qui il a vécu et qui furent bons pour lui, et en changeant d'entourage, ne saurait se comparer à la satisfaction permanente et au bonheur solide qu'il ne tardera pas à éprouver en réalisant qu'il est désormais chez lui, dans sa demeure, par droit de naissance et non plus en vertu de la bienfaisance d'un étranger qui n'a pas envers lui d'obligation légale; en grandissant dans l'honneur et le respect pour ses parents (art. 242 C.C.), à l'ombre de leur autorité (arts. 243 et seq). C'est là l'intérêt bien compris de l'enfant d'accord avec celui de la famille et de l'état. » Il semble toutefois que d'autres décisions, des juridictions inférieures, aient été rendues bien avant cet arrêt. Voir : *Cooper c. Tanner*, (1863) 8 L.C.J. 113; *Riley c. Grenier*, (1888) 33 L.C.J. 1; *Bleau c. Petit*, (1902) 6 R.P. 353; *Smith c. Copping*, (1923) 34 B.R. 412.
23. À ce sujet, voir : *Moquin c. Turgeon*, (1912) 42 C.S. 232; *Marshall c. Fournelle*, (1926) 40 B.R. 391.
24. [1934] R.C.S. 501, 511.

la notion d'intérêt de l'enfant n'appelant pas une définition immuable et devant parfois céder le pas à l'autorité du parent. D'ailleurs, l'arrêt *Taillon c. Donaldson*²⁵, rendu en 1953, démontre bien ce déchirement éprouvé entre « puissance paternelle » et « intérêt de l'enfant »²⁶.

En outre, il est évident qu'au moment de se pencher sur l'intérêt de l'enfant, la Cour suprême du Canada a subi l'influence du droit anglais. En effet, la paternité du concept d'intérêt de l'enfant peut être attribuée au législateur anglais²⁷, ce dernier ayant, pour la toute première fois en 1925, consacré la notion dans un texte de loi. Ainsi, le *Guardianship of Infants Act, 1925*²⁸, édicté dans le but de consacrer le principe de l'égalité des pères et mères eu égard aux décisions relatives aux enfants, portait sur la garde et le mariage des enfants; il faisait mention du concept de « welfare of the infant » à ses articles 1, 5(4) et 6. Aussi, le législateur anglais aura-t-il influencé les législations des provinces canadiennes-anglaises, les juges de la Cour suprême du Canada ayant par la

---

25. [1953] 2 R.C.S. 257.

26. Alors que les cinq juges du quorum partagent l'opinion que l'intérêt de l'enfant « must be the paramount consideration », leurs conclusions sont diamétralement opposées. On sent ainsi, dans les opinions des deux juges minoritaires – francophones – la prévalence de la puissance paternelle et de la famille comme entité fondamentale, alors que l'intérêt de l'enfant paraît être l'appui ultime des juges majoritaires – anglophones – les obligeant à ne pas limiter la discrétion du juge des faits, ce dernier ayant été d'avis que les parents légitimes de l'enfant s'étaient désintéressés de lui. À ce sujet, voir la critique suivante : Louis BAUDOUIN, « Puissance paternelle », (1954) 14 *R. du B.* 479, 480, 484 et 485.

27. Élane DEMERS et Andrée RUFFO, « La genèse du concept de l'autorité parentale et de l'intérêt de l'enfant en droit civil français et québécois », dans H. Patrick GLENN (dir.), *Droit québécois et droit français : communauté, autonomie, concordance*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1993, p. 263, aux pages 282 et 283; Isabelle SAUVÉ, « L'autorité parentale : un droit ou un devoir... pour qui? », dans *L'autorité parentale : un droit ou un devoir... pour qui?*, Prix Charles-Coderre 1984, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1985, p. 123, à la page 149; Mauricette CRAFFE, *La puissance paternelle en droit anglais. Évolution historique. Sources traditionnelles*, Paris, L.G.D.J., 1971, p. 105 et 127-135.

28. 15 & 16 Geo. V, c. 45 (R.-U.).

suite intégré, à l'occasion de requêtes en *habeas corpus*, la notion au droit civil québécois, dont la conception familiale s'opposait de prime abord à la conception davantage individualiste représentée dans la législation anglaise²⁹. D'ailleurs, soulignons que de façon très contemporaine à l'adoption du *Guardianship of Infants Act*, 1925³⁰, la Cour suprême du Canada aura tranché le litige dans l'affaire *Stevenson c. Florant*³¹ en s'appuyant sur l'intérêt de l'enfant.

Enfin, dans la législation québécoise à caractère familial, le principe de l'intérêt de l'enfant s'était également illustré, notamment à l'article 200 du *Code civil du Bas-Canada*³², à l'article 7 de la *Loi concernant l'adoption*³³ de 1924, puis à partir des années 1960 à l'article 2 de la *Loi sur l'adoption* de 1969³⁴, à l'article 3 de

---

29. I. SAUVÉ, préc., note 27, à la page 149.

30. *Guardianship of Infants Act*, préc., note 28.

31. *Stevenson c. Florant*, préc., note 22.

32. De 1866 à 1969, l'article 200 C.c.B.C. édictait une règle spéciale en matière de garde dans le cadre d'une séparation de corps des époux, faisant mention du « plus grand avantage des enfants » : « L'administration provisoire des enfants reste au mari demandeur ou défendeur en séparation, à moins qu'il n'en soit autrement ordonné par le tribunal ou le juge pour le plus grand avantage des enfants (nos soulignés). » Voir : Paul-André CRÉPEAU et John E.C. BRIERLEY, *Code civil. 1866-1980. Édition historique et critique*, Chambre des notaires du Québec, SOQUIJ, Montréal, 1981, p. 100.

33. 14 Geo. V, 1924, c. 75, entrée en vigueur le 15 mars 1924 en vertu de l'article 17 de cette loi. L'article 7 discutait toutefois plus précisément « d'avantage à l'enfant » : « Si le juge est d'opinion que le requérant a les qualités voulues pour remplir les obligations et les devoirs d'un parent à l'égard de l'enfant, et que l'adoption sera avantageuse à ce dernier, il doit ordonner l'adoption. »

Par ailleurs, il faut savoir que dès 1925, des modifications ont été apportées à cette loi, lesquelles eurent alors pour effet d'annihiler l'importance du principe de l'intérêt de l'enfant en matière d'adoption. Voir : Dominique GOUBAU et Claire O'NEILL, « L'adoption, l'Église et l'État : les origines tumultueuses d'une institution légale », (1997) 38 *C. de D.* 769.

34. L.Q. 1969, c. 64, entrée en vigueur le 9 juin 1969 en vertu de l'article 49 de cette loi. L'article 2 prévoit : « L'adoption ne peut intervenir qu'aux conditions prévues par la présente loi; elle ne peut être prononcée que dans l'intérêt de l'enfant. »

la *Loi sur la protection de la jeunesse*³⁵, dans la *Charte des droits et libertés de la personne*³⁶ et, nécessairement, dans les projets de réforme du droit familial de l'Office de révision du Code civil. À ce sujet, on notera les commentaires formulés en 1974 et en 1978 par l'Office de révision du Code civil dans le *Rapport sur la Famille*³⁷ et à l'article 25 du *Rapport sur le Code civil du Québec*³⁸, voulant que l'intérêt de l'enfant doive être la considération déterminante dans toutes les décisions qui le concernent. En ce sens, le principe aura en outre contribué à évincer le concept de puissance paternelle³⁹, formellement remplacé par celui d'autorité parentale en 1977. Aussi, l'intérêt de l'enfant aura fait l'objet d'une consécration ultime à l'occasion de la réforme de 1980⁴⁰ grâce à sa codification à l'article

-
35. L.Q. 1977, c. 20. L'article 3 prévoit : « Le respect des droits de l'enfant doit être le motif déterminant des décisions prises à son sujet en vertu de la présente loi. » Il faudra toutefois attendre l'entrée en vigueur de la *Loi modifiant la Loi sur la protection de la jeunesse et d'autres dispositions législatives*, L.Q. 1984, c. 4, art. 5, pour que le législateur s'en réfère expressément au concept de l'intérêt de l'enfant, toujours à l'article 3 de la *Loi sur la protection de la jeunesse*, et ce, dans les termes suivants : « Les décisions prises en vertu de la présente loi doivent l'être dans l'intérêt de l'enfant et dans le respect de ses droits. » Voir : J. LADOUCEUR, préc., note 13, aux pages 187 et 188.
36. L.R.Q., c. C-12 (ci-après « *Charte québécoise* »). À ce sujet, il faut notamment s'en référer à l'article 39 qui, sans renvoyer expressément au concept de l'intérêt de l'enfant, en illustre l'importance.
37. OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL, COMITÉ DU DROIT DES PERSONNES ET DE LA FAMILLE, *Rapport sur la Famille*, 1^{re} partie, XXVI, Montréal, 1974, p. 36, art. X.
38. OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL, *Rapport sur le Code civil du Québec. Projet de Code civil*, vol. I, Québec, 1978, p. 9.
39. En effet, la *Loi modifiant le Code civil*, préc., note 2, abrogea le concept de puissance paternelle au profit de l'autorité parentale, laissant ainsi pleinement place à la « sacralisation » de l'intérêt de l'enfant, codifié quelques années plus tard.
40. *Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille*, préc., note 3, art. 3, entré en vigueur le 2 avril 1981 (proclamation), (1981) 113 G.O. II, 1565.

30 du *Code civil du Bas-Canada*⁴¹, repris depuis 1994⁴² à l'article 33 du *Code civil du Québec*⁴³.

1.2 De quelques réflexions sur les fondements supra-législatifs de l'intérêt de l'enfant

L'intégration législative graduelle, de même que la codification de l'intérêt de l'enfant, appellent une réflexion, à tout le moins préliminaire, sur les fondements supra-législatifs de la notion. En effet, pourquoi cette constance résolue du législateur québécois pour l'intérêt de l'enfant? Pourquoi avoir rehaussé, au fil des ans, l'importance du principe jusqu'à le consacrer, en 1980, au rang de nouveau paradigme du droit de la famille? Pourquoi lui conférer une importance si fondamentale? Pourquoi s'y obliger?

Il est certes trop audacieux de tenter de cristalliser précisément dans le temps l'avènement de la notion d'intérêt de l'enfant en droit québécois en raison des rattachements multiples de notre système de droit à des sources diverses, d'influence tant anglaise que française. Néanmoins, le droit international a sans contredit influencé l'avènement du principe en droit québécois. D'abord, les deux *Déclaration de Genève*, adoptées en 1924 et 1948⁴⁴, reconnaissent des principes généraux visant à promouvoir le développement et la protection des enfants, dans la foulée des chartes et déclarations de droits adoptées au lendemain de la

---

41. Textuellement, l'article 30 C.c.B.C. édictait : « L'intérêt de l'enfant et le respect de ses droits doivent être les motifs déterminants des décisions prises à son sujet. On peut prendre en considération, notamment, l'âge, le sexe, la religion, la langue, le caractère de l'enfant, son milieu familial et les autres circonstances dans lesquelles il se trouve. »

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

43. L'article 33 C.c.Q. prescrit : « Les décisions concernant l'enfant doivent être prises dans son intérêt et dans le respect de ses droits. Sont pris en considération, outre les besoins moraux, intellectuels, affectifs et physiques de l'enfant, son âge, sa santé, son caractère, son milieu familial et les autres aspects de sa situation. »

44. *Déclaration des droits de l'enfant*, Société des nations, Genève, 1924; *Déclaration des droits de l'enfant*, Nations Unies, 1948.

première et de la deuxième guerre mondiale⁴⁵. Ensuite, la *Déclaration des droits de l'enfant*⁴⁶ de 1959 admit explicitement le principe de l'intérêt de l'enfant. En cela, elle a eu une influence marquante sur l'avènement du principe en droit québécois, tels qu'en font foi les commentaires formulés par le ministre de la Justice lors de l'adoption du nouveau Code civil :

En ce qui concerne le respect des droits de l'enfant, le Code civil du Québec reprend globalement le droit introduit au Code civil en 1980. Ce chapitre regroupe quelques principes fondamentaux déjà prévus, séparément et sous des aspects particuliers différents, à la *Charte des droits et libertés de la personne*, à la *Loi sur la protection de la jeunesse* (chapitre P-34.1) ou au *Code de procédure civile*.

Ces articles s'inspirent également de la *Déclaration des droits de l'enfant* adoptée par les Nations Unies le 20 novembre 1959 (résolution 1386 (XIV) de l'Assemblée générale) et tiennent compte aussi de la *Convention relative aux droits de l'enfant* (résolution 44/25 de l'Assemblée générale en date du 20 novembre 1989). Ils consacrent

-
45. À ce sujet, voir : L. BOURASSA, préc., note 13, p. 80 et 81; É. DEMERS et A. RUFFO, préc., note 27, à la page 283; C. LAVALLEE, préc., note 14, p. 278. Pensons notamment à la *Déclaration universelle des droits de l'homme*, Rés. 217 A (III), Doc. Off. A.G.N.U., 3^e sess., suppl. n° 13, Doc. N.U. A/810 (1948).
46. 20 novembre 1959, AG 1386 XIV. Son article 2 précise : « L'enfant doit bénéficier d'une protection spéciale et se voir accorder des possibilités et des facilités par l'effet de la loi et par d'autres moyens, afin d'être en mesure de se développer d'une façon saine et normale sur le plan physique, intellectuel, moral, spirituel et social, dans des conditions de liberté et de dignité. Dans l'adoption de lois à cette fin, l'intérêt de l'enfant doit être la considération déterminante. » De même, son article 7 mentionne : « [...] L'intérêt supérieur de l'enfant doit être le guide de ceux qui ont la responsabilité de son éducation et de son orientation; cette responsabilité incombe en priorité à ses parents. [...] » (nos soulignés). Voir aussi : É. DEMERS et A. RUFFO, préc., note 27, à la page 283; C. LAVALLEE, préc., note 14, p. 278; Carmen LAVALLEE, « La Convention internationale relative aux droits de l'enfant et son application au Canada », (1996) 48-3 *Rev. int. dr. comp.* 605, 608.

principalement les droits à la protection et à la sécurité, de même que certaines garanties procédurales⁴⁷.

Quant à la *Convention relative aux droits de l'enfant* de 1989⁴⁸, elle est postérieure à la codification de l'intérêt de l'enfant dans le droit commun québécois, de sorte qu'elle ne pourra avoir fondé, *stricto sensu*, l'avènement dudit principe. Or, le Canada a participé à la mise sur pied de la *Convention* et s'en est fait le promoteur⁴⁹. En cela, on peut certainement y déceler l'importance de l'intérêt de l'enfant pour nos législatures, considérant au surplus l'adhésion du Canada et l'accord des provinces, dont la nôtre, à la *Convention*⁵⁰.

Il en va de même de la *Charte québécoise*⁵¹, entrée en vigueur en 1975 et dont l'avènement trop tardif dans notre histoire législative confirme qu'elle ne peut pas plus avoir engendré l'intérêt de l'enfant. Or, elle constitue elle aussi une réaffirmation *a posteriori* de l'importance du principe dans le droit québécois, voire un de ses fondements supra-législatifs. En effet, bien qu'elle ne fasse pas

---

47. MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, *Commentaires du ministre de la Justice, Le Code civil du Québec. Un mouvement de société*, t. 1, Québec, Publications du Québec, 1993, p. 30 et 31.

48. Rés. AG 44/25, Doc. Off. A.G.N.U., 44^e sess., suppl. n° 49, Doc. N.U. A44/49 (1989), (1990) 1577 *R.T.N.U.* 3 (ci-après « *Convention* »). La *Convention* fait notamment état de la notion d'intérêt supérieur de l'enfant à son article 3 (1), celui-ci devant être une considération primordiale dans toutes les décisions concernant l'enfant, qu'elles soient le fait d'une institution publique ou privée de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs. Au sujet de la *Convention*, voir : C. LAVALLÉE, « La Convention internationale relative aux droits de l'enfant et son application au Canada », préc., note 46.

49. C. LAVALLÉE, « La Convention internationale relative aux droits de l'enfant et son application au Canada », préc., note 46, 607.

50. Bien qu'aucune loi canadienne ou provinciale de mise en œuvre n'existe encore à ce jour, le Canada a signé la *Convention* le 28 mai 1990, l'a ratifiée le 13 décembre 1991 et elle est entrée en vigueur au pays le 12 janvier 1992. En outre, le gouvernement du Québec s'est déclaré lié par la *Convention* par voie de décret. Voir : *Décret 1676-91*, (1992) 124 G.O. II, 51.

51. Préc., note 36.

mention expressément de l'intérêt de l'enfant au chapitre des droits économiques et sociaux, on y décèle l'importance du principe dans les droits fondamentaux de l'enfant qu'elle protège⁵². Ainsi, à l'article 39, on peut lire que « [t]out enfant a droit à la protection, à la sécurité et à l'attention que ses parents ou les personnes qui en tiennent lieu peuvent lui donner »⁵³. Au surplus, l'article 57 précise expressément que la Commission des droits de la personne et de la jeunesse devra veiller à la protection de l'intérêt de l'enfant et au respect des droits qui lui sont reconnus par la *Loi sur la protection de la jeunesse*⁵⁴.

Par ailleurs, le rattachement entre l'intérêt de l'enfant et la *Charte canadienne des droits et libertés*⁵⁵, bien qu'à première vue moins évident, n'est pas plus à négliger. En effet, il est vrai que la *Charte canadienne* ne fait pas expressément mention de l'intérêt de l'enfant, pas plus qu'elle ne contient une section destinée à la protection des droits sociaux et économiques ou une disposition similaire à l'article 39 de la *Charte québécoise*. L'économie générale de la *Charte canadienne*, les droits qui y sont garantis et l'interprétation qu'en a fait le plus haut tribunal du pays dans plusieurs arrêts⁵⁶ tendent néanmoins à confirmer que l'intérêt de

---

52. À ce sujet, voir : Sonia CLAPROOD et Karine DUTILLY, « La protection de l'enfant : un vaste concept en constante évolution », dans *La protection de l'enfant : évolution*, Sherbrooke, Éditions Revue de Droit Université de Sherbrooke, 1999, p. 1, à la page 60.

53. À cet égard, un auteur affirme que l'article 39 est de la même nature que les articles 32 à 34 C.c.Q. : « [e]n adoptant les trois articles de ce chapitre spécifique [articles 32 à 34 C.c.Q.], le législateur laisse voir la sollicitude particulière pour ce groupe de personnes défavorisées par l'âge qu'il avait manifestée à l'article 39 de la *Charte des droits et libertés de la personne* ». Voir : Jean RHÉAUME, *Droits et libertés de la personne et de la famille*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1990, p. 81.

54. L.R.Q., c. P-34.1.

55. Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11, (R.-U.)] (ci-après « *Charte canadienne* »).

56. Voir, par exemple: *P.(D.) c. S. (C.)*, [1993] 4 R.C.S. 141; *Young c. Young*, préc., note 19; *B.(R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315; *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général)*, [2004] 1 R.C.S. 76. Notons toutefois que dans ce dernier arrêt, la Cour suprême indique que l'intérêt de l'enfant

l'enfant est un principe implicitement intégré en elle⁵⁷. L'argument vaudrait également, d'ailleurs, pour la *Charte québécoise*.

Partant, l'intérêt de l'enfant paraît-il avoir des fondements supra-législatifs multiples. Inspiré du droit international, on peut voir dans la *Charte québécoise* un outil de réaffirmation de l'importance du principe. Au surplus, l'existence de rattachements entre l'intérêt de l'enfant et la *Charte canadienne* ne peut être exclu. Or, au-delà de ces quelques réflexions préliminaires sur les fondements de l'intérêt de l'enfant, et avant de se pencher sur l'instrumentalisation dont il peut faire l'objet, un survol de ses principaux critères de définition – nombreux – s'avère essentiel afin d'en mieux délimiter les contours.

1.3 D'un survol des critères de définition de l'intérêt de l'enfant

L'intérêt de l'enfant peut être conceptualisé *in abstracto* ou *in concreto*. *In abstracto*, il se définit en postulant un idéal à atteindre pour les enfants en général, étant tributaire des conceptions sociales et psychologiques d'une époque ou d'un courant donné⁵⁸. La perception abstraite de l'intérêt de l'enfant sera donc primordiale pour le législateur, ce dernier cherchant justement à atteindre cet idéal, modifiant par-ci une loi qui ne répond plus à la philosophie contemporaine de l'intérêt de l'enfant, adoptant par-là une législation propre à attribuer à l'enfant de nouveaux droits⁵⁹. En ce sens, l'intérêt de l'enfant *in abstracto* se rapporte à l'esprit des réformes législatives plutôt qu'à leur interprétation⁶⁰.

---

n'est pas un principe de justice fondamentale au sens de la *Charte canadienne*.

57. À ce sujet, voir : A. MALACKET, *L'intérêt de l'enfant : notion polymorphe susceptible d'instrumentalisation ou de détournement. L'exemple de l'avant-projet de Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives en matière d'adoption et d'autorité parentale*, préc., note *, p. 47 et 48.

58. C. LAVALLÉE, préc., note 14, n° 334, p. 270.

59. *Id.*, n° 325, p. 263.

60. *Id.*

L'acception abstraite de l'intérêt de l'enfant a toutefois ses limites. Sans vouloir la miner, elle participe davantage d'une philosophie, parfois d'un dogme⁶¹, que d'un moyen efficient de dresser un portrait juste et réel des critères d'appréciation de l'intérêt de l'enfant. C'est pourquoi elle ne peut être parfaitement isolée de son acception concrète. En effet, *in concreto*, on vise la détermination de l'intérêt d'un enfant particulier, dans des circonstances particulières⁶². En conséquence, puisque les tribunaux ont pour tâche de particulariser les règles de droit édictées par le législateur aux litiges qui les occupent, ils feront appel à l'intérêt de l'enfant *in concreto* pour établir ce qui convient davantage au sort de l'enfant concerné dans une situation donnée.

En ce sens, au moment d'évaluer l'intérêt de l'enfant, les critères de définition énoncés à l'article 33 C.c.Q., à savoir « les besoins moraux, intellectuels, affectifs et physiques de l'enfant »⁶³, devront être considérés. Sans tenter d'en dresser une liste exhaustive, ces besoins correspondront, *inter alia*, à la satisfaction de son bonheur, à son épanouissement, à la jouissance d'une éducation et à la protection contre toute forme de violence⁶⁴. Ils engloberont des facteurs tels que la religion et l'instruction⁶⁵, de même que l'amour, la compréhension, l'affection et la sécurité morale⁶⁶. Ils référeront aux éléments nécessaires à la vie, voire au

---

61. À ce sujet, voir : Philippe MALAURIE et Hugues FULCHIRON, *La famille*, 2^e éd., coll. « Droit civil », Paris, Defrénois, 2006, n° 1412, p. 550.

62. À ce sujet, voir : C. LAVALLÉE, préc., note 14, n° 335, p. 270.

63. Dans l'affaire *Droit de la famille – 2845*, [1998] R.D.F. 155, 162 et 163 (C.Q., Ch. j.), le tribunal mentionne : « [l']intérêt d'un enfant est avant tout la mesure de son bien et comporte généralement quatre aspects : le physique ou matériel, l'affectif ou émotionnel, l'intellectuel ou éducatif et enfin le moral et religieux ou spirituel. »

64. À ce sujet, voir : *Hélène G... c. Centre T...*, [1976] C.B.E.S. 2001, 2010.

65. Par exemple, la Cour suprême du Canada en fait mention dans son énumération des facteurs de l'intérêt de l'enfant dans *P.(D.). c. S. (C.)*, préc., note 56, 176.

66. Monique OUELLETTE, « Le nouveau droit de la famille et l'adoption », (1982) 13 R.G.D. 109, 119.

confort matériel dont pourra bénéficier l'enfant⁶⁷. Dans le même sens, le *Rapport de la commission parlementaire spéciale sur la protection de la jeunesse* de novembre 1982 indique, au sujet de l'appréciation des besoins de l'enfant en contexte de sécurité et de développement :

Pour arriver à cerner ces notions de sécurité et de développement il faut se référer aux besoins de l'enfant qui sont de plusieurs ordres. D'abord physique [sic] : alimentation, repos, santé et croissance. Ils sont aussi affectif [sic] : liens d'amour et d'amitié, sentiment d'appartenance, besoin d'identification et de sécurité émotive. Ils sont intellectuel [sic] : apprentissage, développement, cognition, scolarisation, créativité.⁶⁸

Ceci dit, les besoins de l'enfant ne doivent pas faire l'objet d'une hiérarchisation, s'agissant plutôt de répondre à un ensemble de besoins le plus entièrement possible, suivant les circonstances de l'espèce. Dans l'appréciation de l'intérêt de l'enfant, il faudra non seulement tenir compte de ces besoins, mais en outre d'autres facteurs reliés à l'enfant, dont « son âge, sa santé, son caractère, son milieu familial et [d]es autres aspects de sa situation ». Certains facteurs additionnels sont également analysés, l'article 33 C.c.Q. ne devant pas être perçu comme une énumération limitative de critères inflexibles dont on ne peut déroger⁶⁹. Par exemple, sont évalués la

---

67. En 1953, la Cour suprême du Canada, dans l'arrêt *Taillon c. Donaldson*, préc., note 25, 259, relativisait l'importance des besoins matériels de l'enfant : « Mais l'intérêt et le bien-être de l'enfant, comme l'a justement dit le Juge Rinfret dans *Stevenson v. Florant*, confirmé par le Conseil Privé, ne résident pas surtout dans le confort matériel, mais dans les soins et l'affection paternels, les avantages de l'éducation familiale et religieuse. »

68. MINISTÈRE DES COMMUNICATIONS, ASSEMBLÉE NATIONALE DU QUÉBEC, COMMISSION PARLEMENTAIRE SPÉCIALE SUR LA PROTECTION DE LA JEUNESSE, *Rapport de la commission parlementaire spéciale sur la protection de la jeunesse*, Québec, 1982, p. 53.

69. Monique D.-CASTELLI, et Dominique GOUBAU, *Le droit de la famille au Québec*, 5^e éd., Saint-Nicolas, Les Presses de l'Université Laval, 2005, p. 257.

volonté de maintenir l'intégrité de la cellule familiale d'origine⁷⁰, la stabilité émotive de l'enfant, les liens socio-affectifs développés et l'attachement éprouvé envers ceux qui l'entourent⁷¹, les désirs de l'enfant⁷², l'héritage culturel et l'appartenance ethnique de l'enfant⁷³ ainsi que la force positive du lien qui l'unit à son parent⁷⁴. Aussi, il faudra en somme procéder à une difficile modulation de l'ensemble des critères de définition de l'intérêt de l'enfant afin de déterminer l'intérêt de l'enfant *in concreto* dans une situation donnée considérant les effets à court et à long terme⁷⁵.

On remarque néanmoins, en cours d'exercice, qu'un poids de plus en plus considérable est donné au vécu socio-affectif de l'enfant, parfois au détriment de sa réalité biologique⁷⁶. En effet, forts de l'arrêt *Catholic Children's Aid Society of Metropolitan Toronto c. M.(C.)*⁷⁷, qui marque l'introduction formelle de la théorie de l'attachement comme élément de l'appréciation de l'intérêt de l'enfant, les tribunaux conçoivent souvent l'intérêt de l'enfant en fonction de cette finalité. Soulignons toutefois que cet « intérêt » pour l'acception socio-affective de l'intérêt de l'enfant n'est

-
70. À ce sujet, voir notamment : *C.(G.) c. V.-F. (T.)*, [1987] 2 R.C.S. 244, par. 66; M. OUELLETTE, préc., note 66, 120; Marie-Noëlle POURBAIX, « L'abandon d'enfants : du Québec à la France en passant par l'Ontario », (1998) 29 *R.G.D.* 133, 145.
71. À titre illustratif, voir : *Racine c. Woods*, [1983] 2 R.C.S. 173, 188; *King c. Low*, [1985] 1 R.C.S. 87; *Young c. Young*, préc., note 19, 66; *Catholic Children's Aid Society of Metropolitan Toronto c. M. (C.)*, [1994] 2 R.C.S. 165.
72. À ce sujet, voir : *Dugal c. Lefebvre*, préc., note 24; *Catholic Children's Aid Society of Metropolitan Toronto c. M. (C.)*, préc., note 71, 201 et 202; Monique OUELLETTE-LAUZON, « Notion de l'intérêt de l'enfant », (1974) 9 *R.J.T.* 367, 368.
73. À ce sujet, voir : *Racine c. Woods*, préc., note 71; *Adoption – 09201*, 2009 QCCA 1583, par. 72.; *M.-K.K. (Dans la situation de)*, [2004] R.D.F. 264 (C.A.), par. 8; *Adoption – 07202*, 2007 QCCQ 13341.
74. À ce sujet, voir : *Racine c. Woods*, préc., note 71, 185.
75. C. LALLÉE, préc., note 14, p. 271-273.
76. À ce sujet, voir : Michelle GIROUX, « Test d'ADN et filiation à la lumière des développements récents : dilemmes et paradoxes », (2002) 32 *R.G.D.* 865, 894, 895 et 899-902; Alexandra OBADIA, « L'incidence des tests d'ADN sur le droit québécois de la filiation », (2000) 45 *McGill L.J.* 483, 520-523.
77. Préc., note 71.

certainement pas étranger aux règles édictées par le législateur et à la philosophie sous-jacente qu'il tente de retenir. On constate ainsi, au cours des trente dernières années, un va-et-vient incessant de la part du législateur entre l'acception biologique et sociologique de l'intérêt de l'enfant⁷⁸. Écartelé entre deux philosophies souvent opposées de l'intérêt de l'enfant *in abstracto*, il ne sait plus la direction à prendre. Il tente donc de colmater les brèches qui au fil du temps, s'illustrent, notamment au travers du corpus jurisprudentiel.

Ceci dit, nous admettons sans réserve que l'intérêt de l'enfant, lorsqu'apprécié *in concreto* par les tribunaux, ne doit pas permettre de passer outre aux règles de droit instituées par le législateur. En ce sens, « [s]i l'intérêt abstrait de l'enfant peut être

---

78. Par exemple, d'une part, le législateur québécois démontre sa préférence pour la réalité socio-affective de l'enfant au travers de l'article 530 C.c.Q., qui ne permet pas la réclamation ou la contestation d'une filiation contraire à l'acte de naissance et à la possession d'état conforme à ce titre. De la même façon, l'article 531 C.c.Q. enferme le père présumé dans un court délai l'empêchant de contester sa présomption de paternité au-delà de l'année suivant la naissance ou la connaissance de la naissance. Les dispositions relatives à la procréation assistée militent elles aussi en faveur de la réalité socio-affective, ne permettant généralement pas l'établissement d'un lien de filiation entre le donneur de gamètes et l'enfant (art. 538.2 al. 1, 539 et 540 C.c.Q.). D'autre part, la réforme du droit de la famille de 1980 peut être perçue, au contraire, comme une marque d'intention du législateur visant à donner davantage de poids à la vérité biologique. Ainsi, l'action en désaveu de paternité, au moyen de la contestation de la présomption de paternité, est depuis lors ouverte à la mère, en plus du père (art. 531 C.c.Q.). Dans le même sens, la réforme de 1980 a consacré le principe de l'égalité des enfants peu importe les circonstances de leur naissance (art. 522 C.c.Q.), favorisant l'établissement de la vérité biologique puisqu'il n'est maintenant plus opportun de cacher qu'un enfant est né hors mariage. On peut également penser à l'article 535.1 C.c.Q., introduit en 2002 et qui permet formellement qu'il soit procédé, à certaines conditions, à des tests d'ADN dans le cadre d'actions relatives à la filiation d'un enfant. Dans la même veine, l'article 538.2 al. 2 C.c.Q., introduit en 2002, permet au tiers-géniteur, dans le cadre d'une procréation amicalement assistée, de revendiquer un lien de filiation envers l'enfant ainsi conçu dans l'année suivant sa naissance.

la source de l'inspiration de la règle de droit, une fois la norme juridique établie, l'intérêt [concret] de l'enfant y est subordonné et il ne peut servir à lui seul à écarter l'application de la loi »⁷⁹. L'intérêt de l'enfant doit donc être sujet à l'application de la règle de droit énoncée par le législateur, n'étant pas en lui-même un principe attributif de droits⁸⁰. Or, qu'en est-il lorsque la règle de droit elle-même, qu'elle soit ou non attributive de droits, n'est pas véritablement fixée par le législateur? Qu'en est-il lorsque la philosophie sous-jacente à cette règle est appelée à se modifier sans cesse? Qu'en est-il lorsque les fondations mêmes d'un paradigme, en l'occurrence l'intérêt de l'enfant, paraissent vagues et non définies? En d'autres termes, l'intérêt de l'enfant, en raison de son essence polymorphe, peut-il être instrumentalisé?

En matière d'adoption, la réponse est à notre avis affirmative. C'est là ce que mettent en lumière les consultations publiques menées par la Commission des institutions de l'Assemblée nationale du Québec au sujet de l'avant-projet de *Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives en matière d'adoption et d'autorité parentale*⁸¹.

2. De l'instrumentalisation de l'intérêt de l'enfant

L'avant-projet de *Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives en matière d'adoption et d'autorité parentale*⁸², présenté le 6 octobre 2009 devant l'Assemblée nationale du Québec, fait suite au dépôt, le 30 mars 2007, du rapport du groupe de travail sur le régime québécois de l'adoption,

---

79. C. LAVALLÉE, préc., note 14, n° 342, p. 274.

80. C'est sans doute ce qui fait dire aux auteurs Malaurie et Fulchiron qu'il n'est plus question de choisir entre l'appréciation concrète et abstraite de l'intérêt de l'enfant, s'agissant maintenant plutôt de reconnaître et protéger un certain nombre de prérogatives fondamentales pour l'enfant. Voir : P. MALAURIE et H. FULCHIRON, préc., note 61, n° 1526, p. 596.

81. Préc., note 10.

82. *Id.*

présidé par la professeure Carmen Lavallée⁸³. L'avant-projet de loi suppose une réforme majeure en droit de la famille. Plus spécialement, ses dispositions permettent l'établissement d'une entente de communication entre l'adopté et sa famille d'origine et admettent une adoption « sans rupture du lien de filiation » entre l'adopté et sa famille biologique à certaines conditions, s'opposant en cela au régime d'adoption fermée et plénière, seul reconnu au Québec depuis 1924⁸⁴. En outre, un nouveau régime en matière de confidentialité des dossiers d'adoption, qui faciliterait la divulgation de renseignements et les retrouvailles entre l'adopté et ses parents d'origine, y est prévu. Enfin, des dispositions autorisant le partage de l'autorité parentale avec le conjoint du parent ou la délégation permanente de l'autorité parentale au conjoint du parent ou à un membre de la famille y figurent.

-
83. MINISTÈRE DE LA JUSTICE et MINISTÈRE DE LA SANTÉ ET DES SERVICES SOCIAUX DU QUÉBEC, Rapport du groupe de travail sur le régime québécois d'adoption, *Pour une adoption québécoise à la mesure de chaque enfant*, Québec, 2007 (« rapport Lavallée »). Voir aussi : QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats*. Commissions parlementaires, Commission permanente des institutions, 1^{re} sess., 39^e légis., vol. 41, n^o 40, 13 janvier 2010, « Consultation générale sur l'avant-projet de loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives en matière d'adoption et d'autorité parentale (1) », p. 2 (madame Kathleen Weil), en ligne : <<http://www.assnat.qc.ca/fr/travaux-parlementaires/commissions/ci-39-1/journal-debats/CI-100113.html>> (consulté le 24 août 2010).
84. Préc., note 33. Le régime est dit « plénier » parce qu'il suppose une rupture totale, définitive et irréversible du lien de filiation entre l'enfant adopté et sa famille d'origine. Suivant l'article 577 C.c.Q., « [l']adoption confère à l'adopté une filiation qui se substitue à sa filiation d'origine » et « [l']adopté cesse d'appartenir à sa famille d'origine ». Il s'oppose en cela à l'adoption « simple » – en référence au modèle belge ou français – laquelle ne comporte pas une rupture du lien de filiation entre l'enfant adopté et sa famille biologique, et vise la préservation de liens d'appartenance significatifs entre l'enfant et ses parents biologiques. Par ailleurs, l'adoption plénière est « fermée » en ce que la loi québécoise ne prévoit pas la possibilité de maintenir des contacts, échanges ou communications, de quelque nature que ce soit, entre les parents biologiques et l'enfant adopté. Aussi, l'adoption « ouverte » s'oppose à l'adoption « fermée » parce qu'elle suppose le maintien de tels contacts, échanges ou communications.

La démarche présentée par le législateur est en cela audacieuse qu'elle sous-tend notamment une reconstruction de l'institution de la filiation adoptive. En ce sens, la réforme proposée constitue, en raison de son caractère capital, évocateur et historique, une occasion unique d'examiner l'instrumentalisation dont peut faire l'objet l'intérêt de l'enfant. Au surplus, l'avant-projet de loi connaîtra inévitablement une suite, la nécessité d'une réforme en profondeur du droit de la famille faisant actuellement l'objet d'un consensus politique à l'Assemblée nationale du Québec⁸⁵. En ce sens, la présentation des Projets de loi 47⁸⁶ et 81⁸⁷ par les deux législatures précédentes, comme suite à l'avant-projet de loi examiné, n'ont fait que confirmer l'imminence d'une réforme, à tout le moins en matière d'adoption et d'autorité parentale. Aussi, les conjonctures politiques expliquent-elles qu'à ce jour, l'avant-projet n'ait pas encore été traduit dans un nouveau projet de loi, et ne font au final qu'amplifier l'importance du débat ici exposé.

En effet, l'intérêt de l'enfant prend souvent la couleur des intérêts particuliers des intervenants qui s'en font les promoteurs. Malaurie et Fulchiron en disent qu'il est « une construction hypocrite ou tout au moins biaisée : il est l'intérêt d'un adulte. »⁸⁸ Les discours tenus par la plupart des 23 intervenants majeurs interrogés⁸⁹ lors des consultations publiques menées par la Commission des institutions de l'Assemblée nationale du Québec au sujet de l'avant-projet de *Loi modifiant le Code civil et d'autres*

---

85. Voir *infra*, note 133.

86. Préc., note 11.

87. *Id.*

88. P. MALAURIE et H. FULCHIRON, préc., note 61, n° 911, p. 358.

89. Sur 41 mémoires produits devant la Commission des institutions, nous nous sommes intéressés à ceux déposés par 23 intervenants majeurs, à la fois chercheurs universitaires, ordres professionnels, groupes de pression et organismes para-gouvernementaux. Nous avons également fait l'étude de leurs représentations orales devant la Commission des institutions. Les 18 autres mémoires produits consistent pour leur part en des interventions ciblées de personnes physiques – et non de chercheurs ou de regroupements – dont on comprend qu'elles se sont senties interpellées par l'avant-projet de loi pour des raisons personnelles, notamment leur situation d'adopté ou d'adoptant.

*dispositions législatives en matière d'adoption et d'autorité parentale*⁹⁰ n'y font pas exception. Ils confirment que la représentation abstraite de l'intérêt de l'enfant qu'entretiennent une très forte majorité d'entre eux s'articule autour d'une ou de quelques-unes des dimensions de l'intérêt de l'enfant, lesquelles convergent vers des perspectives associées à leur mission respective.

Certes, d'aucuns peuvent concevoir que les citoyens personnellement touchés, dans leur histoire, par l'avant-projet de loi aient eu une idée bien arrêtée de ce que doit être l'intérêt de l'enfant, à tout le moins en matière d'adoption. En effet, les situations vécues par certains adoptés ou adoptants, de même que les témoignages livrés par eux devant la Commission des institutions, tant oralement qu'à l'écrit, apparaissent parfois touchants, voire bouleversants. Or, sans vouloir en minimiser l'importance, ils ne sont pas l'objet central de la problématique ici soulevée. En effet, « l'instrumentalisation » de l'intérêt de l'enfant par une personne intimement touchée par une situation ne paraît pas pouvoir objectivement se qualifier ainsi. Il est en effet difficile de soutenir, dans une majorité de cas, l'existence d'un détournement quand un enfant devenu adulte défend son intérêt personnel, *in concreto*, dans une situation définie. La conclusion qui s'impose est toutefois différente à l'égard des 23 intervenants majeurs interrogés, qui envisagent l'intérêt de l'enfant d'une manière abstraite et non particularisée.

Parmi ceux-ci se retrouvent notamment des ordres professionnels et des groupes de pression. Seuls leurs discours seront ici mis en exergue puisqu'ils illustrent de la manière la plus convaincante l'instrumentalisation dont est l'objet l'intérêt de l'enfant⁹¹. En effet, le détournement du principe peut surprendre,

---

90. Préc., note 10.

91. En effet, parmi les 23 intervenants mentionnés, les discours des deux groupes de chercheurs universitaires interrogés ne témoignent pas d'un détournement de l'intérêt de l'enfant, mettant plutôt en exergue des positions davantage nuancées. Tout en soulignant l'importance des repères identitaires de l'enfant adopté, leurs discours se rapprochent

particulièrement quant aux ordres professionnels, dont on aurait pu raisonnablement envisager qu'ils eussent été plus objectifs, considérant leur objectif principal – la protection du public⁹². Or, au contraire, l'intérêt de l'enfant est instrumentalisé au profit d'une vision corporatiste dans chacun des témoignages examinés. Quant aux groupes de pression, bien que sans grande surprise, ils conçoivent l'intérêt de l'enfant d'une manière qui converge avec la mission sociale dont ils sont les promoteurs, allant parfois jusqu'à défendre une représentation de l'intérêt de l'enfant tronquée, qui ne rend pas justice au caractère polymorphe de la notion.

D'ailleurs, au sein des deux regroupements que sont les ordres professionnels et les groupes de pression, deux paramètres-cadres sont de nature à confronter les représentations de l'intérêt de l'enfant, à savoir la vérité biologique et la réalité sociologique. D'une part, les interventions des uns mettent en exergue la prévalence des liens de sang et identitaires, le droit aux origines et le maintien de l'intégrité de la cellule familiale d'origine. D'un côté

---

davantage d'une position mitoyenne quant à l'intérêt de l'enfant. On sent ainsi qu'ils cherchent à se positionner à mi-chemin entre deux camps et à atteindre un équilibre entre les dimensions biologique et sociologique de l'intérêt de l'enfant. En cela, ils analysent, commentent, critiquent et prennent position, insistant sur l'axiome biologique de l'intérêt de l'enfant, sans toutefois l'instrumentaliser, sans le faire converger vers un intérêt particulier qui leur appartiendrait. Quant aux organismes para-gouvernementaux interrogés, ils sont au nombre de quatre : le Protecteur du citoyen, la Commission des droits de la personne et de la jeunesse, l'Association des centres jeunesse du Québec et le Conseil de la famille et de l'enfance. De fait, leurs discours mettent en lumière l'instrumentalisation dont peut être l'objet l'intérêt de l'enfant. Or, puisqu'ils le font d'une manière qui peut s'apparenter à celle des ordres professionnels, mais dans une moindre mesure, ils n'apportent pas un éclairage supplémentaire au débat mis en lumière. En effet, les organismes para-gouvernementaux se représentent certes l'intérêt de l'enfant en fonction de leurs missions, lesquelles visent respectivement l'indépendance et l'impartialité, la défense des droits fondamentaux, la facilitation du travail des centres jeunesse en contexte d'adoption ou de recherche d'antécédents, et l'orientation du gouvernement quant à ses politiques sociales. Or, leurs discours paraissent de nature à susciter peu de controverse en raison de l'essence intrinsèque de leurs missions.

92. *Code des professions*, L.R.Q., c. C-26, art. 23.

inverse, les discours des autres s'appuient sur l'importance des liens d'attachement à la famille de substitution, sur la stabilité de l'enfant et sur la nécessité d'un projet de vie permanent. Enfin, quelques-uns adoptent une position mitoyenne, se situant en médiane des deux spectres définis.

2.1 Un paravent au profit du corporatisme « professionnel »

Les positions défendues par les quatre ordres professionnels interrogés, soit la Chambre des notaires⁹³, le Barreau⁹⁴, l'Ordre des travailleurs sociaux et des thérapeutes conjugaux et familiaux⁹⁵ et

-
93. Pour consulter le mémoire de la Chambre, voir : CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC, *Mémoire portant sur l'avant-projet de loi intitulé Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives en matière d'adoption et d'autorité parentale*, janvier 2010, en ligne : <<http://www.assnat.qc.ca/fr/travaux-parlementaires/commissions/CI/mandats/Mandat-8963/memoires-deposes.html>> (consulté le 25 mai 2010).
94. Pour consulter le mémoire du Barreau, voir : BARREAU DU QUÉBEC, *Avant-projet de loi – Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives en matière d'adoption et d'autorité parentale*, 4 décembre 2009, en ligne : <<http://www.assnat.qc.ca/fr/travaux-parlementaires/commissions/CI/mandats/Mandat-8963/memoires-deposes.html>> (consulté le 27 mai 2010). Voir aussi : QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats*. Commissions parlementaires, Commission permanente des institutions, 1^{re} sess., 39^e légis., vol. 41, n° 43, 2 février 2010, « Consultation générale sur l'avant-projet de loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives en matière d'adoption et d'autorité parentale (4) », p. 23, en ligne : <<http://www.assnat.qc.ca/fr/travaux-parlementaires/commissions/ci-39-1/journal-debats/CI-100202.html>> (consulté le 27 août 2010). Par souci de transparence, l'auteure tient à rappeler qu'elle est membre du Barreau du Québec. Pour les fins des présentes, et sans pour autant manquer à la loyauté qu'elle porte envers son ordre professionnel, l'auteure devra néanmoins faire part de ses constatations, lesquelles sont exprimées en toute déférence de la position primée par l'Ordre.
95. Pour consulter le mémoire de l'Ordre, voir : ORDRE DES TRAVAILLEURS SOCIAUX ET DES THÉRAPEUTES CONJUGAUX ET FAMILIAUX DU QUÉBEC, *Mémoire de l'Ordre des travailleurs sociaux et des thérapeutes conjugaux et familiaux du Québec portant sur l'avant-projet de loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives en matière d'adoption et d'autorité parentale*, 20 novembre 2009, en ligne : <<http://www.assnat.qc.ca/fr/travaux->

l'Ordre des psychologues⁹⁶, rendent compte de représentations de l'intérêt de l'enfant qui convergent immanquablement vers leurs intérêts respectifs. Tantôt timidement, tantôt moins, ces quatre ordres professionnels instrumentalisent l'intérêt de l'enfant d'une manière qui paraît discutable.

En effet, comment expliquer que l'intérêt de l'enfant passe, pour l'un, par le recours au notaire pour rédiger des actes notariés et pour jouer un rôle de conseiller à toutes les étapes du processus d'adoption? Pourquoi rappeler, pour l'autre, « que sont du ressort exclusif de l'avocat en exercice les consultations et avis d'ordre juridique donné à autrui »⁹⁷ au moment de commenter la mesure prévoyant l'obligation d'informer les parties du contenu et des effets de l'entente de communication et des effets de l'adoption sans rupture du lien de filiation? Comment justifier que, pour un

---

parlementaires/commissions/CI/mandats/Mandat-8963/memoires-deposes.html> (consulté le 25 mai 2010). Voir aussi : QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats*. Commissions parlementaires, Commission permanente des institutions, 1^{re} sess., 39^e légis., vol. 41, n^o 42, 20 janvier 2010, « Consultation générale sur l'avant-projet de loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives en matière d'adoption et d'autorité parentale (3) », p. 22 (monsieur Claude Leblond et madame Sonia Bourque) et p. 23, en ligne : <<http://www.assnat.qc.ca/fr/travaux-parlementaires/commissions/ci-39-1/journal-debats/CI-100120.html>> (consulté le 27 août 2010).

96. Pour consulter le mémoire de l'Ordre, voir : ORDRE DES PSYCHOLOGUES DU QUÉBEC, *Avant-projet de loi intitulé Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives en matière d'adoption et d'autorité parentale – Mémoire de l'Ordre des psychologues du Québec*, 8 janvier 2010, en ligne : <<http://www.assnat.qc.ca/fr/travaux-parlementaires/commissions/CI/mandats/Mandat-8963/memoires-deposes.html>> (consulté le 25 mai 2010). Voir aussi : QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats*. Commissions parlementaires, Commission permanente des institutions, 1^{re} sess., 39^e légis., vol. 41, n^o 44, 3 février 2010, « Consultation générale sur l'avant-projet de loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives en matière d'adoption et d'autorité parentale (5) », p. 5 et 12 (madame Rose-Marie Charest), p. 11, 12 et 13 (monsieur Pierre Desjardins), en ligne : <<http://www.assnat.qc.ca/fr/travaux-parlementaires/commissions/ci-39-1/journal-debats/CI-100203.html>> (consulté le 27 août 2010).
97. BARREAU DU QUÉBEC, préc., note 94, p. 16.

troisième, l'intérêt de l'enfant soit plutôt assuré par le recours systématique à une évaluation psychosociale du travailleur social à chaque étape du processus d'adoption? Comment comprendre que chez le dernier, on insiste sur la nécessité d'effectuer des recherches de terrain, de recueillir des données empiriques, d'évaluer et d'accompagner les personnes concernées par l'adoption par un professionnel dont on ne sait que le nom – le psychologue?

Partant, pour chacun des quatre ordres professionnels, l'intérêt de l'enfant sera, à tout le moins en partie, un prétexte, un paravent mis au service du corporatisme professionnel. Certes, en classant sur un continuum les positions défendues par eux, et en admettant qu'aux extrémités de ce continuum se trouverait, d'une part, la vérité biologique et la prévalence des liens de sang et identitaires, et d'autre part, la réalité sociologique et la prédominance de la théorie de l'attachement, on remarque que chacun se positionne distinctement. Or, la conclusion quant à l'instrumentalisation de l'intérêt de l'enfant demeure la même.

Ainsi, la Chambre des notaires met de l'avant une conception de l'intérêt de l'enfant définie uniquement en fonction d'enjeux identitaires. Or, nous le disions, elle allie cette dimension à la défense de la profession notariale en suggérant le recours au notaire à toutes les étapes du processus d'adoption⁹⁸. Partant, sa représentation de l'intérêt de l'enfant, au travers de la préservation des liens d'appartenance significatifs entre l'enfant et sa famille d'origine et de l'identité, converge ultimement vers sa mission, qui se définit non seulement par la protection du public, mais

---

98. Soulignons toutefois qu'à la différence de mémoires déposés dans le passé, la Chambre ne fait que *proposer* le recours à l'acte notarié, sans recommander qu'on en impose l'emploi. Ainsi, pour les initiés, le mémoire que présente la Chambre dans le cadre de l'avant-projet de loi étudié semble moins corporatiste que d'autres mémoires soumis à l'occasion de réformes antérieures. Pour un exemple de mémoire où la Chambre revendique qu'on impose le recours à l'acte notarié, voir : CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC, *Mémoire portant sur l'avant-projet de loi intitulé Loi instituant l'union civile des personnes de même sexe et modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives*, janvier 2002.

également par le maintien de la crédibilité de la pratique et de la profession. À demi-mot, la Chambre fait donc la promotion de l'activité professionnelle exercée par ses membres.

Il en va de même de l'Ordre des travailleurs sociaux, pour qui expertise psychosociale est synonyme d'intérêt de l'enfant. De sa perspective, c'est toutefois la dimension sociologique de l'intérêt de l'enfant, associée à la théorie de l'attachement et à l'importance de la stabilité émotive de l'enfant, qui le mène à la défense de ses propres intérêts. Aussi, l'Ordre insiste sur la nécessité de recourir à une évaluation psychosociale à chaque étape du processus d'adoption dans la poursuite de cet intérêt, l'évaluation psychosociale étant une activité professionnelle réservée aux travailleurs sociaux, en partage avec les psychologues. Or, par le même fait, un tel discours converge vers un des objectifs liés à la mission de l'Ordre des travailleurs sociaux – celui visant le maintien du développement et des compétences des membres⁹⁹.

Quant aux mémoires et aux représentations orales du Barreau et de l'Ordre des psychologues, ils ont pour point commun leur position en milieu de continuum, mais également leur préoccupation exprimée pour l'intérêt de l'enfant. Dans les deux cas de figure, les discours tenus ne se rapportent toutefois que peu, du moins expressément, à l'intérêt de l'enfant. De son côté, la position mitoyenne et nuancée, voire technique et neutre, du Barreau met de l'avant plus particulièrement, mais non pas clairement, trois éléments de définition de l'intérêt de l'enfant, à savoir le besoin d'identité, celle de l'attachement et celle relative aux désirs de l'enfant. On peut toutefois se surprendre que le mémoire du Barreau soit si peu positionné à l'égard de questions aussi fondamentales que celle soulevées par l'avant-projet de loi. En ce sens, le Barreau se contente de reprendre les mesures proposées, une à une, afin de les améliorer techniquement, mais sans se prononcer véritablement sur l'essence de l'avant-projet de loi, se

---

99. En ce sens, il est paradoxal que l'Ordre ait mis de l'avant, tant dans son mémoire que dans ses représentations orales en commission parlementaire, le slogan « L'Enfant. Avant tout ».

limitant à exprimer, sans grand enthousiasme, être en accord avec les mesures proposées. Aussi, l'intérêt de l'enfant est-il en marge de ses propos, un commentaire corporatiste au sujet de l'activité réservée à l'avocat étant à souligner¹⁰⁰.

Enfin, le discours de l'Ordre des psychologues tend principalement vers la dimension sociologique de l'intérêt de l'enfant, sans toutefois faire complètement fi du pan identitaire de la notion, s'agissant de se prononcer sur la confidentialité des dossiers d'adoption. Quoi qu'il en soit, son propos réaffirme clairement la primauté de l'adoption plénière et penche nettement vers une recommandation maintes fois réitérée : la nécessité d'effectuer des recherches sur le terrain et des études quant aux nouvelles dispositions que propose l'avant-projet de loi. On recommande en outre, à tous les stades du processus d'adoption, l'évaluation et l'accompagnement des personnes concernées par un professionnel – le psychologue. Aussi, l'instrumentalisation de l'intérêt de l'enfant apparaît encore clairement, bien que les psychologues tentent de rallier, par leur position, les acceptions sociologique et biologique de l'intérêt de l'enfant.

En ce sens, l'intérêt de l'enfant, comme « allégation » au soutien de la mise en œuvre d'intérêts qui ne servent souvent que peu ou pas son caractère polymorphe, apparaît comme un enjeu « rentable » à la faveur du corporatisme professionnel. Ceci dit, nous admettons sans réserve qu'il demeure souhaitable qu'un ordre professionnel reconnaisse que l'expertise de ses membres sert la protection du public, traduite en l'occurrence dans l'intérêt de l'enfant. Or, une posture critique est justifiée face à des positions corporatistes, qui tombent dans l'excès contraire, sans véritablement s'incliner au profit de l'intérêt de l'enfant. C'est ce qu'illustrent, à différents niveaux, les discours des quatre ordres professionnels ici rapportés. Or, l'intérêt de l'enfant peut également être détourné au service d'une autre forme de corporatisme – « social ». Les discours tenus par les groupes de pression interrogés

---

100. Voir *supra*, note 97.

à l'occasion des consultations publiques menées au sujet de l'avant-projet de loi en offrent un exemple intéressant.

2.2 Une justification au service de missions sociales

Les discours des groupes de pression sont nombreux et complexes à évaluer tant leurs positions sont diverses, tant les dimensions de l'intérêt de l'enfant qui y sont défendues sont multiples. S'affrontant pour la plupart entre vérité biologique et réalité sociologique, ils illustrent avec justesse le caractère polymorphe de l'intérêt de l'enfant.

D'une part, du côté de la vérité biologique, certains groupes d'intérêt ne défendent que la prévalence des liens de sang alors que d'autres adoptent une position plus nuancée, s'agissant de mener le combat de l'accès à l'identité par l'ouverture des dossiers d'adoption. Pour certains, l'élément culturel de l'identité sera par ailleurs primordial. D'autre part, les tenants de la réalité sociologique définissent par-ci l'intérêt de l'enfant en fonction du lien d'attachement envers les parents adoptants, capital à la réussite du projet d'adoption. Par-là, d'autres l'instrumentalisent au moyen de sa dimension « attachement » au profit d'un enjeu qui peut paraître plus grand – celui de la lutte à l'homophobie et de la reconnaissance des familles homoparentales. Enfin, le discours d'un dernier groupe de pression n'est pas véritablement centré sur l'intérêt de l'enfant, étant mû par des considérations en partie étrangères à la filiation adoptive, s'agissant d'influencer le gouvernement quant aux politiques sociales qu'il entend adopter dans l'avenir. En cela, il fait preuve des distorsions pouvant être associées à l'instrumentalisation de l'intérêt de l'enfant¹⁰¹.

---

101. Mentionnons par ailleurs que l'Association des avocats et des avocates en droit familial du Québec adopte une position tenant compte des deux dimensions de l'intérêt de l'enfant. Or, son discours neutre et technique, semblable à celui du Barreau du Québec, n'apporte pas un éclairage nouveau au débat et ne sera pas examiné plus avant.

2.2.1 La vérité biologique détournée

La Confédération des organismes familiaux du Québec (« COFAQ »)¹⁰², l'Institut généalogique Drouin¹⁰³ et l'Association des grands-parents du Québec (« AGPQ »)¹⁰⁴ adoptent la position la plus

-
102. Pour consulter le mémoire de la Confédération : CONFÉDÉRATION DES ORGANISMES FAMILIAUX DU QUÉBEC, *Mémoire sur l'avant-projet de loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives en matière d'adoption et d'autorité parentale*, novembre 2009, en ligne : <<http://www.assnat.qc.ca/fr/travaux-parlementaires/commissions/CI/mandats/Mandat-8963/memoires-deposes.html>> (consulté le 25 mai 2010). Voir aussi : QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats*. Commissions parlementaires, Commission permanente des institutions, 1^{re} sess., 39^e légis., vol. 41, n^o 42, 20 janvier 2010, « Consultation générale sur l'avant-projet de loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives en matière d'adoption et d'autorité parentale (3) », p. 7 (monsieur Roch Turcotte), en ligne : <<http://www.assnat.qc.ca/fr/travaux-parlementaires/commissions/ci-39-1/journal-debats/CI-100120.html>> (consulté le 27 août 2010).
103. Pour consulter le mémoire de l'Institut : INSTITUT GÉNÉALOGIQUE DROUIN ET JEAN-PIERRE-YVES PÉPIN, *Mémoire présenté dans le cadre des consultations particulières et des audiences publiques sur l'avant-projet de loi – Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives en matière d'adoption et d'autorité parentale*, novembre 2009, en ligne : <<http://www.assnat.qc.ca/fr/travaux-parlementaires/commissions/CI/mandats/Mandat-8963/memoires-deposes.html>> (consulté le 25 mai 2010). Voir aussi : QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats*. Commissions parlementaires, Commission permanente des institutions, 1^{re} sess., 39^e légis., vol. 41, n^o 42, 20 janvier 2010, « Consultation générale sur l'avant-projet de loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives en matière d'adoption et d'autorité parentale (3) », p. 13 et 14 (monsieur Jean-Pierre-Yves Pépin), p. 15 et 16 (monsieur Jean-Pierre Garceau-Bussières), en ligne : <<http://www.assnat.qc.ca/fr/travaux-parlementaires/commissions/ci-39-1/journal-debats/CI-100120.html>> (consulté le 27 août 2010).
104. Pour consulter le mémoire de l'Association : ASSOCIATION DES GRANDS-PARENTS DU QUÉBEC, *Mémoire sur l'avant-projet de loi intitulé Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives en matières d'adoption et d'autorité parentale*, 10 décembre 2009, en ligne : <<http://www.assnat.qc.ca/fr/travaux-parlementaires/commissions/CI/mandats/Mandat-8963/memoires-deposes.html>> (consulté le 25 mai 2010). Voir aussi : QUÉBEC,

radicale, celle voulant que l'adoption sans rupture du lien de filiation devienne la norme au Québec¹⁰⁵. En ce sens, ils sont tous trois mus par une représentation de l'intérêt de l'enfant qui capitalise sur l'enjeu identitaire et l'importance des liens de sang.

Pour la COFAQ, une telle conception, en plus de ses recommandations insistant sur la nécessité de ne pas confondre besoin de protection et adoption, s'inscrivent en lien avec sa mission, qui suppose la revendication d'une politique familiale globale en aide aux familles en difficulté et la promotion de la famille naturelle. Il en va de même de l'Institut généalogique Drouin, dont le discours est tout autant influencé par sa mission, qui s'intéresse expressément à la filiation par le sang – à laquelle le régime de filiation adoptive plénier actuel « nuit ». Sans clairement faire référence à l'intérêt de l'enfant, l'entièreté de son discours est ainsi axé vers une finalité unique : celle de permettre aux généalogistes d'effectuer leur travail de façon adéquate en introduisant des mesures qui ne provoqueront pas la brisure des liens de sang entre un enfant adopté et ses parents d'origine – via l'introduction de l'adoption sans rupture du lien de filiation – ou à tout le moins qui

---

ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats*. Commissions parlementaires, Commission permanente des institutions, 1^{re} sess., 39^e légis., vol. 41, n^o 43, 2 février 2010, « Consultation générale sur l'avant-projet de loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives en matière d'adoption et d'autorité parentale (4) », p. 49 et 50 (monsieur Luc Trudeau), p. 52 et 55 (monsieur Henri LaFrance), en ligne : <<http://www.assnat.qc.ca/fr/travaux-parlementaires/commissions/ci-39-1/journal-debats/CI-100202.html>> (consulté le 27 août 2010).

105. Sous réserve, en ce qui a trait à l'AGPQ, des tempéraments exprimés en commission parlementaire, où elle laisse entendre que la forme d'adoption privilégiée par le législateur, qu'elle soit plénière ou sans rupture du lien de filiation, n'a pas tant d'importance. Voir : QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats*. Commissions parlementaires, Commission permanente des institutions, 1^{re} sess., 39^e légis., vol. 41, n^o 43, 2 février 2010, « Consultation générale sur l'avant-projet de loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives en matière d'adoption et d'autorité parentale (4) », p. 50 (monsieur Luc Trudeau), p. 52 (monsieur Henri LaFrance), en ligne : <<http://www.assnat.qc.ca/fr/travaux-parlementaires/commissions/ci-39-1/journal-debats/CI-100202.html>> (consulté le 27 août 2010).

faciliteraient davantage l'accès à l'information – notamment par l'adoption ouverte ou par des mesures d'accès aux dossiers d'adoption plus libérales. En cela, pourrait-on même avancer que l'Institut Drouin tend à confondre intérêt de l'enfant et intérêt de la collectivité à connaître son histoire¹⁰⁶. Enfin, quant à l'AGPQ, elle fait pareillement de la question identitaire le point de mire en matière d'intérêt de l'enfant. Sa bataille est toutefois différente, s'agissant de défendre les droits des grands-parents biologiques, de leurs petits-enfants et des aînés. En cela, sa représentation de l'intérêt de l'enfant¹⁰⁷, généralement particularisée en fonction de sa dimension identitaire et des liens de sang avec les grands-parents, concourt avec ses propres intérêts.

Ces positions arrêtées en lien avec une conception de l'intérêt de l'enfant qui se résume à sa vérité biologique sont en partie à distinguer de celles prisées par le Mouvement Retrouvailles¹⁰⁸ et le

---

106. À ce sujet, voir les propos de l'ex-ministre Kathleen Weil : QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats*. Commissions parlementaires, Commission permanente des institutions, 1^{re} sess., 39^e légis., vol. 41, n^o 42, 20 janvier 2010, « Consultation générale sur l'avant-projet de loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives en matière d'adoption et d'autorité parentale (3) », p. 11 (madame Kathleen Weil), en ligne : <<http://www.assnat.qc.ca/fr/travaux-parlementaires/commissions/ci-39-1/journal-debats/CI-100120.html>> (consulté le 27 août 2010).

107. Paradoxalement, l'AGPQ instrumentalise également la question de l'attachement de l'enfant adopté envers ses grands-parents biologiques pour défendre sa position.

108. Pour consulter le mémoire du Mouvement : MOUVEMENT RETROUVAILLES, *Mémoire présenté à la Commission des institutions lors des audiences publiques prévues à la commission parlementaire de janvier 2010 portant sur l'avant-projet de loi intitulé : « Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives en matière d'adoption et d'autorité parentale »*, novembre 2009, en ligne : <<http://www.assnat.qc.ca/fr/travaux-parlementaires/commissions/CI/mandats/Mandat-8963/memoires-deposes.html>> (consulté le 25 mai 2010). Voir aussi : QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats*. Commissions parlementaires, Commission permanente des institutions, 1^{re} sess., 39^e légis., vol. 41, n^o 40, 13 janvier 2010, « Consultation générale sur l'avant-projet de loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives en matière d'adoption et d'autorité parentale (1) », p. 13-17 (madame Caroline

Conseil d'adoption du Canada¹⁰⁹. En effet, bien que sensibles à l'enjeu identitaire inhérent à l'intérêt de l'enfant, ces deux derniers groupes de pression adoptent une position plus tempérée – celle non pas liée à la nécessité de faire de l'adoption sans rupture du lien de filiation le modèle premier, mais bien de réparer *a posteriori* les erreurs du passé en permettant l'accès aux dossiers d'adoption le plus large qui soit. Bien que rattachée à l'acceptation biologique de l'intérêt de l'enfant, l'idéologie du Mouvement Retrouvailles et du Conseil d'adoption du Canada se situe à cet égard en aval d'une problématique déjà existante, de liens de sang déjà rompus, et non pas en amont d'un enjeu peut-être plus grand, celui des adoptions de l'avenir.

En ce sens, puisque le Mouvement Retrouvailles milite pour les retrouvailles entre parents d'origine et enfant adopté, l'intérêt de l'enfant réside pour lui dans l'accès à ses origines. Le Mouvement Retrouvailles cherche donc *a posteriori* à rendre à l'enfant « ce qui lui appartient » : ses liens de sang. En commission parlementaire, il s'exprimera ainsi : « [n]ous demandons donc au gouvernement de redonner la vérité à ces enfants confiés à l'adoption et la dignité aux parents qui ont dû poser un geste contre leur volonté. »¹¹⁰ La position du Conseil d'adoption du Canada se rapproche en ce sens de la sienne. En effet, ce dernier centre ses propos sur les mesures

---

Fortin), en ligne : <<http://www.assnat.qc.ca/fr/travaux-parlementaires/commissions/ci-39-1/journal-debats/CI-100113.html>> (consulté le 24 août 2010).

109. Pour consulter le mémoire du Conseil : CONSEIL D'ADOPTION DU CANADA, *L'énoncé de position du CAC quant à la loi sur l'adoption au Québec (2009)*, mémoire sur l'avant-projet de loi portant réforme du droit de l'adoption et de l'autorité parentale, en ligne : <<http://www.assnat.qc.ca/fr/travaux-parlementaires/commissions/CI/mandats/Mandat-8963/memoires-deposes.html>> (consulté le 25 mai 2010).
110. QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats*. Commissions parlementaires, Commission permanente des institutions, 1^{re} sess., 39^e légis., vol. 41, n^o 40, 13 janvier 2010, « Consultation générale sur l'avant-projet de loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives en matière d'adoption et d'autorité parentale (1) », p. 14 (madame Caroline Fortin), en ligne : <<http://www.assnat.qc.ca/fr/travaux-parlementaires/commissions/ci-39-1/journal-debats/CI-100113.html>> (consulté le 24 août 2010).

suggérées en matière de confidentialité des dossiers d'adoption, souhaitant relever le défi suivant : promouvoir l'adoption tout en rendant *a posteriori* à l'enfant son identité, ses liens de sang.

Certains associent toutefois bien plus que les liens de sang et le droit aux origines à la vérité biologique. De fait, les discours des deux intervenants du monde autochtone l'unissent à l'héritage de la communauté, de la culture. En ce sens, le Grand conseil des Cris (Eeyou Istchee) et Administration régionale crie¹¹¹, tout comme la Société Makivik et la Régie régionale de la santé et des services sociaux Nunavik¹¹², misent sur l'acception biologique de l'intérêt de l'enfant, particularisée en fonction de l'héritage collectif et culturel. Or, leurs propos n'ont pas pour objet de commenter directement les modifications proposées dans l'avant-projet de loi. Au contraire, ils défendent le point de vue voulant qu'il soit nécessaire d'incorporer l'adoption coutumière à la législation québécoise afin de permettre la reconnaissance pleine et entière d'un droit issu d'un traité et

-
111. Pour consulter le mémoire du Grand Conseil : GRAND CONSEIL DES CRIS (EEYOU ISTCHEE) ET ADMINISTRATION RÉGIONALE CRIE, *Mémoire sur l'avant-projet de loi intitulé Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives en matière d'adoption et d'autorité parentale*, janvier 2010, en ligne : <<http://www.assnat.qc.ca/fr/travaux-parlementaires/commissions/CI/mandats/Mandat-8963/memoires-deposes.html>> (consulté le 25 mai 2010). Voir aussi : QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats*. Commissions parlementaires, Commission permanente des institutions, 1^{re} sess., 39^e légis., vol. 41, n^o 44, 3 février 2010, « Consultation générale sur l'avant-projet de loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives en matière d'adoption et d'autorité parentale (5) », p. 2 (monsieur Romeo Saganash), en ligne : <<http://www.assnat.qc.ca/fr/travaux-parlementaires/commissions/ci-39-1/journal-debats/CI-100203.html>> (consulté le 27 août 2010).
112. Pour consulter le mémoire de la Société : SOCIÉTÉ MAKIVIK ET RÉGIE RÉGIONALE DE LA SANTÉ ET DES SERVICES SOCIAUX NUNAVIK, *Comments Concerning the Draft Bill to Amend the Civil Code and Other Legislative Provisions as regards Adoption and Parental Authority*, janvier 2010, en ligne : <<http://www.assnat.qc.ca/fr/travaux-parlementaires/commissions/CI/mandats/Mandat-8963/memoires-deposes.html>> (consulté le 25 mai 2010).

reconnu par la *Convention de la Baie James et du Nord québécois*¹¹³ et par la Constitution canadienne¹¹⁴. Aussi, leurs représentations similaires de l'intérêt de l'enfant convergeront vers leur mission respective, celle de militer pour la reconnaissance et la protection des droits des autochtones et d'appuyer leurs valeurs, leurs coutumes et leurs modes de vie.

Partant, le constat suivant s'impose : l'intérêt de l'enfant fera-t-il l'objet de certains tempéraments pour ceux qui croient en la prééminence de la vérité biologique. Aussi, certains le particulariseront en fonction des stricts liens de sang, notamment par la revendication du droit à l'identité et par la volonté de voir prévaloir l'institution de l'adoption sans rupture du lien de filiation. D'autres l'instrumentaliseront plutôt en fonction d'une volonté de réparer *a posteriori* les erreurs du passé en ouvrant les dossiers d'adoption. Enfin, certains avanceront l'importance capitale de l'héritage culturel par la volonté que soit officiellement intégrée au droit québécois l'institution de l'adoption coutumière. Aussi, pour chacun des intervenants, la particularisation de la dimension biologique de l'intérêt de l'enfant fera-t-elle écho à la mission dont ils sont investis, tout en négligeant que soit adéquatement représenté le caractère polymorphe de l'intérêt de l'enfant ? Ceci dit, la vérité biologique ne sera pas détournée dans tous les discours. Pour certains groupes de pression, l'intérêt de l'enfant sera plutôt, à l'opposé du continuum, détourné en fonction de son acception sociologique.

2.2.2 La théorie de l'attachement instrumentalisée

Pour certains intervenants, l'intérêt de l'enfant doit se résumer à sa réalité socio-affective, le lien d'attachement développé avec ses parents adoptifs devant être l'unique préoccupation. À cet

---

113. SECRÉTARIAT AUX AFFAIRES AUTOCHTONES, *Convention de la Baie James et du Nord québécois et conventions complémentaires*, Québec, Publications du Québec, 2006.

114. *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11 (R.-U.), art. 35.

égard, la Fédération des parents adoptants du Québec (« FPAQ »)¹¹⁵ opte pour un discours radical, à l'apogée de ce que peut sous-tendre l'adhésion à la théorie de l'attachement. Aussi, c'est sans surprise qu'elle émet des réserves relativement au modèle d'adoption ouverte proposé par l'avant-projet, favorisant notamment une discrétion absolue des parents adoptants en matière d'entente de communication au motif d'une crainte raisonnable de judiciarisation. En matière de confidentialité des dossiers d'adoption, la FPAQ propose un recul en regard de l'actuel article 583 C.c.Q. en recommandant que soit repoussé à 18 ans l'âge des retrouvailles pour l'enfant adopté au motif de son instabilité et de sa fragilité émotive. Au surplus, elle élude la question de la quête identitaire des enfants adoptés, la ramenant à une affaire de papiers en affirmant qu'il s'agit de pallier au manque d'informations contenues aux dossiers d'adoption. Sa crainte à l'égard des « affaires de sang » et de la généalogie se manifeste en outre au travers d'une volonté ultime : celle considérant que l'adoption sans rupture du lien de filiation ne doit pas exister, l'adoption plénière devant demeurer le seul régime possible en droit québécois. Aussi, la FPAQ instrumentalise-t-elle l'intérêt de l'enfant en centrant, toujours, ses propos sur l'attachement : « [l]e lien juridique ne créera pas de lien d'attachement parce qu'on ne peut pas instituer une obligation d'aimer »¹¹⁶.

---

115. Pour consulter le mémoire de la Fédération : FÉDÉRATION DES PARENTS ADOPTANTS DU QUÉBEC (Claire-Marie GAGNON), *Mémoire sur l'Avant-projet de loi – Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives en matière d'adoption et d'autorité parentale*, 14 janvier 2010, en ligne : <<http://www.assnat.qc.ca/fr/travaux-parlementaires/commissions/CI/mandats/Mandat-8963/memoires-deposes.html>> (consulté le 25 mai 2010). Voir aussi : QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats*. Commissions parlementaires, Commission permanente des institutions, 1^{re} sess., 39^e légis., vol. 41, n° 41, 14 janvier 2010, « Consultation générale sur l'avant-projet de loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives en matière d'adoption et d'autorité parentale (2) », p. 20, 21 et 26 (madame Claire-Marie Gagnon), p. 22 (monsieur Pierre Dorches), en ligne : <<http://www.assnat.qc.ca/fr/travaux-parlementaires/commissions/ci-39-1/journal-debats/CI-100114.html>> (consulté le 27 août 2010).

116. FÉDÉRATION DES PARENTS ADOPTANTS DU QUÉBEC (Claire-Marie GAGNON), préc., note 115, p. 10.

En cela, sa représentation de l'intérêt de l'enfant s'inscrit en concordance avec ses objectifs, qui visent le soutien aux familles adoptives et la sensibilisation aux réalités vécues par elles. Pour la FPAQ, le noyau de la famille adoptive doit donc être préservé. La FPAQ s'applique donc à remettre en cause le bien-fondé des mesures visant à faciliter le maintien ou la construction de liens avec les parents de sang. Sa crainte que l'adoption sans rupture du lien de filiation ne relègue les adoptants au rang de « demi-parents » transcende d'ailleurs l'ensemble de ses propos et colore sa représentation de l'intérêt de l'enfant, ultimement défini en fonction de son axiome sociologique.

La position de l'Association de parents pour l'adoption québécoise (« APAQ »)¹¹⁷ peut en ce sens paraître moins tranchée : bien que penchant du côté de la sécurité et du développement sain de l'enfant dans sa famille de substitution, elle ne trace pas un portrait tout noir des nouvelles formes d'adoption proposées. En cela, elle admettrait l'adoption sans rupture du lien de filiation dans la mesure où elle demeurerait l'exception. Elle permettrait également l'adoption ouverte dans certains cas et à certaines conditions. En matière de confidentialité, elle préconiserait l'ouverture des dossiers d'adoption, reconnaissant l'importance des antécédents et des origines de l'enfant adopté. Ceci dit, elle campe néanmoins son discours du côté de la réalité socio-affective de l'enfant, opinant que la réforme doit être envisagée au regard d'un objectif premier : les besoins de stabilité et de sécurité de l'enfant dans son développement. L'APAQ privilégie ainsi la dimension sociologique de l'intérêt de l'enfant, représentée par la stabilité et la sécurité de l'enfant, et en conséquence, par l'importance de son attachement à sa famille adoptive. Aussi, cette représentation de l'intérêt de l'enfant cadre-t-elle avec sa mission, qui vise à soutenir les familles adoptives et à expliquer les enjeux inhérents à

---

117. Pour consulter le mémoire de l'Association : ASSOCIATION DE PARENTS POUR L'ADOPTION QUÉBÉCOISE, *Consultations publiques – Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives en matière d'adoption et d'autorité parentale*, 19 novembre 2009, en ligne : <<http://www.assnat.qc.ca/fr/travaux-parlementaires/commissions/CI/mandats/Mandat-8963/memoires-deposes.html>> (consulté le 27 mai 2010).

l'adoption. Tant pour la FPAQ que pour l'APAQ, l'intérêt de l'enfant se confondra donc au final avec celui de la famille adoptive : pour être heureux, l'enfant devra s'y attacher et s'y développer, en exclusivité.

Aussi, leurs interventions rejoignent-elles celles de la Coalition des familles homoparentales (« CFH »)¹¹⁸ et du Comité pour la diversité sexuelle (« CDS »)¹¹⁹, lesquels instrumentalisent la théorie de l'attachement afin de faire primer l'intérêt de l'adoptant, justifiant la dialectique par la crainte que l'orientation sexuelle de

-
118. Pour consulter le mémoire de la Coalition : COALITION DES FAMILLES HOMOPARENTALES, *Mémoire de la Coalition des familles homoparentales : Consultation sur l'Avant-projet de loi intitulé Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives en matière d'adoption et d'autorité parentale*, en ligne : <<http://www.assnat.qc.ca/fr/travaux-parlementaires/commissions/CI/mandats/Mandat-8963/memoires-deposes.html>> (consulté le 25 mai 2010). Voir aussi : QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats*. Commissions parlementaires, Commission permanente des institutions, 1^{re} sess., 39^e légis., vol. 41, n° 41, 14 janvier 2010, « Consultation générale sur l'avant-projet de loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives en matière d'adoption et d'autorité parentale (2) », p. 3, 4 et 7 (monsieur Gary Sutherland), en ligne : <<http://www.assnat.qc.ca/fr/travaux-parlementaires/commissions/ci-39-1/journal-debats/CI-100114.html>> (consulté le 27 août 2010).
119. Pour consulter le mémoire du Comité : CENTRALE DES SYNDICATS DU QUÉBEC (COMITÉ POUR LA DIVERSITÉ SEXUELLE), *Pour des règles en matière d'adoption qui reflètent la diversité des familles québécoises*, Avis présenté au ministère de la Justice du Québec dans le cadre des consultations entourant l'avant-projet de loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives en matière d'adoption et d'autorité parentale, novembre 2009, en ligne : <<http://www.assnat.qc.ca/fr/travaux-parlementaires/commissions/CI/mandats/Mandat-8963/memoires-deposes.html>> (consulté le 25 mai 2010). Voir aussi : QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats*. Commissions parlementaires, Commission permanente des institutions, 1^{re} sess., 39^e légis., vol. 41, n° 43, 2 février 2010, « Consultation générale sur l'avant-projet de loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives en matière d'adoption et d'autorité parentale (4) », p. 13 (monsieur Jacques Pétrin), en ligne : <<http://www.assnat.qc.ca/fr/travaux-parlementaires/commissions/ci-39-1/journal-debats/CI-100202.html>> (consulté le 27 août 2010).

l'adoptant ne joue en sa défaveur. En ce sens, la CFH part d'une prémisse qui rend son discours discordant, laissant sous-entendre – peut-être à bon droit dans d'autres circonstances – qu'une partie de la population québécoise est opposée à l'existence des familles homoparentales. Ainsi, bien qu'elle salue certaines mesures de l'avant-projet de loi, elle dénonce notamment que l'adoption sans rupture du lien de filiation puisse être prononcée suivant une liste de cas non limitative. Elle estime que la discrétion laissée aux juges est trop grande, de sorte que ceux qui sont « inconfortables avec les familles homoparentales » pourraient être tentés par cette forme d'adoption afin de donner, en partie, une famille « normale » à l'enfant adopté. Elle recommande donc que la prévalence de l'adoption plénière soit réaffirmée et que le champ d'application de l'adoption sans rupture du lien de filiation soit limité à certains cas précis. Quant à l'adoption ouverte, elle la craint et en recommande la limitation, s'agissant pour elle de privilégier le consensualisme sans nécessité de judiciaireiser l'entente de communication et sans possibilité de contacts physiques entre l'enfant et ses parents biologiques. Aussi, bien qu'elle reconnaisse l'importance du droit de l'enfant de connaître ses antécédents, sa position demeure toujours axée vers le volet socio-affectif de l'intérêt de l'enfant, lequel est synonyme d'attachement, de stabilité et de sécurité – que l'enfant pourra trouver au sein de sa famille adoptive homoparentale. En cela, elle évoque l'argument de l'intérêt de l'enfant avec partialité et entrevoit les nouvelles mesures en fonction d'une finalité qui lui est propre : celle visant à tout mettre en œuvre pour faciliter la reconnaissance juridique et sociale de familles homoparentales « autonomes » à l'égard de leur enfant, lequel doit être dépouillé de toute référence à son passé biologique.

Les propos du CDS sont en cela tout à fait comparables. Ce dernier questionne l'avant-projet de loi, étant d'avis que « ses effets pervers risquent de toucher particulièrement les familles homoparentales, grandes oubliées de la démarche ayant mené à la rédaction de l'avant-projet de loi. »¹²⁰ La notion de projet de vie

---

120. CENTRALE DES SYNDICATS DU QUÉBEC (COMITÉ POUR LA DIVERSITÉ SEXUELLE), préc., note 119, p. 6.

permanent pour l'enfant est donc au cœur de ses préoccupations, lui permettant de mieux lutter contre l'homophobie et pour la reconnaissance des droits parentaux des couples de même sexe. En cela, son discours est entièrement teinté par sa mission, laquelle vise une telle reconnaissance. Aussi, propose-t-il que l'adoption sans rupture du lien de filiation soit balisée et demeure l'exception, craignant au même titre que la CFH une trop grande discrétion des magistrats. Il en va de même de l'adoption ouverte, dont il souhaite qu'elle soit encadrée selon les mêmes propositions que la CFH. D'ailleurs, le CDS ne traite que très brièvement de l'intérêt de l'enfant, s'agissant au final de lutter pour protéger les parents homosexuels en instrumentalisant la théorie de l'attachement à son profit. Ainsi, à l'instar de la CFH, l'acception identitaire de l'intérêt de l'enfant et les questions liées au droit aux origines, à la généalogie, aux liens d'origine sont quasi absentes de son discours, l'axiome sociologique de l'intérêt de l'enfant lui permettant plutôt de mener le combat de la lutte à l'homophobie et de la reconnaissance légale et sociale des familles homoparentales.

Pourtant, à la lumière de ces principaux critères de définition, on peut douter que l'intérêt de l'enfant puisse être conçu en favorisant uniquement sa dimension sociologique. En campant leur position du côté sociologique et en visant à soutenir les parents adoptants, la FPAQ, l'APAQ, le CRH et le CDS auront certes été fidèles à leurs missions, mais sans toutefois faire écho à toutes les dimensions et la complexité de l'intérêt de l'enfant. Tout autant que les intervenants qui, tantôt, ont préféré la vérité biologique, ils ont instrumentalisé l'intérêt de l'enfant au service de leur mission respective. C'est aussi ce qu'aura fait un ultime intervenant, utilisant l'identité au service de finalités en partie étrangères à la filiation adoptive.

2.2.3 La défense de finalités étrangères

La Fédération des associations de familles monoparentales et recomposées du Québec (« FAFMRQ »)¹²¹ instrumentalise sans détour l'acception biologique de l'intérêt de l'enfant, et ce, au profit de finalités en partie étrangères à la filiation adoptive. Ainsi, le tiers de ses recommandations sont sans lien réel avec l'avant-projet de loi, bien qu'elle tente de les y rattacher. En effet, elle propose par-ci la présence de mesures d'accès à la justice et de lutte contre la pauvreté dans le prochain plan d'action gouvernemental et par-là le rehaussement des seuils d'admissibilité à l'aide juridique, invoquant l'obligation de recourir au tribunal pour retirer un consentement au partage de l'autorité parentale et la nécessité de renseigner les parents biologiques et adoptants des effets d'une entente de communication. Dans cette veine, la FAFMRQ s'exprime également sur les problèmes de pauvreté qui touchent les familles monoparentales et se positionne afin qu'elles ne se voient pas « enlever » leur enfant par la Direction de la protection de la jeunesse grâce à des procédures d'ordonnance de placement en vue de l'adoption trop souples, soulignant l'importance de la cellule familiale d'origine. Par surcroît, elle dénonce au passage le traitement fiscal des pensions alimentaires, considérées comme un revenu pour les fins du programme d'aide sociale. En cela, ses

---

121. FÉDÉRATION DES ASSOCIATIONS DE FAMILLES MONOPARENTALES ET RECOMPOSÉES DU QUÉBEC, *Mieux tenir compte des nouvelles réalités en matière d'adoption et d'autorité parentale*, Mémoire présenté à la Commission des institutions chargée d'étudier l'avant-projet de loi – *Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives en matière d'adoption et d'autorité parentale*, novembre 2009, en ligne : <<http://www.assnat.qc.ca/fr/travaux-parlementaires/commissions/CI/mandats/Mandat-8963/memoires-deposes.html>> (consulté le 25 mai 2010). Voir aussi : QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats*. Commissions parlementaires, Commission permanente des institutions, 1^{re} sess., 39^e légis., vol. 41, n^o 41, 14 janvier 2010, « Consultation générale sur l'avant-projet de loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives en matière d'adoption et d'autorité parentale (2) », p. 11 et 13 (madame Sylvie Lévesque), p. 13 et 16-19 (madame Lorraine Desjardins), en ligne : <<http://www.assnat.qc.ca/fr/travaux-parlementaires/commissions/ci-39-1/journal-debats/CI-100114.html>> (consulté le 27 août 2010).

propos sont pleinement teintés par sa mission, laquelle vise le mieux-être des familles monoparentales et recomposées, notamment par la lutte contre la pauvreté, la promotion de l'accès à la justice et à l'éducation, la reconnaissance et le financement des organismes communautaires consacrés à la famille.

La FAFMRQ fait toutefois certains commentaires directement en lien avec l'avant-projet de loi. Or, ceux-ci sont encore voués à la défense de l'acception biologique de l'intérêt de l'enfant, qui devrait être maintenu dans son milieu naturel. Ainsi, tout en reconnaissant que l'adoption est parfois la seule mesure possible dans l'intérêt de l'enfant, la FAFMRQ recommande qu'elle demeure exceptionnelle. De plus, elle est en faveur de l'adoption sans rupture du lien de filiation, étant d'avis que la question identitaire demeure centrale chez tous les adoptés. Aussi, la dimension biologique de l'intérêt de l'enfant est-elle privilégiée, conformément à la mission de la FAFMRQ. En ce sens, elle souhaite que les familles monoparentales, souvent visées par les mesures de protection, puissent « garder » leur enfant, ou à tout le moins, préserver un lien avec lui, s'agissant ultimement de défendre les parents en difficulté plutôt que toutes les dimensions de l'intérêt de l'enfant. Aussi, insistera-t-elle de nouveau sur le volet biologique au moment de commenter les mesures portant sur la confidentialité des dossiers d'adoption et sur l'autorité parentale.

En somme, le combat mené par la FAFMRQ pour l'identité manque d'objectivité et ne rend pas compte des autres dimensions de l'intérêt de l'enfant, sa finalité ultime étant de favoriser le mieux-être des familles monoparentales et recomposées en difficulté. Aussi, le caractère polymorphe de l'intérêt de l'enfant est-il négligé au profit d'une vision réductrice favorisant la mission de la FAFMRQ. De nouveau, l'intérêt de l'enfant sert comme paravent, cette fois comme justification au service d'une mission sociale.

Conclusion

L'intérêt de l'enfant est une notion polymorphe dont les contours sont difficiles à cerner. Ses paramètres historiques, ses fondements supra-législatifs et ses principaux critères de définition, exposés de manière succincte et dans le contexte de l'adoption, permettent néanmoins d'en mieux saisir la portée. Ainsi, l'éclosion du principe aura-t-elle été longue et progressive, depuis la Révolution française jusqu'à sa réception dans le droit anglais, puis dans la jurisprudence canadienne et dans la législation québécoise, pour finir par sa consécration ultime, au début des années 1980, à l'article 30 du *Code civil du Bas-Canada*, aujourd'hui repris à l'article 33 du *Code civil du Québec*. L'intérêt de l'enfant n'en est pas moins devenu le paradigme du nouveau siècle en droit familial, appelant une réflexion préliminaire quant à ses fondements supra-législatifs, qu'on retrace notamment au travers du droit international. On peut en outre voir dans la *Charte québécoise*¹²² un outil de réaffirmation de l'importance du principe, l'existence de rattachements entre l'intérêt de l'enfant et la *Charte canadienne*¹²³ n'étant pas plus à exclure.

Par ailleurs, les principaux éléments de définition de l'intérêt de l'enfant, tant *in abstracto* que *in concreto*, sont nombreux. De fait, l'intérêt de l'enfant doit être apprécié au moyen de multiples critères, dont les « besoins moraux, intellectuels, affectifs et physiques de l'enfant », de même que « son âge, sa santé, son caractère, son milieu familial et les autres aspects de sa situation ». Des facteurs additionnels, dont la volonté de maintenir l'intégrité de la cellule familiale d'origine, la stabilité émotive de l'enfant, les liens socio-affectifs développés et l'attachement éprouvé envers ceux qui l'entourent, les désirs de l'enfant, l'héritage culturel et l'appartenance ethnique de l'enfant ainsi que la force positive du lien qui l'unit à son parent, doivent aussi être considérés.

---

122. Préc., note 36.

123. Préc., note 55.

Cela étant, le caractère polymorphe, flou, évolutif, de l'intérêt de l'enfant le rend facilement manipulable. Les discours tenus par les ordres professionnels et les groupes de pression à l'occasion des consultations publiques menées par l'Assemblée nationale du Québec sur l'avant-projet de *Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives en matière d'adoption et d'autorité parentale*¹²⁴, que nous rapportons plus haut, le démontrent aisément. En effet, ils confirment que la représentation abstraite qu'ils entretiennent respectivement de l'intérêt de l'enfant ne rend pas justice à son caractère polymorphe. En cela, leurs conceptions s'articulent autour d'une ou de quelques-unes des dimensions de l'intérêt de l'enfant – celles qui convergent vers des perspectives associées à leur mission. Aussi, l'acception biologique de l'intérêt de l'enfant sera par-ci prisée, alors que son volet sociologique sera par-là préféré. Partant, l'intérêt de l'enfant sera tantôt mis au service du corporatisme professionnel, tantôt mis à profit de missions sociales. D'ailleurs, nous constatons que la dialectique des intervenants interrogés néglige parfois le concept même de l'intérêt de l'enfant, n'y référant que peu ou de façon accessoire ou implicite.

Or, ces mêmes représentations influenceront inébranlablement le législateur dans les choix qu'il se proposera de retenir lors de l'adoption formelle de l'avant-projet de loi. En cela, il nous faut maintenant dresser les constats qui s'imposent afin de jeter un regard prospectif sur le droit familial de demain. À ce sujet, il serait d'ailleurs intéressant de questionner le poids qu'occupe la *Convention relative aux droits de l'enfant*¹²⁵, et plus particulièrement la notion « d'intérêt supérieur de l'enfant » intégrée à son article 3, en droit canadien et québécois. En effet, bien que le Canada ait adhéré à la *Convention*, elle ne fait toujours pas l'objet d'une loi de mise en œuvre à ce jour, ni par le gouvernement fédéral ni par le

---

124. Préc., note 10.

125. Préc., note 48.

gouvernement québécois¹²⁶. Or, le droit international n'a pas d'application immédiate en droit canadien et notre système constitutionnel exige, pour qu'un traité international acquière force de loi, qu'il soit non seulement conclu et ratifié par le gouvernement central, mais également qu'une loi de mise en œuvre soit adoptée par le gouvernement central ou provincial¹²⁷, selon le partage des compétences législatives prévu à la *Loi constitutionnelle de 1867*¹²⁸. Pourtant, en 2015, malgré l'adhésion du Canada et l'accord du Québec, la *Convention* n'a toujours pas force de loi au pays, le droit international n'ayant pour sa part qu'une valeur interprétative en droit interne¹²⁹.

Or, à la lumière d'un tel constat, faut-il y voir un manque de considération de la part de nos législateurs pour l'intérêt de l'enfant? Faut-il, à l'heure où nombre de juridictions internes et internationales consacrent l'importance du principe, conclure que la notion n'a qu'une valeur relative ou « supplétive » en droit québécois et canadien? Faut-il admettre, en lien avec la problématique exposée, que l'intérêt de l'enfant puisse être instrumentalisé?

---

126. Nous rappelons que le Canada a signé ladite *Convention* le 28 mai 1990, l'a ratifiée le 13 décembre 1991 et elle est entrée en vigueur au pays le 12 janvier 1992. En outre, le gouvernement du Québec s'est déclaré lié par la *Convention* par voie de décret. Voir : *Décret 1676-91*, préc., note 50; C. LAVALLÉE, préc., note 14, p. 279 et suiv.

127. C. LAVALLÉE, « La Convention internationale relative aux droits de l'enfant et son application au Canada », préc., note 46, 613.

128. 30 & 31 Vict., c. 3 (R.-U.).

129. Nous rappelons en ce sens les motifs majoritaires de la juge Claire L'Heureux-Dubé dans le célèbre arrêt *Baker c. Canada (Ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817 : « Les valeurs exprimées dans le droit international des droits de la personne peuvent, toutefois, être prises en compte dans l'approche contextuelle de l'interprétation des lois et en matière de contrôle judiciaire. » Il faut toutefois savoir que les juges Iacobucci et Cory ont enregistré une dissidence à cet égard, les quatre autres juges étant en accord avec les motifs de la juge L'Heureux-Dubé.

Nous ne le croyons pas. En effet, le droit international a sans contredit forgé l'avènement du principe de l'intérêt de l'enfant dans le droit commun québécois¹³⁰ et les droits aujourd'hui reconnus à l'enfant, notamment par le truchement du *Code civil du Québec*, apparaissent conformes à l'esprit de la *Convention*¹³¹. Aussi, à la lumière d'un tel constat, l'instrumentalisation de l'intérêt de l'enfant apparaît d'autant inacceptable. Un redéploiement de la notion pourrait néanmoins s'avérer nécessaire, notamment via la consécration formelle de la valeur de la *Convention relative aux droits de l'enfant* en droit canadien et québécois, étant toutefois entendu que l'intérêt de l'enfant ne demeure qu'un facteur parmi d'autres pour adjuger face à l'enfant¹³². En outre, une réflexion qui permette un repositionnement de l'intérêt de l'enfant, par exemple à la lumière des droits qui sont reconnus à l'enfant en droit québécois, paraît-elle judicieuse.

---

130. *Supra*, p. 7 et suiv.

131. C. LAVALLÉE, préc., 14, n° 365, p. 290.

132. À ce dernier sujet, voir : *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général)*, préc., note 56, par. 10.

D'ailleurs, la réforme du droit de la famille annoncée en 2013 par le gouvernement provincial¹³³, comme suite à l'arrêt de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Éric c. Lola*¹³⁴, ainsi que la présentation des Projets de loi 47¹³⁵ et 81¹³⁶ par les deux législatures précédentes, ne font que rehausser l'urgence de mener une telle réflexion. En cela, l'intérêt de l'enfant sera indubitablement au cœur du nouveau droit de la famille, comme gage d'un corpus législatif renouvelé et cohérent, tant en matière de filiation, de parentalité que de conjugalité. Son intégrité, nous l'espérons, ne s'en trouvera ainsi que renforcée.

---

133. MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, *Communiqué de presse*, 19 avril 2013, en ligne : <<http://communiqués.gouv.qc.ca/gouvqc/communiqués/GPQF/Avril2013/19/c7087.html>> (consulté le 4 février 2015). Cette annonce du gouvernement provincial, faite spécialement par l'ex-ministre de la Justice M^e Bertrand Saint-Arnaud, a donné lieu à la création du Comité consultatif sur le droit de la famille, présidé par le professeur Alain Roy et chargé d'évaluer l'opportunité de tenir une réforme en profondeur du droit de la famille au Québec. Ce Comité a déposé un rapport préliminaire en septembre 2013 concluant en la nécessité d'une réforme. À ce jour, le Comité poursuit toujours ses travaux, son rapport final étant attendu par l'actuelle ministre de la Justice, M^e Stéphanie Vallée, au printemps 2015. Pour consulter le rapport préliminaire du Comité, voir : MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, COMITÉ CONSULTATIF SUR LE DROIT DE LA FAMILLE, *Rapport sur l'opportunité d'une réforme globale du droit de la famille québécois*, 12 septembre 2013, en ligne : <<http://www.justice.gouv.qc.ca/francais/publications/rapports/public-rap.htm>> (consulté le 4 février 2015).

134. *Québec (Procureur général) c. A.*, 2013 CSC 5, infirmant *Droit de la famille — 102866*, 2010 QCCA 1978. Cet arrêt reconnaît la constitutionnalité du régime législatif québécois en matière de conjugalité, lequel encadre les droits et obligations des conjoints mariés et unis civilement et laisse primer l'autonomie individuelle et le libre choix des conjoints de fait, dont les rapports conjugaux ne font l'objet d'aucun encadrement en droit privé de la famille.

135. Préc., note 11.

136. *Id.*