Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Volume 42 – Numéro 3

Année : 2012

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/10285>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/10285>

Page vide laissée intentionnellement.

LES TRENTE PREMIÈRES ANNÉES DE LA CHARTE CANADIENNE EN DROIT DE LA FAMILLE	409
Par Robert LECKEY Nicholas BALA	
LA RÉCEPTION DES THÉORIES JURIDIQUES FRANÇAISES EN DROIT CIVIL QUÉBÉCOIS	459
Par Mathieu DEVINAT Édith GUILHERMONT	
THE CODIFICATION OF HUMAN RIGHTS IN CANADA	505
Par Maxime ST-HILAIRE	
L'INFLUENCE DU JUGE BASTARACHE DANS LES AFFAIRES DE DROIT LINGUISTIQUE À LA COUR SUPRÊME DU CANADA	571
Par Gaétan MIGNEAULT	
NAVIGUER SUR INTERNET JUSQU'À L'ÉPUISEMENT?	629
Par Charles L. LAMBONI Carole SÉNÉCHAL	
EAU QUÉBEC, QUEL AVENIR POUR L'OR BLEU?.....	677
Par Isabelle MARCOTTE-LATULIPPE Catherine TRUELLE	
L'ASSISTANCE ÉLECTORALE MULTILATÉRALE : UN PROCÉDÉ INCONTOURNABLE, MAIS INSUFFISANT DE PACIFICATION DES ÉTATS	713
Par Sacha NESTOROVIC	

Page vide laissée intentionnellement.

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : LES TRENTE PREMIÈRES ANNÉES DE LA CHARTE CANADIENNE EN DROIT DE LA FAMILLE

Auteur(s) : Robert LECKEY
Nicholas BALA

Revue : RDUS, 2012, volume 42, numéro 3

Pages : 409-457

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/10278>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/10278>

Page vide laissée intentionnellement.

ARTICLE

LES TRENTE PREMIÈRES ANNÉES DE LA CHARTRE CANADIENNE EN DROIT DE LA FAMILLE*

par Robert LECKEY**
Nicholas BALA***

Ce texte analyse la jurisprudence dans laquelle la Charte canadienne des droits et libertés a eu un effet significatif sur le droit de la famille au Canada. Il a trois objectifs. En premier lieu, il rassemble pour le chercheur ou étudiant francophone les principaux arrêts basés sur la Charte en matière familiale, que ce soit au Québec ou ailleurs au Canada, avec des références à la doctrine. Les jugements sont considérés par l'entremise de trois catégories, soit la définition de « conjoint », dans les provinces de common law et au Québec; la protection de l'enfant et l'art. 7; et les liens entre parents et enfants. En deuxième lieu, le texte met en relief l'impact plus profond de la Charte dans les provinces de common law qu'au Québec. En troisième lieu, sur le fond, il met en lumière un contraste entre le traitement accordé aux contestations menées par des adultes et celui accordé aux contestations menées par ou au compte des enfants.

This paper analyzes the case law in which the Canadian Charter of Rights and Freedoms has had a significant impact on Canadian family law. It pursues three objectives. First, it collects for the French-speaking researcher or student the principal judgments on family matters under the Charter, from Quebec or elsewhere in Canada, along with references to secondary literature. The judgments are presented in three categories: the definition of spouse, in the common-law provinces and in Quebec; the protection of the child and section 7; and the bonds between parents and children. Second, the text underscores the Charter's greater impact in the common-law provinces than in Quebec. Third, substantively, the paper highlights the contrast between the courts' treatment of claims brought by adults and those brought by children or on their behalf.

*. Ce texte est une version substantiellement remaniée d'un texte préparé pour l'Institut national de la magistrature pour distribution aux juges. Nous croyons qu'il pourrait s'avérer utile à un lectorat plus élargi. Cette recherche a été financée par le Conseil de recherches en sciences humaines. Les auteurs sont redevables à Jérémy Boulanger-Bonnelly pour son aide précieuse pendant la préparation de ce texte.

**. Professeur agrégé et titulaire d'une chaire William Dawson, Faculté de droit et Centre Paul-André Crépeau de droit privé et comparé, Université McGill.

***. Professeur, Faculté de droit, Université Queen's.

SOMMAIRE

Introduction	411
I. La définition de « conjoint »	415
A. Les conjoints de fait	416
B. Les conjoints de même sexe	419
C. La définition de « conjoint » au Québec	424
D. Les efforts pour changer les obligations conjugales	430
E. La polygamie	432
II. La protection de l'enfant et l'article 7	434
A. Le droit des parents de ne pas subir une ingérence injustifiée de l'État	435
B. Les droits parentaux dans les affaires relatives à la protection de l'enfant	440
C. Les droits des enfants dans les affaires relatives à leur protection	442
III. Les liens entre parents et enfants	447
A. Les droits parentaux dans les litiges privés	448
B. L'établissement du lien de la filiation	450
Conclusion	453

Introduction

Au cours des années qui ont suivi l'entrée en vigueur de la *Charte canadienne des droits et libertés* en 1982, des auteurs canadiens se sont interrogés sur son effet éventuel en droit de la famille¹. Plusieurs questions se posaient : comment le caractère individuel des droits protégés intégrerait-il le droit de la famille, qui traite de relations intimes entre individus? Quel poids donneraient les tribunaux canadiens à la jurisprudence constitutionnelle américaine? L'intérêt manifesté émergeait tant des auteurs québécois que des auteurs des autres provinces². Vers la fin des années 1990, la *Charte* a refaçonné considérablement le droit familial, reflétant et renforçant les changements fondamentaux d'attitude à l'égard de la vie familiale au sein de la population canadienne. Cet impact a cependant été moins prononcé sur le droit familial québécois, comme en témoigne le manque relatif d'attention accordée plus récemment à la *Charte* par la doctrine québécoise. Si le rôle significatif que joue la *Charte* en droit de la famille est désormais reconnu dans les provinces de common law, c'est dans une moindre mesure que les auteurs civilistes semblent avoir considéré les jugements rendus en vertu de cet instrument comme formant un ensemble qui a eu des effets transformateurs³.

-
1. *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.)].
 2. Voir par exemple Nicholas BALA et J. Douglas REDFEARN, « Family Law and the Liberty Interest : Section 7 of the Charter of Rights », (1983) 15 *R.D. Ottawa* 274; D.A. Rollie THOMPSON, « Why Hasn't the Charter Matterred in Child Protection », (1989) 8 *Rev. Can. D. Fam.* 133; Stephen TOOPE, « Riding the Fences : Courts, Charter Rights and Family Law », (1991) 9 *Rev. Can. D. Fam.* 55; José WOEHLING, « L'impact de la *Charte canadienne des droits et libertés* sur le droit de la famille au Québec », (1988) 19 *R.G.D.* 735; Jean RHÉAUME, *Droits et libertés de la personne et de la famille*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1990.
 3. L'affirmation, dans la version du texte que nous avons soumise à cette Revue, selon laquelle la doctrine civiliste aurait intégré la *Charte canadienne* parmi les sources du droit de façon moins prononcée que celle des provinces de common law, a divisé les évaluateurs anonymes qui en ont recommandé la publication. L'un de ceux-ci l'a dénoncée comme « réductrice, voire trompeuse »; pour l'autre, l'intérêt du présent texte provenait du fait que « [p]eu d'auteurs ont écrit à propos des impacts de

Par ailleurs, les questions liées à la *Charte* sont souvent complexes sur le plan conceptuel⁴. À tout le moins en partie, ces difficultés conceptuelles découlent du fait que la *Charte* s'attache principalement, entre autres aux articles 7 à 14, à la protection des droits de la personne contre l'ingérence injustifiée de l'État. Dans le domaine familial, cependant, il peut s'agir d'une collectivité – la famille – qui fait face à l'intervention des tribunaux et de

la Charte canadienne en droit de la famille ». Des précisions s'imposent donc. Jean PINEAU et Marie PRATTE, *La famille*, Montréal, Éditions Thémis, 2006, se réfèrent aux principaux jugements de la Cour suprême du Canada en matière familiale, sans toutefois faire ressortir leur effet cumulatif dans ce domaine, tandis que Michel TÉTRAULT, *Droit de la famille*, 4^e éd., vol.1, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2010, pp.28-32, présente une analyse sous le titre de « L'effet de la *Charte canadienne des droits et libertés* sur le droit de la famille ». De plus, certains auteurs de doctrine, dont Benoît MOORE, ont mentionné l'impact de la *Charte* lorsqu'ils traitaient d'un sujet qui relevait du droit de la famille ou qui le touchait : voir, par cet auteur, « Le droit de la famille et les minorités », (2003-04), 34 R.D.U.S. 229; « La discrimination dans le droit québécois de la famille », dans Jean-Louis BAUDOUIN et Patrice DESLAURIERS (dir.), *Droit à l'égalité et discrimination : aspects nouveaux*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2002, 265. Aussi, la *Charte* a fait partie d'un plaidoyer en faveur d'un développement du droit : *infra*, note 107. Il n'en demeure pas moins que la doctrine québécoise n'a produit aucun article scientifique consacré à l'impact de la *Charte* en droit familial depuis celui de J. WOEHRLING, « L'impact de la *Charte canadienne des droits et libertés* sur le droit de la famille au Québec », préc., note 2, de 1988. En revanche, pour plusieurs auteurs des provinces de common law, les jugements rendus en vertu de la *Charte* en matière familiale constituent un phénomène digne d'être analysé en lui-même. Voir Susan B. BOYD, « The Impact of the Charter of Rights and Freedoms on Canadian Family Law », (2000) 17 *Rev. Can. D. Fam.* 293; Alison Harvison YOUNG, « The Changing Family, Rights Discourse and the Supreme Court of Canada », (2001) 80 *R. du B. can.* 749; Nicholas BALA, « The Charter of Rights and Family Law in Canada : A New Era », (2001) 18 *Can. Fam. L.Q.* 373. Voir aussi Claire L'HEUREUX-DUBÉ, « What a Difference a Decade Makes : The Canadian Constitution and the Family Since 1991 », (2001) 27 *Queen's L.J.* 361; quoique écrit par un juge civiliste, ce texte se concentre sur les développements dans le droit familial des provinces de common law.

4. Voir par exemple Janet DOLGIN, « The Constitution as Family Arbiter : A Moral in the Mess », (2002) 102 *Colum. L. Rev.* 337, qui s'exprime au sujet de l'analyse « confuse et hésitante » adoptée par la Cour suprême des États-Unis dans l'examen des questions constitutionnelles relatives à la famille.

l'État. Dans certaines affaires, les juges doivent pondérer les droits constitutionnels des enfants et de leurs parents ou les droits d'un parent par rapport à ceux de l'autre. Une autre difficulté conceptuelle consiste à déterminer la façon de reconnaître et protéger les droits constitutionnels des enfants qui n'ont pas nécessairement la capacité personnelle de les exercer ou d'apprécier pleinement leur situation.

Malgré ces difficultés, les juges et avocats des tribunaux de la famille doivent connaître les questions liées à la *Charte*, tant celles qui se posent directement que celles qui sont reflétées dans ses « valeurs »⁵. Il est particulièrement important que les juges sachent comment la *Charte* peut influencer les affaires de droit de la famille, puisqu'il peut parfois être approprié pour eux de soulever d'office des questions qui s'y rapportent. Cela est particulièrement le cas lorsque les parties – ou un enfant en cause – ne sont pas représentées par un avocat⁶. Par ailleurs, la compétence *parens patriae* inhérente aux cours supérieures – à tout le moins dans les provinces de common law⁷ – permet aux juges de rendre des décisions afin de promouvoir l'intérêt de l'enfant⁸. Si on demande seulement au tribunal d'invoquer les « valeurs de la *Char-*

5. *Infra*, note 55.

6. Si un juge soulève une question liée à la *Charte* et envisage l'octroi d'une réparation fondée sur la *Charte* en vertu de l'art. 24 ou de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, la Cour – comme lorsqu'une partie invoque la *Charte* – doit veiller à ce que le procureur général soit avisé que la question a été soulevée, pour que la question soit pleinement analysée. Voir par exemple *Paluska c. Cava* (2002), 59 R.J.O. (3^e) 469 (C.A.).

7. Michel MORIN, « La compétence *parens patriae* et le droit privé québécois : un emprunt inutile, un affront à l'histoire », (1990) 50 *R. du B.* 827.

8. Voir *A.A. c. B.B.*, 2007 ONCA 2, 83 R.J.O. (3^e) 561, demande d'autorisation d'appel rejetée (*sub nom. Alliance for Marriage and Family v AA*), 2007 CSC 40, [2007] 3 R.C.S. 124, où la Cour d'appel de l'Ontario a conclu qu'un enfant pouvait avoir trois parents : la mère biologique, sa conjointe et le père biologique donneur de sperme. Par ailleurs, la Cour d'appel a rejeté des arguments avancés en vertu des arts. 7 et 15 de la *Charte* au motif qu'ils n'avaient pas été plaidés devant le tribunal de première instance. Nonobstant les doutes concernant l'existence du pouvoir *parens patriae* de la Cour supérieure du Québec, les arts. 32 à 34 du C.c.Q. servent de fondement pour la protection des droits de l'enfant et l'avancement de son intérêt.

te » et d'utiliser son pouvoir *parens patriae* afin de combler les « écarts législatifs », l'exigence d'aviser le procureur général de la présentation d'une question constitutionnelle ne s'applique pas. De plus, la décision pourrait alors sembler spécifique et, par conséquent, moins susceptible d'appel.

Le présent exposé analysera la jurisprudence dans laquelle la *Charte* a eu un effet significatif sur le droit de la famille au Canada. Ce texte aura trois objectifs. En premier lieu, il rassemblera pour le chercheur ou étudiant francophone les principaux arrêts basés sur la *Charte* en matière familiale, que ce soit au Québec ou ailleurs au Canada, avec des références – sans prétendre à l'exhaustivité – à la doctrine québécoise et des provinces de common law. En deuxième lieu, le texte mettra en relief l'impact de la *Charte*, plus profond dans les provinces de common law qu'au Québec. Cet impact ne peut, bien évidemment, être abstrait de la fréquence avec laquelle les avocats y recourent dans leurs juridictions respectives. Sans vouloir en limiter indûment la pertinence, il faut noter que ce texte s'adresse davantage au spécialiste en droit familial qu'au constitutionnaliste. Par exemple, nous nous pencherons plus sur l'impact de la jurisprudence en droit de la famille que sur l'effet – aussi important soit-il – sur la relation interinstitutionnelle entre les tribunaux et le législateur⁹. En troisième lieu, sur le fond, nous mettrons en lumière un contraste entre le traitement accordé aux contestations menées par des adultes et celui accordé aux contestations menées par ou au compte des enfants. D'une part, les tribunaux ont accepté des demandes formulées sous le droit à l'égalité relativement à la définition de conjoint (l'art. 15) et le droit à la sécurité de la personne (l'art. 7). D'autre part, dans les affaires concernant les enfants, le droit à l'égalité a eu peu d'effets, contrairement au droit à la protection sous l'art. 7. À ce sujet, deux interrogations pourraient orienter la lecture de ce texte. D'abord, l'usage du droit à l'égalité lorsqu'il est question des couples adultes ne vient-il pas confirmer la place centrale du mariage, l'union paradigmatique à la base de

9. Cette question a notamment été étudiée en lien avec les décisions relatives au mariage des couples de même sexe, qui seront traitées plus loin : *Infra*, notes 29 et 31.

toute comparaison? Ensuite, le rejet répété des demandes fondées sur l'art. 15 par des enfants laisse-t-il transparaître une réticence à accepter les enfants en tant que pleins titulaires de droits?

Nous commencerons par passer en revue les contestations fondées sur la *Charte*, dont la plupart reposent sur le droit à l'égalité garanti par l'art. 15, concernant la définition de conjoint ou les obligations qui en découlent (I). Ensuite, nous traiterons de la protection de l'enfance, où l'application de l'art. 7 entre en jeu. Cette partie rappellera la reconnaissance du droit des parents d'être à l'abri de l'ingérence indue de l'État et circonscrira la nature des droits procéduraux (II). Enfin, plus brièvement, le texte offrira un aperçu de la jurisprudence relative aux liens entre parents et enfants. Il sera question de la conjugaison de l'exercice de l'autorité parentale avec la liberté religieuse, de l'inscription parentale sur l'acte de naissance et de la connaissance des origines (III). La conclusion comportera une brève réflexion sur l'effet apparemment moindre de la *Charte* sur le droit de la famille au Québec et signalera quelques matières aptes à stimuler d'autres demandes sous la *Charte*.

I. La définition de « conjoint »

Historiquement, « conjoint » signifiait un époux ou une épouse. Au cours du dernier demi-siècle, ce concept a considérablement évolué dans la plupart des sociétés occidentales. Reflétant et renforçant le changement des attitudes et des comportements sociaux, la *Charte* a joué un rôle important dans l'émergence au Canada de l'une des approches du concept de « conjoint » les plus larges dans le monde. L'article 15 a été invoqué pour mettre fin à la discrimination contre ceux qui cohabitent dans le cadre de relations intimes hors du mariage hétérosexuel traditionnel.

Dans les provinces de common law, la *Charte* a d'abord été invoquée afin d'assimiler les conjoints de fait aux époux, du moins dans certaines situations (A). Ensuite, le droit à l'égalité des gais et lesbiennes a été plaidé afin de les inclure dans la catégorie des conjoints de fait et de leur octroyer éventuellement le droit de se

marier (B). Nous traiterons séparément des litiges concernant la définition de conjoint au Québec, étant donné le cadre distinctif du Code civil et la chronologie différente (C). Tel que nous le montrerons, il y a cependant des limites dans ce contexte à la portée que les juges accordent aux exigences constitutionnelles d'égalité de traitement. Des efforts visant à utiliser la *Charte* afin d'altérer non pas la définition de conjoint, mais plutôt les obligations qui y sont afférentes ont échoué (D). De plus, l'hypothèse selon laquelle la *Charte* empêche le Parlement du Canada de sanctionner l'union de plus de deux conjoints a été rejetée (E). C'est dans cette partie que se pose la question à savoir si la série de jugements mettant en cause le droit à l'égalité n'aurait pas confirmé la place centrale du mariage, à partir duquel s'effectuerait dans plusieurs cas toute comparaison.

A. Les conjoints de fait

Au cours des années 1970, les législateurs des provinces de common law ont commencé à reconnaître le droit de réclamer des aliments aux conjoints de fait de sexe opposé, à la suite de la rupture de leur union¹⁰. Dans une série de décisions rendues à partir de 1980, la Cour suprême du Canada a conclu que les réclamations relatives aux biens entre les conjoints de fait devaient être tranchées en fonction de leurs contributions à l'union, y compris les contributions aux tâches ménagères¹¹. Dans la décision qu'elle

10. Certaines provinces, comme le Manitoba, avaient des dispositions législatives, au moins depuis les années 1950, permettant aux conjoints de fait de demander une pension alimentaire pour « conjoints » lorsque des enfants étaient nés de cette union.

11. Voir *Pettkus c. Becker*, [1980] 2 R.C.S. 834, et plusieurs décisions de common law rendues au fil des ans, dont tout récemment l'arrêt *Kerr c. Baranow*, 2011 CSC 10, [2011] 1 R.C.S. 269 [*Kerr*]. Les anciens conjoints de fait ont obtenu un certain recours – quoique limité – en vertu des dispositions du Code civil sur les sociétés en participation (*Beaudoin-Daigneault c. Richard*, [1984] 1 R.C.S. 2) et sur l'enrichissement injustifié (*B. (M.) c. L. (L.)*, [2003] R.D.F. 539 (C.A.); *Barrette c. Falardeau*, 2010 QCCA 989, [2010] R.D.F. 243; *C.L. c. J.Le.*, 2010 QCCA 2370; Brigitte LEFEBVRE, « Union de fait », dans *JurisClasseur Québec*, coll. « Droit civil », *Personnes et famille*, fasc. 28, Montréal, LexisNexis Canada, nos 39-45, pp.27-30). D'ailleurs, des interrogations ont été soulevées quant à

a rendue en 1995 dans *Miron c. Trudel*¹², la Cour a conclu qu'aux fins de la réclamation de prestations en vertu d'une police d'assurance prescrite par la loi, les législatures étaient tenues en vertu de l'art. 15 de la *Charte* d'accorder aux conjoints de fait de sexe opposé les mêmes droits que les époux. La décision rendue en 1998 par la Cour d'appel de l'Alberta dans *Taylor c. Rossu* invoquait l'arrêt *Miron* pour conclure que l'exclusion des conjoints de fait de la définition de « conjoint » dans la loi provinciale en matière de pension alimentaire constituait une discrimination contraire à l'art. 15 de la *Charte*¹³. L'Alberta est ensuite devenue la dernière province de common law à modifier une bonne partie de sa législation pour inclure dans la définition de « conjoints » les conjoints de sexe opposé vivant dans une union « de type conjugal »¹⁴.

En 2002, la Cour suprême a néanmoins freiné cette assimilation des conjoints de fait aux époux dans les provinces de common law. L'arrêt *Nouvelle-Écosse (Procureur général) c. Walsh*¹⁵ a

l'effet que l'affaire *Kerr* devrait avoir en droit québécois. Voir par exemple Violaine BELZILE, « Enrichissement injustifié et action *de in rem verso* entre conjoints de fait — Comme si l'amour allait durer toujours », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec (dir.), *Développements récents en droit familial*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2011, p.21; Robert LECKEY, « Unjust Enrichment and *De Facto* Spouses », 114 *R. du N.* [à paraître en 2012].

12. [1995] 2 R.C.S. 418 [*Miron*].

13. 1998 ABCA 193, 216 A.R. 348.

14. *Domestic Relations Amendment Act*, S.A. 1999, c. 20, s. 2.

15. 2002 CSC 83, [2002] 4 R.C.S. 325 [*Walsh*]. Voir généralement M. TÉTRAULT, *Droit de la famille*, préc., note 3, pp.857-69. Ce jugement a suscité de sévères critiques : voir par exemple Hester LESSARD, « Charter Gridlock : Equality Formalism and Marriage Fundamentalism », (2006) 33 *Supreme Court L.R.* (2^e) 291; Carol J. ROGERSON, « Developments in Family Law : The 2002-2003 Term », (2003) 22 *Supreme Court L.R.* (2^e) 273; Heather CONWAY et Philip GIRARD, « “No Place Like Home” : The Search for a Legal Framework for Cohabitants and the Family Home in Canada and Britain », (2005) 30 *Queen's L.J.* 715. Pour des préoccupations à l'égard des enfants nés des unions de fait suite à cette décision, voir Dominique GOUBAU, Ghislain OTIS et David ROBITAILLE, « La spécificité patrimoniale de l'union de fait : le libre choix et ses “dommages collatéraux” », (2003) 44 *C. de D.* 3. Pour la suggestion selon laquelle il serait

circonscriit l'effet de l'arrêt *Miron*, en déclarant qu'étant donné que les conjoints de fait avaient « décidé » de ne pas se marier, il n'était pas discriminatoire de les priver du statut de « conjoint » pour l'application des dispositions législatives en matière de biens matrimoniaux. Après l'arrêt *Walsh*, la pression en faveur de mesures législatives s'est atténuée, et le traitement des conjoints de fait varie considérablement d'une juridiction à l'autre. Au Manitoba et en Saskatchewan, par exemple, les lois adoptées avant l'arrêt *Walsh* prévoient l'égalité virtuelle entre les conjoints de fait et les époux¹⁶, tandis que dans la plupart des territoires, l'union libre est considérée comme un « mariage léger », assortie de certains des droits et obligations du mariage. Au Québec, la loi ne reconnaît pratiquement pas l'union de fait dans son droit privé de la famille, état de fait qui sera abordé plus loin sous l'angle de la *Charte*. Deux ans après *Walsh*, la Cour suprême a rejeté une autre contestation sur la base de l'état matrimonial. Elle a décidé dans *Hodge c. Canada (Ministre du Développement des ressources humaines)*¹⁷ que, pour les fins d'une prestation du survivant sous le Régime de pensions du Canada, les anciens conjoints de fait étaient comparables non pas aux époux séparés, mais plutôt aux anciens époux divorcés.

Considérés dans leur ensemble, les jugements de la Cour suprême qui traitent des conjoints de fait essaient de concilier – d'une manière qui ne convainc pas tout le monde – une sensibilité à leur vulnérabilité potentielle avec un respect de l'autonomie qui permet à chacun de façonner sa vie intime. Or, les conjoints de fait de sexes différents ne sont pas les seuls à s'être tournés vers la *Charte* afin de contester les contours d'un droit familial qui semblait les exclure de façon injustifiée. Les gais et lesbiennes ont aussi plaidé le droit à l'égalité que leur garantit la *Charte*.

approprié de restreindre sa portée au partage des biens en en soustrayant la protection de la résidence familiale, voir Robert LECKEY, « Gimme Shelter », (2011) 34 *Dal. L.J.* 197.

16. Voir plus récemment la *Family Law Act*, S.B.C. 2011, c. 25.

17. 2004 CSC 65, [2004] 3 R.C.S. 357.

B. Les conjoints de même sexe

Après l'introduction de la *Charte*, la plupart des législateurs étaient prêts à s'attaquer aux problèmes de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle dans certains domaines tels que l'emploi¹⁸. Il y avait toutefois une réticence sur le plan politique à adopter des lois visant les distinctions découlant de l'orientation sexuelle dans le contexte familial. À la fin des années 1980, la demande de reconnaissance juridique des unions entre conjoints de même sexe s'est accentuée et les tribunaux canadiens ont commencé à reconnaître de façon limitée ces unions pour l'application du droit de la famille. En 1986, par exemple, un tribunal de la Colombie-Britannique a conclu qu'un conjoint de même sexe pouvait utiliser la fiducie par interprétation de la même façon qu'un conjoint de sexe opposé afin de présenter une réclamation à l'égard de biens acquis pendant une union libre¹⁹.

La première affaire dans laquelle une personne faisant partie d'un couple de même sexe est parvenue à se faire reconnaître comme « conjointe » en vertu de la *Charte* concernait le droit de l'adoption. Il s'agissait d'une décision de première instance rendue par un tribunal ontarien en 1995, dans laquelle il a conclu que le fait de ne pas permettre aux conjointes de mères lesbiennes d'adopter un enfant comme « belles-mères » contrevenait à l'art. 15 de la *Charte*²⁰. Il a donc remédié à cette discrimination en interprétant la loi qui régissait l'adoption de façon à accorder cette permission. Les couples lesbiens participant à cette affaire vivaient dans des « unions conjugales engagées » depuis longtemps et les enfants avaient été conçus au moyen de l'insémination artificielle, les couples respectifs décidant de la conjointe qui leur donnerait naissance. Le juge Nevins a souligné qu'en faisant en sorte que les enfants aient deux parents en droit, son approche favorisait leur intérêt²¹.

18. Voir *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493.

19. *Anderson c. Luoma* (1986), 50 R.F.L. (2^e) 127 (C.S.C.-B.).

20. *K. (Re)* (1995), 23 R.J.O. (3^e) 679 (C. prov.).

21. Il est intéressant d'observer les approches divergentes prônées par la doctrine au sujet de ce développement. Comparer l'accent mis sur

Au début des années 1990, les politiciens et les juges n'étaient toujours pas prêts à accorder le statut de conjoint aux conjoints de même sexe. En 1993, un tribunal ontarien a rejeté une contestation fondée sur la *Charte* qu'avait présentée un couple de même sexe qui soutenait qu'on avait porté atteinte à ses droits constitutionnels en lui refusant une autorisation de mariage²². La Cour divisionnaire a conclu que puisque la définition de « mariage », établie en common law par la décision du XIX^e siècle *Hyde c. Hyde*²³, était une union entre « un homme et une femme », il n'était pas discriminatoire d'interdire aux conjoints de même sexe de se marier. Selon la Cour, les [TRADUCTION] « principaux objectifs de l'institution du mariage » sont la procréation et l'éducation des enfants, qui ne peuvent pas être [TRADUCTION] « réalisés dans le cadre d'une union homosexuelle », et [TRADUCTION] « cette réalité est reconnue par la restriction du mariage aux personnes de sexe opposé »²⁴. D'ailleurs, la dissidence vigoureuse de la juge Greer a laissé présager les futures approches judiciaires.

l'importance de cette décision pour l'évolution de la jurisprudence par Robert WINTEMUTE, « Sexual Orientation and the Charter : The Achievement of Formal Legal Equality (1985-2005) and Its Limits », (2004) 49 *R.D. McGill* 1143, avec les réticences exprimées dans la doctrine québécoise à l'idée que l'égalité s'insinue dans le domaine de la filiation. Voir par exemple Carmen LAVALLÉE, *L'enfant, ses familles et les institutions de l'adoption*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2005, n° 301, p.240, n° 304, p. 244. Pour un résumé des différents discours, voir Marie-France BUREAU, *Le droit de la filiation entre ciel et terre : étude du discours juridique québécois*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2009, p.154. Le législateur québécois a par ailleurs confirmé que deux personnes du même sexe peuvent adopter un enfant ensemble (art. 578.1 C.c.Q.). Cette question avait été abordée avant 2002, puisque le Code prévoyait déjà à l'art. 546 que l'adoption par une personne majeure puisse se faire « avec une autre personne », sans exigence explicite qu'elles soient de sexes différents. Voir Alain ROY, *Droit de l'adoption*, 2^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2010, n° 25, 44-47.

22. *Layland c. Ontario (Minister of Consumer & Commercial Relations)* (1993), 14 R.J.O. (3^e) 658 (C. div.).

23. (1866), [L.R.] 1 P. & D. 130.

24. *Layland c. Ontario (Minister of Consumer & Commercial Relations)*, préc., note 22, 666.

En 1999, dans *M. c. H.*²⁵, la Cour suprême a confirmé des décisions d'instances inférieures selon lesquelles le défaut par la législation familiale provinciale de permettre aux conjoints de même sexe vivant en union libre de demander des aliments de la même façon que les conjoints de fait de sexe opposé constituait de la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. La Cour suprême a bien pris soin de faire remarquer qu'elle ne comparait pas les conjoints de même sexe aux époux. Toutefois, le fait que la Cour ait qualifié l'exclusion législative des couples de même sexe d'affront à leur « dignité humaine » laissait entrevoir la façon dont les affaires futures seraient abordées. En réponse à cet arrêt, les gouvernements fédéral et provinciaux ont adopté des lois accordant aux conjoints de même sexe la même reconnaissance que les conjoints de fait de sexe opposé²⁶. Une autre initiative a consisté à créer un régime de partenariat enregistré afin de permettre aux conjoints de même sexe de se faire attribuer bon nombre des droits et obligations afférents au mariage²⁷.

Après la décision rendue dans *M. c. H.*, des couples de même sexe de plusieurs provinces et territoires ont déposé des de-

25. [1999] 2 R.C.S. 3. Voir par exemple Brenda COSSMAN, « Lesbians, Gay Men, and the Canadian Charter of Rights and Freedoms », (2002) 40 *Osgoode Hall L.J.* 223.

26. Voir par exemple *Loi sur la modernisation de certains régimes d'avantages et d'obligations*, L.C. 2000, c. 12; *Loi modifiant diverses dispositions législatives concernant les conjoints de fait*, L.Q. 1999, c. 14.

27. La Nouvelle-Écosse et le Manitoba ont adopté des lois permettant l'inscription des unions conjugales : voir *An Act to Comply with Certain Court Decisions and to Modernize and Reform Laws in the Province*, S.N.S. 2000, c. 29, art.3; *Loi sur les biens des conjoints de fait et modifications connexes*, L.M. 2002, c. 48, art.23, créant un régime d'inscription en vertu de la *Loi sur les statistiques de l'état civil*. À la suite de *M. c. H.*, préc., note 25, le Québec a adopté la loi la plus exhaustive afin de créer un « substitut au mariage », reflétant non seulement les droits et obligations du mariage, mais aussi leur célébration : *Loi instituant l'union civile et établissant de nouvelles règles de filiation*, L.Q. 2002, c. 6. Voir Alain ROY, « Le partenariat civil, d'un continent à l'autre », (2002) 54 *R.I.D.C.* 759; Nicholas KASIRER, « Convoler en justes noces », 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, 2003, 29.

mandes, fondées sur la *Charte*, sollicitant le droit de se marier. En 2004, les tribunaux de huit provinces et de deux territoires avaient reconnu que le fait de les priver de ce droit violait l'égalité que leur garantissait la *Charte*. Dans son jugement unanime dans l'affaire *Halpern c. Canada (Attorney General)*²⁸, la Cour d'appel de l'Ontario s'est fondée en partie sur la décision rendue par la Cour suprême dans *Walsh*, qui avait souligné l'importance du « choix » des conjoints de sexe opposé de se marier ou de vivre en union libre. Au-delà de l'analyse sur le fond, le jugement est aussi remarquable par l'effectivité immédiate de sa reformulation de la règle de common law, permettant d'emblée le mariage des couples de même sexe²⁹.

Plutôt que d'interjeter appel contre l'arrêt *Halpern* et les autres décisions allant dans le même sens, le gouvernement fédéral a présenté un renvoi à la Cour suprême. Dans le *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*³⁰, la Cour a énoncé, à

28. (2003), 65 R.J.O. (3^e) 201, par.104-107 (C.A.) [*Halpern*]. Cette affaire a été discutée par plusieurs auteurs. Voir par exemple Nicholas BALA, « Controversy over Couples in Canada : The Evolution of Marriage and Other Adult Interdependent Relationships », (2003) 29 *Queen's L.J.* 41; Monte Neil STEWART, « Judicial Redefinition of Marriage », (2004) 21 *Rev. Can. D. Fam.* 11; F.C. DECOSTE, « The Halpern Transformation : Same-Sex Marriage, Civil Society, and the Limits of Liberal Law », (2003) 41 *Alta. L. Rev.* 619; Katherine OSTERLUND, « Love, Freedom and Governance : Same-Sex Marriage in Canada », (2009) 18 *Soc. & Legal Stud.* 93.

29. Voir par exemple Alex VAN KRALINGEN, « The Dialogic Saga of Same-Sex Marriage : EGALÉ, Halpern, and the Relationship between Suspended Declarations and Productive Political Discourse about Rights », (2004) 62 *U.T. Fac. L. Rev.* 149; Kent W. ROACH, « Dialogic Judicial Review and Its Critics », (2004) *Supreme Court L.R.* (2^e) 49.

30. 2004 CSC 79, [2004] 3 R.C.S. 698. La Cour suprême a par ailleurs confirmé que la liberté de religion telle que garantie par l'alinéa 2a) de la *Charte* protège les autorités religieuses de la contrainte d'avoir à marier deux personnes du même sexe, à l'encontre de leurs croyances religieuses. Par contre, la Cour d'appel de la Saskatchewan est d'avis que la liberté de religion ne permet pas aux commissaires de mariages civils de refuser de marier deux personnes du même sexe sur la base de leurs croyances religieuses : *Reference re Saskatchewan (Marriage Act, Marriage Commissioners)*, 2011 SKCA 3, 366 Sask. R. 48. Il y a aussi eu une discussion secondaire quant à l'effet de l'alinéa 2a) dans l'affaire *Halpern*, préc., note 28, par.51-58 : la Cour d'appel de l'Ontario a rejeté la préten-

titre consultatif, son avis selon lequel le Parlement du Canada pourrait adopter une loi permettant le mariage entre personnes du même sexe. D'ailleurs, elle a indiqué son appui au mariage entre personnes du même sexe, soulignant entre autres l'importance de la « protection » des droits acquis des conjoints de même sexe qui s'étaient déjà mariés. Du point de vue de la séparation des pouvoirs, il était utile que la Cour refuse de se prononcer sur la question de savoir si la *Charte* exigeait la reconnaissance du mariage entre personnes de même sexe, laissant au législateur le soin d'adopter une loi le permettant³¹. L'adoption par le législateur de la *Loi sur le mariage civil* en 2005 reflétait la reconnaissance, par la majorité des politiciens fédéraux canadiens, qu'un mariage entre personnes de même sexe constituait un aspect important de la reconnaissance des droits de la personne au pays³². Si la définition de « conjoint » dans les provinces de common law, question qui relève de compétence provinciale, a engendré des litiges au sujet de l'accès au mariage, question qui relève plutôt de la compétence du Parlement du Canada, il en a été tout autrement au Québec.

C. La définition de « conjoint » au Québec

L'incidence d'union libre est plus élevée au Québec que dans les autres provinces. Plus précisément, au Québec, 31,5 % des familles de recensement étaient composées de couples vivant en union libre, tandis que la moyenne observée dans les autres

tion selon laquelle la définition restrictive du mariage portait atteinte à la liberté de religion d'une église libérale dont la doctrine reconnaissait les couples de même sexe.

31. Pour discussion, voir John P. McEvoy, « Refusing to Answer : The Supreme Court and the Reference Power Revisited », (2005) 54 *R.D.U.N.-B.* 29; Grant Huscroft, « Political Litigation and the Role of the Court », (2006) 34 *Supreme Court L.R.* (2^e) 35.
32. L.C. 2005, c. 33. Pour la décision selon laquelle un partenariat civil célébré au Royaume-Uni, où le mariage demeure restreint aux couples de sexe différent, devrait être reconnu comme un mariage pour les fins de la *Loi sur le divorce*, L.R.C. 1985, c. 3 (2^e suppl.), ainsi que la *Loi sur le droit de la famille*, L.R.O. 1990, c. F-3, afin de ne pas attribuer au choix du Parlement britannique des effets discriminatoires au Canada, voir *Hincks c. Gallardo*, 2013 ONSC 129.

provinces était de 12,1 %³³. Le Québec fut par ailleurs la première province à interdire la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, dans sa *Charte des droits et libertés de la personne*³⁴. Toutefois, elle fut la dernière province à devenir le théâtre d'une contestation fondée sur la *Charte* concernant la discrimination contre les conjoints de fait et la seule province où un litige constitutionnel sur les droits des couples gais et lesbiens a précédé un litige relatif aux conjoints de fait.

Avant le jugement rendu par la Cour d'appel de l'Ontario dans *Halpern*, la Cour supérieure du Québec avait conclu que le défaut de permettre aux conjoints de même sexe de se marier constituait une atteinte injustifiable aux droits à l'égalité garantis par la *Charte* aux hommes gais et aux lesbiennes³⁵. Or, la définition de mariage qui était contestée dans le litige québécois n'était pas celle de common law du XIX^e siècle contestée dans d'autres provinces. Elle provenait plutôt d'une loi adoptée par le Parlement du Canada en 2001³⁶. Cette distinction dans la source et la forme de la définition restrictive du mariage est importante dans la mesure où l'on pourrait penser que la définition de common law en cause dans *Halpern* n'avait pas de racines démocratiques et que, par conséquent, sa modification par des juges n'empiétait pas sur le domaine du législateur³⁷. Les litiges au Québec portaient sans conteste sur une définition qui était le fruit d'un processus législatif du XXI^e siècle, quoiqu'il ait été présenté aux députés dans le

33. Statistique Canada, *Portrait des familles et situation des particuliers dans les ménages au Canada : Familles, ménages et état matrimonial, Recensement de la population de 2011*, n° 98-312-X2011001, Ottawa, 2012, p.6. Voir aussi Céline LE BOURDAIS et Évelyne LAPIERRE-ADAMCYK, « Portrait des familles québécoises à l'horizon 2020. Esquisse des grandes tendances démographiques », dans Gilles PRONOVOST, Chantale DUMONT et Isabelle BITAUDEAU (dir.), *La famille à l'horizon 2020*, Québec, Presses de l'Université du Québec, 2008, 71, aux pp. 80-86.

34. L.R.Q., c. C-12 [*Charte québécoise*].

35. *Hendricks c. Québec (Procureur général)*, [2002] R.J.Q. 2506, par.155 (C.S.), modifiée par *Ligue catholique pour les droits de l'homme c. Hendricks*, [2004] R.J.Q. 851 (C.A.).

36. *Loi d'harmonisation n° 1 du droit fédéral avec le droit civil*, L.C. 2001, c. 4, art.5.

37. *Halpern*, préc., note 28, par.151.

cadre de l'initiative plutôt technique de l'harmonisation du droit fédéral au *Code civil du Québec*. Qui plus est, dans cette province, le mariage pour les couples gais et lesbiens a suivi la réforme législative de 2002, qui avait instauré non seulement l'institution de l'union civile, mais aussi de nouvelles règles en matière de filiation, afin de reconnaître les parents de même sexe³⁸.

Une contestation est survenue contre la distinction qu'entretient le législateur québécois entre les conjoints de droit (mariés ou unis civilement) et les conjoints de fait pour les fins du droit de la famille. Au Québec, la plupart des politiques et des lois sociales traitent les conjoints de fait de la même façon que les conjoints de droit³⁹. Toutefois, contrairement à la situation qui prévaut dans le reste du Canada, les conjoints de fait n'ont aucun recours les uns contre les autres en vertu du droit commun de la famille. La contestation de la validité constitutionnelle du droit québécois relatif aux obligations conjugales a pris naissance dans un litige appelé *Éric c. Lola* par les médias, en raison d'une ordonnance de non-publication de l'identité des parties. Une femme qui avait vécu avec un homme pendant sept ans et avait eu avec lui trois enfants alléguait la discrimination fondée sur l'état matrimonial, puisqu'elle ne pouvait réclamer des aliments ni demander le partage des biens matrimoniaux.

La juge de première instance a rejeté l'ensemble des allégations⁴⁰. La juge Hallée a déclaré que l'arrêt rendu par la Cour suprême dans *Walsh* avait déterminé que le « choix » était fondamental en ce qui avait trait aux obligations des conjoints entre eux⁴¹. La Cour d'appel du Québec a accueilli en partie

38. Voir P.-C. LAFOND et B. LEFEBVRE, *L'union civile : nouveaux modèles de conjugalité et de parentalité au 21^e siècle*, préc., note 27.

39. M. TÉTRAULT, *Droit de la famille*, préc., note 3, p. 854.

40. *Droit de la famille*—091768, 2009 QCCS 3210, [2009] R.J.Q. 2070.

41. *Id.*, par. 276. Pour une analyse qui appuierait l'emphase de la juge de première instance sur la liberté des conjoints de fait, voir J. PINEAU et M. PRATTE, *La famille*, préc., note 3, n° 379, 548-53. Comparer la critique selon laquelle la juge de première instance n'a pas tenu suffisamment compte de la réalité des femmes : Louise LANGEVIN, « Liberté de choix et

l'appel de la requérante. Sous la plume de la juge Dutil, elle a interprété l'arrêt *Walsh* comme réglant les demandes constitutionnelles en faveur du partage des biens matrimoniaux en vertu de la loi. En revanche, elle a conclu que la non-application aux conjoints de fait du droit de réclamer des aliments constituait une discrimination injustifiable⁴². D'ailleurs, la Cour d'appel a considéré que cette exclusion consacrait le stéréotype voulant que leurs unions soient moins valables que celles des époux et des conjoints unis civilement⁴³.

Dans un volumineux jugement fortement divisé, une mince majorité de la Cour suprême a accueilli les pourvois du Procureur général du Québec et de l'homme, qui avaient attaqué la conclusion quant à l'inconstitutionnalité de l'article 585 du Code civil, et rejeté le pourvoi de la femme, qui s'était objectée à la conclusion selon laquelle l'application restreinte du partage des biens était valide⁴⁴. Selon la juge Abella, l'arrêt *Walsh* n'était plus persuasif et l'exclusion des conjoints de fait des mesures protectrices du droit de la famille était discriminatoire à leur égard. À son avis, les conjoints de fait présentent les caractéristiques qui avaient motivé l'établissement des garanties accordées aux conjoints unis formel-

protection juridique des conjoints de fait en cas de rupture : difficile exercice de jonglerie », (2009) 54 *R.D. McGill* 697.

42. *Droit de la famille—102866*, 2010 QCCA 1978, [2010] R.J.Q. 2259. Sur l'origine de cette distinction pour le droit québécois dans l'arrêt *Walsh*, voir Robert LECKEY, « Cohabitation and Comparative Method », (2009) 72 *Mod. L. Rev.* 48.

43. *Droit de la famille—102866*, préc., note 42, par.96. Qu'une seule disposition, l'art. 585 C.c.Q., énonce l'obligation alimentaire réciproque des parents et enfants ainsi que pour les conjoints de droit, affaiblit la prétention voulant que le devoir des époux et des conjoints unis civilement naît du seul consentement. En outre, selon quelques observateurs, le caractère obligatoire du régime du patrimoine familial, au cœur des effets du mariage en droit québécois, distingue ce régime des règles supplétives qui avaient été caractérisées par la majorité dans *Walsh* comme relevant du choix personnel des époux. Voir Benoît MOORE, « Variations chromatiques : l'union de fait entre noir et blanc », dans Générosa Bras MIRANDA et Benoît MOORE (dir.), *Mélanges Adrian Popovici : Les couleurs du droit*, Montréal, Éditions Thémis, 2010, 101.

44. *Québec (Procureur général) c. A*, 2013 CSC 5.

lement. D'ailleurs, elle a rejeté la compréhension du droit familial selon laquelle la préoccupation principale du législateur était le libre choix. Pour elle, le caractère impératif du régime de la prestation compensatoire et de celui du patrimoine familial faisait ressortir la priorité qu'a accordée le Québec aux préoccupations relatives à la protection des conjoints vulnérables par rapport à d'autres valeurs comme la liberté de choix. Sur la question de la discrimination, quatre autres juges y ont souscrit. Or, ces cinq juges qui s'accordaient quant à l'effet discriminatoire de l'application restreinte des droits et obligations conjugales étaient divisés par rapport à la justification du choix législatif sous l'article premier. Pour la juge Abella, le choix législatif était injustifié, toutes mesures contestées confondues. En particulier, d'après elle, l'exclusion totale des conjoints de fait ne portait pas atteinte à leur droit à l'égalité de façon minimale. Elle a suggéré qu'une présomption d'inclusion dans un régime, duquel des conjoints pourraient se soustraire de façon consensuelle, enfreindrait moins le droit à l'égalité et protégerait mieux les conjoints les plus vulnérables. En revanche, pour la juge en chef McLachlin, l'exclusion totale des conjoints de fait était justifiable, eu égard à l'objectif législatif de promouvoir l'autonomie et le libre choix des couples québécois. Elle s'est montrée sensible à la responsabilité constitutionnelle de chaque législateur provincial de légiférer pour sa propre population. D'ailleurs, elle a souligné la nécessité de laisser au législateur une certaine latitude quant aux questions sociales difficiles. Entre ces deux positions, la juge Deschamps a repris la distinction entre l'obligation alimentaire et le partage des biens qu'avait favorisée la Cour d'appel, cette fois non pas à l'étape de la discrimination mais plutôt de sa justification. Selon son analyse, appuyée par deux autres juges, l'exclusion des conjoints de fait du partage des biens était justifiée, tandis que l'application restreinte de l'obligation alimentaire ne l'était pas. Elle a misé sur la vocation de l'obligation alimentaire d'aider à pourvoir aux besoins fondamentaux de tous les membres de l'unité familiale. Par ailleurs, le juge LeBel, avec l'accord de trois autres juges, aurait rejeté toute réclamation sous l'article 15 de la *Charte*. D'après lui, l'exclusion des conjoints de fait des droits et obligations applicables aux conjoints de droit respectait leur liberté. La distinction lourde de

sens entre les conjoints de droit et les conjoints de fait ne perpétuait pas un préjugé à l'égard des derniers et ne leur appliquait pas non plus un stéréotype. Pour résumer, la majorité de cinq des neuf juges qui a confirmé la validité du droit actuel s'est donc composée de quatre juges qui n'y voyaient aucune discrimination et d'une pour laquelle la discrimination était néanmoins justifiée.

L'analyse profonde que mérite ce jugement prendra du temps. Quelques constats peuvent toutefois être faits. Le législateur est libre de continuer de tracer sa propre voie en droit de la famille – un mélange de protection vigoureuse d'ordre public pour les conjoints de droit et de consensualisme presque illimité pour les conjoints de fait –, une voie profondément différente de celle qui a été suivie dans les autres provinces. En revanche, une confirmation de la discrimination par rapport à l'obligation alimentaire – résultat prôné par quatre juges –, aurait entraîné un changement aux règles touchant de nombreux ménages dans la province et miné le bien-fondé d'au moins quelques autres dispositions du Code civil⁴⁵. Par ailleurs, l'impératif d'intégrer les conjoints de fait dans le livre du Code civil portant sur la famille aurait posé un défi de taille pour le législateur, car les droits et obligations familiaux découlent des états civils qui sont formellement établis⁴⁶. Par exemple, lorsqu'il reconnaît les devoirs des époux, des conjoints unis civilement et des parents en ligne directe au premier degré, le titre portant sur l'obligation alimentaire se réfère aux titres précédents du même livre et aux états civils qui y sont définis⁴⁷. Le législateur aurait donc pu devoir définir l'union de fait dans le Code, à moins qu'il ne se fût contenté de la définition supplétive qui se trouve depuis 2002 dans la *Loi d'interprétation*⁴⁸. Ce sont donc les présupposés bien intentionnés

45. C.c.Q., art. 653, 684 et suiv.

46. Si en droit civil les faits jouent un rôle capital dans la possession constante d'état, notamment pour les fins de la filiation, ils ne produisent des effets juridiques que par l'intermédiaire du rapport de la parenté dont ils sont un indice. Voir Gérard CORNU, *La famille*, 9^e éd., Paris, Montchrestien, 2006, n^o 205, p. 344.

47. C.c.Q., art. 585 et suiv.

48. L.R.Q., c. I-16, art.61.1. Voir B. LEFEBVRE, « Union de fait », préc., note 11, nos 4-6, 7-9.

de tout un régime que l'affaire risquait de remettre en question⁴⁹. En contraste, le droit de la famille des provinces de common law n'est pas construit au même degré autour de concepts constants⁵⁰. Malgré cela, une conclusion de discrimination par rapport au partage des biens familiaux aurait pu mettre en doute la validité des lois en vigueur non seulement au Québec, mais également dans plusieurs provinces de common law. De toute façon, ces débats demeurent ancrés dans la définition de la classe à laquelle s'appliquent les droits et obligations conjugaux. Si le jugement dans l'affaire des conjoints de fait québécois témoigne d'une hésitation à se servir de la *Charte* afin de s'immiscer dans le domaine du législateur par rapport à la définition de la classe qui est assujettie au droit conjugal, les juges semblent se montrer d'autant plus réticents lorsqu'il est question de l'effet de la *Charte* sur le contenu de ces droits et obligations, tel qu'illustré dans la section suivante.

49. Même s'il ne s'agissait pas d'une contestation de la définition de conjoint, une autre affaire intéressante illustrant l'impact de la *Charte* par rapport aux décisions législatives en matière familiale portait sur le contrôle judiciaire du refus par le Directeur de l'état civil de permettre à une épouse d'adopter le nom de son mari. L'art. 393 du *Code civil du Québec* prévoit, en tant que matière d'ordre public, que les époux conservent leurs noms respectifs en mariage. La Cour supérieure a convenu que les motifs religieux sincères de la demanderesse voulant adopter le nom de son mari justifiaient un accommodement dans son cas : *Gabriel c. Directeur de l'état civil*, [2005] R.J.Q. 470 (C.S.).

50. Par exemple, la *Loi sur le droit de la famille*, préc., note 32, élargit la définition de « conjoint » afin d'inclure les conjoints de fait aux fins de l'obligation alimentaire (mais non en ce qui concerne les biens familiaux) (art. 29) et élargit la définition d'« enfant » au-delà de celle qui s'applique en matière de « filiation » telle que régie par la *Loi portant réforme du droit de l'enfance*, L.R.O. 1990, c. C.12. Sur les modes de réglementation formel et fonctionnel qui sont respectivement favorisés par les législateurs du Québec et des provinces de common law en matière familiale, voir Robert LECKEY, « Family Outside the Book on the Family », (2009) 88 *R. du B. can.* 545, 547-55. Voir aussi, sur l'approche fonctionnelle des législateurs de common law, Nicholas BALA et Rebecca Jaremko BROMWICH, « Context and Inclusivity in Canada's Evolving Definition of the Family », (2002) 16 *Int'l J. L. Pol'y & Fam.* 145.

D. Les efforts pour changer les obligations conjugales

Si les tribunaux sont prêts à invoquer la *Charte* pour étendre la catégorie de personnes qui peuvent invoquer le statut de conjoint, ils ont rejeté à quelques reprises les tentatives de recourir à la Constitution pour changer la nature des obligations familiales créées par la loi.

Une récente affaire québécoise souligne la réticence des juges à permettre que la *Charte* modifie les obligations imposées par la législation en matière familiale. Des femmes divorcées résidant au Québec ont présenté une demande contestant pour cause de discrimination le décret par lequel le gouvernement fédéral a reconnu les *Lignes directrices du Québec relatives aux pensions alimentaires pour enfants* pour l'application de la *Loi sur le divorce* dans cette province. Si les anciens conjoints avaient vécu dans une autre province, les *Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants* se seraient appliquées et leur auraient octroyé une pension alimentaire beaucoup plus élevée dans leurs affaires respectives (mais non pas pour tous les groupes de parents divorcés gardiens). La juge a conclu à l'atteinte au droit des demandereses à l'égalité, garanti par l'art. 15, mais elle a jugé en vertu de l'article premier que le fédéralisme coopératif justifiait la discrimination. La Cour d'appel a toutefois rejeté le pourvoi sur la base que le traitement différent dont il est question n'est pas fondé sur un motif analogue⁵¹. De même, des demandes alléguant la discrimination dans des cas où les lois imposent l'obligation de fournir des aliments aux enfants adultes des conjoints divorcés, mais non pas aux parents dans les familles intactes, ont été rejetées par les tribunaux en Ontario et au Manitoba⁵².

Par ailleurs, les tribunaux ont convenu que certaines instances matrimoniales doivent être conformes à l'exigence, selon l'art. 7 de la *Charte*, de respect des « principes de justice fonda-

51. *Droit de la famille*—139, 2013 QCCA 15.

52. *Souliere c. Leclair* (1998), 38 R.F.L. (4^e) 68 (C.j. Ont. (Div. gén.)); *Rebenchuk c. Rebenchuk*, 2005 MBQB 128, 194 Man. R. (2^e) 275, conf. par 2007 MBCA 22, 212 Man. R. (2^e) 261.

mentale ». Ce besoin a été reconnu en particulier dans le cas de dispositions portant sur les interdictions de contact relatives à la violence conjugale et sur les procédures d'exécution des ordonnances de pensions alimentaires, qui peuvent mener à l'emprisonnement. Il peut influencer la façon dont les règles des tribunaux et la législation sont interprétées, mais il n'a pas entraîné de déclaration d'inconstitutionnalité d'une loi⁵³. En outre, dans la mesure où la législation familiale porte sur des questions économiques, comme le partage des biens et la pension alimentaire, elle ne déclenche pas nécessairement l'application de l'art. 7 de la *Charte*, puisqu'aucun intérêt à l'égard de la « liberté » n'est en jeu. Reste qu'elle doit se conformer aux dispositions sur l'égalité prévues à l'art. 15 de la *Charte*⁵⁴. Même lorsqu'une loi est apparemment neutre – pensons aux règles concernant les pensions alimentaires pour le conjoint –, les valeurs associées à la *Charte*, dont l'égalité réelle entre les sexes, peuvent influencer son application⁵⁵. L'importance de l'égalité réelle entre les sexes a par ailleurs influencé la compréhension des limites que la *Charte* pourrait imposer à la capacité du législateur de renforcer le caractère monogame du mariage.

E. La polygamie

Le statut de la polygamie a récemment suscité plusieurs études et inquiétudes. Notamment, les procureurs de la Couronne craignaient que l'interdiction de cette pratique fût invalide à la

53. Voir par exemple *Baril c. Obelniki*, 2007 MBCA 40, 214 Man. R. (2^e) 7; *Gilliland c. Walker* (1985), 19 C.R.R. 340 (C. prov. Ont. (Div. Fam.)); *Sen c. Sen* (1993), 87 Man. R. (2^e) 237 (B.R. (Div. fam.)).

54. *Reference re: An Act to Amend the Family Services Act (N.B.)* (1994), 157 R.N.B. (2^e) 241 (C.A.).

55. *Moge c. Moge*, [1992] 3 R.C.S. 813; Helena ORTON, « Using Constitutional Equality Principles to Shape Jurisprudence : *Moge v. Moge*, Spousal Support under the Divorce Act and Women's Equality », (1993) *Spec. Lect. L.S.U.C.* 61. Voir également l'affaire *Bruker c. Marcovitz*, 2007 CSC 54, [2007] 3 R.C.S. 607, dans laquelle l'analyse par la majorité de l'effet juridique de l'engagement par l'époux d'obtenir un divorce juif pour son épouse — en termes stricts, une question d'exécution contractuelle sous le droit des obligations tel que régi par le Code civil —, a inclus une discussion de l'égalité, du multiculturalisme et de la liberté de religion.

lumière de la *Charte* et hésitaient donc à y recourir. Pour mettre fin à cette incertitude, le gouvernement de la Colombie-Britannique a demandé à la Cour d'appel de cette province de la conseiller quant à la constitutionnalité de cette prohibition.

Dans son *Renvoi relatif à la polygamie*, le juge en chef de la Cour suprême de la Colombie-Britannique, Robert Bauman, a conclu que la criminalisation de la polygamie contrevient à la garantie de liberté de religion prévue à l'alinéa 2a) de la *Charte*⁵⁶. Malgré une preuve parfois contradictoire provenant de plusieurs pays, le juge a conclu que la prépondérance de la preuve appuyait l'opinion selon laquelle la polygamie, ou plus précisément la polygynie (un homme qui a au moins deux épouses), cause un préjudice physique et psychologique aux femmes, est intrinsèquement inégale et entraîne l'expulsion de bon nombre d'adolescents et de jeunes hommes adultes de leurs familles et de leur collectivité. Appliquant les critères de l'article premier, il a déterminé que les effets salutaires de l'interdiction l'emportaient sur ses effets néfastes afin de justifier la limitation aux droits. Cette décision fait partie de plusieurs décisions canadiennes récentes où les tribunaux ont tenté de définir la portée de la liberté de religion⁵⁷.

Dans ses motifs sur la polygamie, le juge en chef Bauman a rejeté tout lien entre la reconnaissance du mariage entre personnes de même sexe, développement qui aurait favorisé l'égalité, et la polygynie, qui promouvrait l'inégalité. Confirmant la validité de la loi, il a tout de même conclu que la Constitution ne permet pas

56. *Reference re: Criminal Code of Canada (BC)*, 2011 BCSC 1588, [2012] 5 W.W.R. 477. Pour une analyse approfondie des questions constitutionnelles et de politique sociale soulevées par cette affaire, voir Nicholas BALA, « Why Canada's Prohibition of Polygamy Is Constitutionally Valid and Sound Social Policy », (2009) 25 *Rev. Can. D. Fam.* 165. Pour d'autres perspectives, voir Angela CAMPBELL, « Bountiful Voices », (2009) 47 *Osgoode Hall L.J.* 183; Susan G. DRUMMOND, « Polygamy's Inscrutable Criminal Mischief », (2009) 47 *Osgoode Hall L.J.* 317.

57. Les motifs du juge en chef Bauman dans le *Renvoi relatif à la polygamie* étaient fondés en grande partie sur l'analyse de la portée de la liberté religieuse dans l'arrêt rendu en 2009 par la Cour suprême dans *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567.

de poursuivre une personne (inévitavelmente une femme) qui est devenue partie à un mariage polygame pendant qu'elle était mineure. D'ailleurs, il a précisé que l'interdiction criminelle s'applique seulement à ceux qui participent à une certaine forme de cérémonie polygame ou prennent un engagement conjugal. Cette précision empêche la poursuite des polyamoureux qui vivent uniquement ensemble dans des unions adultes intimes de trois personnes ou plus.

Les motifs du juge en chef Bauman ne font pas l'objet d'un appel et préparent donc le terrain à des poursuites criminelles éventuelles sur la base d'inculpations de polygamie. Toutefois, ils n'empêchent pas une personne accusée en vertu de l'art. 293 du *Code criminel* d'en contester la constitutionnalité. Par conséquent, des inculpations criminelles découlant d'unions polygames peuvent être fondées sur des infractions d'ordre sexuel, plutôt que sur la polygamie elle-même. Ayant terminé notre présentation des jugements sous la *Charte* qui ont traité de la reconnaissance de la conjugalité adulte ou des effets qui en découlent, nous nous pencherons dans la prochaine partie sur l'impact de cet instrument constitutionnel en matière de protection de l'enfant.

II. La protection de l'enfant et l'article 7

Il n'y a aucun domaine où l'État a des pouvoirs plus envahissants à l'égard des familles que dans le processus de protection de l'enfant. Dans ce contexte, un puissant organisme étatique traite avec des personnes qui, souvent, n'ont des ressources que très limitées et sont socialement marginalisées. Il est donc compréhensible que les tribunaux canadiens reconnaissent que les instances relatives à la protection de l'enfant touchent au droit protégé à « la sécurité de sa personne » et qu'elles doivent se conformer « aux principes de justice fondamentale ». La *Charte* a été invoquée le plus fréquemment pour protéger les droits procéduraux des parents, mais les enfants peuvent parfois s'en servir.

Une distinction importante s'impose. Dans le contexte criminel, les tribunaux peuvent protéger des droits constitutionnels

même si les faits sont loin de susciter la sympathie, permettant même l'acquittement d'une personne qui peut être coupable de meurtre en cas de violation grave de la *Charte*⁵⁸. Par opposition, dans le contexte de la protection de l'enfant, les juges canadiens se préoccupent de l'effet sur les enfants de la reconnaissance des droits constitutionnels. Les tribunaux sont plus susceptibles de recourir à la *Charte* si cela contribue à de meilleurs résultats pour les enfants, notamment si cela garantit des audiences équitables et complètes.

Bien que les distinctions ne soient pas claires et que les principes pertinents varient dans ce domaine, nous diviserons cette partie en trois. Le contraste entre les droits négatifs et positifs, bien qu'il soit sujet à de multiples critiques, sert à séparer deux catégories d'affaires dans lesquelles le parent est titulaire d'un droit constitutionnel. Il s'agit d'abord des cas où les tribunaux ont reconnu le droit négatif des parents contre l'ingérence injustifiée de l'État dans la relation qu'ils entretiennent avec leurs enfants (A), et ensuite de celles où il a été question de leur droit positif à participer aux affaires relatives à la protection de leur enfant (B). Enfin, nous discuterons des jugements qui ont traité des droits de l'enfant dans les affaires relatives à sa protection (C). Cette partie affirme l'importance des régimes qui protègent l'enfant à l'ère de la *Charte*; or, l'échec des réclamations en vertu de l'art. 15 à l'égard des enfants suggère-t-il une réticence à reconnaître à ceux-ci la pleine capacité d'être titulaire de droits? Les tribunaux sont-ils davantage prompts à reconnaître une action qui vise à protéger le bien-être de l'enfant, plutôt que sa pleine égalité en droit?

A. Le droit des parents de ne pas subir une ingérence injustifiée de l'État

Dès les débuts de la *Charte*, il a été clair que l'art. 7 assure une certaine protection à l'individu lorsqu'il est impliqué dans le système de justice criminelle⁵⁹. Des doutes ont cependant plané

58. Voir par exemple *R. c. Feeney*, [1997] 2 R.C.S. 13.

59. *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (Colombie-Britannique) s. 94(2)*, [1985] 2 R.C.S. 486.

beaucoup plus longtemps sur l'impact qu'auraient les garanties à la liberté et à la sécurité de la personne dans les affaires civiles, notamment celles relatives à la protection de l'enfant. Or, dans la décision qu'elle a rendue en 1999 dans l'affaire *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé) c. G. (J.)*, la Cour suprême a conclu qu'en vertu de l'art. 7, une mère monoparentale bénéficiaire de l'aide sociale et dont les enfants ont été appréhendés par un organisme de protection de l'enfance avait le droit constitutionnel d'être représentée par un avocat rémunéré par le gouvernement afin de s'assurer que l'instance de placement temporaire se conformât aux « principes de justice fondamentale ». La Cour a signalé que les parents ont un intérêt envers leur relation avec leurs enfants, qui mérite la protection conférée par l'art. 7 de la *Charte* en tant qu'aspect de la « sécurité de [leur] personne »⁶⁰. Dans *G. (J.)*, la Cour a invoqué les droits constitutionnels des parents à l'encontre de « l'ingérence directe de l'État dans le lien parent-enfant, par le biais d'une procédure dans laquelle le lien est examiné et contrôlé par l'État »⁶¹. D'ailleurs, le juge en chef Lamer a caractérisé cette procédure comme étant « une intrusion flagrante dans un domaine privé et intime »⁶². Or, la Cour était aussi manifestement influencée par une préoccupation pour le bien-être des enfants, qui pourrait être compromis par une ingérence dans le lien filial⁶³.

60. [1999] 3 R.C.S. 46, par.61 et 68 [*G. (J.)*]. Le juge en chef Lamer, qui a rédigé les motifs majoritaires, a tenu à préciser au par.67 que sa conclusion relative à la sécurité de la personne n'était pas incompatible avec le point de vue qu'il avait adopté dans l'affaire *R.B. c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315, où il s'était limité à la question de la portée du droit à la liberté garanti à l'art. 7. Reste que l'accent dans *G. (J.)* demeure sur la sécurité de la personne. Dans ses motifs concurrents, auxquels ont souscrit les juges Gonthier et McLachlin, la juge L'Heureux-Dubé a renchéri en affirmant que la liberté de l'appelante était également en jeu. Elle a en outre dit que les principes d'égalité qui découlent de l'art. 15 doivent influencer l'interprétation de l'étendue de la protection qu'offre l'art. 7.

61. *Id.*, par.61.

62. *Id.*

63. *Id.*, par.70 et 76.

La décision rendue dans *G. (J.)* revêt une importance considérable. La Cour n'a pas établi de distinction entre les droits constitutionnels des parents et ceux des enfants, mais cela a permis à la formation complète de la Cour de s'entendre sur la résolution de l'affaire. Toutefois, des arrêts postérieurs ont fait ressortir des divisions marquées au sein de la Cour au sujet de l'application de la *Charte* dans les affaires relatives à la protection de l'enfant.

Si le défaut, au niveau administratif, de fournir de l'aide juridique au parent n'a pas survécu à l'application de l'art. 7 dans l'affaire *G. (J.)*, une contestation de la validité d'une procédure préconisée par la législation a échoué peu de temps après. Dans la décision qu'elle a rendue en l'an 2000 dans *Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg c. K.L.W.*⁶⁴, la Cour suprême a examiné une affaire où une mère contestait la constitutionnalité de la législation manitobaine sur la protection de l'enfant. Celle-ci permettait l'appréhension sans mandat d'un enfant qu'on croyait avoir besoin de protection dans des situations non urgentes. Par une marge de cinq contre deux, la Cour en a confirmé la constitutionnalité. S'exprimant au nom des juges majoritaires, la juge L'Heureux-Dubé a conclu que la législation portait atteinte au droit d'un parent à la « sécurité de sa personne », mais que la loi était conforme aux principes de justice fondamentale grâce à l'exigence d'un contrôle judiciaire postérieur à l'appréhension. Dans le cadre de la pondération des divers intérêts en jeu dans le contexte de la protection de l'enfance, les juges majoritaires de la Cour ont accordé une importance dominante à l'intérêt social envers la protection des enfants contre la possibilité de violence ou de négligence. Ils ont souligné la difficulté de distinguer les situations urgentes des non urgentes dans de telles affaires.

Dans son analyse constitutionnelle, la juge L'Heureux-Dubé a été influencée par une préoccupation relative à la protection des enfants contre la simple possibilité de violence ou de négligence de la part des parents⁶⁵. Toutefois, elle a aussi reconnu la nécessité

64. 2000 CSC 48, [2000] 2 R.C.S. 519 [*K.L.W.*].

65. *Id.*, par.98.

d'équité procédurale dans le contexte de la protection de l'enfant. Elle a souligné que le retrait de l'enfant de la garde de ses parents constitue une menace pour son bien-être, tout comme pour les droits des parents. Selon elle, on ne pourrait justifier le retrait d'un enfant de la garde de ses parents que lorsqu'il y a « préjudice ou risque de préjudice grave pour l'enfant »⁶⁶. La juge Arbour (avec l'accord de la juge en chef McLachlin) était dissidente, s'attachant à l'effet perturbateur sur le plan psychologique de l'appréhension pour les enfants et les parents. Elle a soutenu que lorsqu'il n'y a pas d'urgence, il serait préférable pour les enfants que le pouvoir de l'État soit limité et qu'il faille un mandat avant l'appréhension.

Quelques années plus tard, la Cour suprême a entendu une autre affaire qui soulevait tant le droit des parents à l'égard de l'ingérence de l'État que celui des enfants. Cette fois, il ne s'agissait pas de l'interaction entre les parents et l'appareil administratif de protection de l'enfant, mais plutôt de l'exemption de sanctions pénales que le droit criminel accordait aux parents et aux enseignants afin d'« employer la force pour corriger » l'enfant, « pourvu que la force ne dépasse pas la mesure raisonnable dans les circonstances »⁶⁷. Dans la décision qu'elle a rendue en 2004 dans l'affaire *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général)*⁶⁸, la Cour suprême en a confirmé la constitutionnalité : selon la majorité, cette disposition ne portait pas atteinte aux droits garantis aux enfants par la *Charte*. Les juges l'ont toutefois interprétée de façon restrictive, concluant que l'utilisation d'objets est « déraisonnable », tout comme l'usage de la force qui cause une blessure à un enfant. En outre, il ne faut pas appliquer de châtiment corporel aux enfants âgés de moins de deux ans ou de plus de douze ans, et les enseignants ne peuvent appliquer aucun châtiment corporel, quoiqu'ils puissent recourir à la force raisonnable pour maîtriser un enfant. S'exprimant au nom des juges majoritaires de la Cour, la juge en chef McLachlin a convenu que l'art. 43 portait atteinte à la « sécurité de [la] personne » de l'enfant aux termes de l'art. 7, mais a

66. *Id.*, par.122.

67. *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. 46, art.43.

68. 2004 CSC 4, [2004] 1 R.C.S. 76 [*Canadian Foundation for Children*].

conclu que cela était fait d'une manière conforme aux « principes de justice fondamentale ». La Cour a conclu que le ministère public est en mesure de représenter les intérêts de l'enfant dans une poursuite criminelle pour voies de fait, de sorte que la sécurité de sa personne soit adéquatement protégée. Fait potentiellement important pour les instances relatives au bien-être de l'enfant, elle a rejeté l'argument selon lequel « l'intérêt supérieur de l'enfant » figure parmi les « principes de justice fondamentale ».

L'argument selon lequel l'art. 43 était inconstitutionnel comportait aussi un volet axé sur le droit à l'égalité, vu l'impact différencié de cette disposition sur la base de l'âge. Convenant que les enfants constituent manifestement « un groupe très vulnérable » qui a donc droit à la protection de l'art. 15 de la *Charte*, les juges majoritaires de la Cour ont cependant aussi conclu que l'art. 43 du *Code criminel* s'harmonise avec « les besoins et la situation véritables des enfants », de sorte qu'il « n'est pas discriminatoire » à leur égard⁶⁹. Ce faisant, la Cour a souligné l'importance de respecter le rôle des parents et leur droit de prendre des décisions sur la façon d'élever leurs enfants⁷⁰. Bien que l'arrêt *Canadian Foundation for Children* ne porte pas sur la protection de l'enfant, il pourrait indiquer le respect de la Cour suprême à l'égard du droit constitutionnel des parents d'élever leurs enfants sans ingérence injustifiée de l'État.

La décision rendue dans *Canadian Foundation* était controversée, les juges Arbour, Deschamps et Binnie (en partie) étant dissidents. D'aucuns ont reproché au jugement de ne pas protéger suffisamment les droits et le bien-être des enfants et des adolescents⁷¹. Le rejet de la notion selon laquelle « l'intérêt supérieur de

69. *Id.*, par.56.

70. *Id.*, par.58-62.

71. Pour voir des observations sur la décision, consulter Marianne HARDY-DUSSAULT, « Un facteur contextuel sous influence ou les pièges de la pertinence : *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law* », (2006) 36 R.D.U.S. 327; Sanjeev ANAND, « Reasonable Chastisement : A Critique of the Supreme Court's Decision in the "Spanking" Case », (2004) 41 *Alta. L. Rev.* 879; Katie SYKES, « Bambi Meets Godzilla : Children's and Parents' Rights in *Canadian Foundation for Children*,

l'enfant » constitue l'un des « principes de justice fondamentale » pourrait être décevant. Il est ironique que même si l'arrêt *Canadian Foundation for Children* est généralement « pro-parent », cette conclusion pourrait dans certains cas aider les organismes de protection de l'enfance à s'opposer aux demandes présentées par les parents (ou les enfants) sur la base de la *Charte*. Le fait que les juges majoritaires de la Cour aient clairement reconnu que l'enfance et l'adolescence diffèrent de l'âge adulte revêt aussi une grande importance. Cela signifiait dans ce contexte qu'il y avait une diminution des protections par ailleurs accordées par le droit criminel, mais cette distinction a été établie parce que la Cour estimait qu'elle favoriserait l'intérêt des enfants et des adolescents au sein de leurs familles et de leurs écoles, de sorte que d'autres contextes juridiques pourraient se prêter à la citation de cette décision comme fondement d'un argument à l'effet que les droits des parents et des enfants devraient être protégés. Quoi qu'il en soit, les jugements abordés dans cette section traitaient principalement du droit des parents à l'encontre de l'ingérence de l'État dans la relation avec leur enfant. La *Charte* a aussi servi de fondement dans d'autres circonstances afin de soutenir la prétention selon laquelle les parents auraient le droit de participer aux procédures relatives à la protection de l'enfant.

B. Les droits parentaux dans les affaires relatives à la protection de l'enfant

Les décisions rendues par la Cour suprême dans *G. (J.) et K.L.W.*, discutées précédemment, exigent que les instances de protection de l'enfance soient menées conformément aux « principes de justice fondamentale ». Lorsqu'il s'agit de la protection de l'enfant, l'avocat d'un parent (ou d'un enfant) pourrait juger utile d'aborder sous l'angle constitutionnel des arguments relatifs à un

Youth and the Law v. Canada », (2006) 51 *R.D. McGill* 131; Marvin M. BERNSTEIN, « The Decision of the Supreme Court of Canada Upholding the Constitutionality of Section 43 of the *Criminal Code of Canada* : What this Decision Means to the Child Welfare Sector », (2006) 44 *Fam. Ct. Rev.* 104; Judith MOSOFF et Isabel GRANT, « Upholding Corporal Punishment : For Whose Benefit? », (2005) 31 *R.D. Man.* 177.

éventail de questions de procédure et de preuve, quoique, compte tenu des exigences d'avis lors de la présentation de questions constitutionnelles et de la complexité des arguments, il soit généralement préférable d'épuiser d'abord les recours prévus par la loi, les règles des tribunaux, ou la common law, le cas échéant, et les « valeurs de la *Charte* ».

L'effet le plus évident et marquant de l'arrêt *G. (J.)* a été de fournir aux parents nécessiteux impliqués dans des audiences de protection de l'enfance un solide motif de demande d'aide juridique⁷². La divulgation de la part des organismes de protection de l'enfance constitue une autre illustration importante du recours à la *Charte*. Plusieurs provinces prévoient des règles des tribunaux qui régissent la divulgation dans les affaires de protection de l'enfance, mais dans certaines provinces, les règles de divulgation dans ces mêmes affaires sont floues ou très restrictives. Par exemple, l'avocat d'un parent peut se fonder sur la *Charte* pour invoquer un important droit à la communication avant le procès des éléments de preuve obtenus par l'organisme pendant son enquête. La communication d'informations contribue à un procès équitable, en permettant une préparation adéquate, de même qu'à faire en sorte que la cour entende une contestation complète de la preuve présentée par l'organisme, ce qui l'aide à rendre la meilleure décision possible pour l'enfant. Dans *K. (S.D.) c. Alberta (Director of Child Welfare)*⁷³, le juge Bielby a conclu que l'art. 7 de la *Charte* exige que les règles de procédure civile soient interprétées conformément aux « principes de justice fondamentale » afin de garantir une communication équitable dans les instances relatives à la protection de l'enfant.

Selon un autre principe de justice fondamentale, la personne qui jouit de droits constitutionnels doit être avisée de toute audience susceptible d'avoir une incidence sur ceux-ci, de manière à ce que cette personne ait l'occasion de participer. L'avis sert à la

72. Comparer le rejet de l'affirmation d'un droit constitutionnel général à l'assistance d'un avocat dans *Colombie-Britannique (Procureur général) c. Christie*, 2007 CSC 21, [2007] 1 R.C.S. 873.

73. 2002 ABQB 61, 309 A.R. 219.

protection des droits et fait en sorte que la Cour soit plus susceptible d'obtenir la participation de ceux qui peuvent fournir des éléments de preuve au sujet de l'intérêt de l'enfant. Ainsi, le juge peut invoquer la *Charte*, si nécessaire, pour exiger d'un organisme de protection de l'enfance qu'il veille à ce que tous les efforts raisonnables soient déployés pour aviser les parents⁷⁴.

La portée des « principes de justice fondamentale » est souple et contextuelle, et l'art. 7 de la *Charte* a été invoqué directement ou comme outil d'interprétation dans un éventail de cas de protection de l'enfant. Par exemple, dans *B. (F.) c. G. (S.)*⁷⁵, la juge Himel de la Cour supérieure de l'Ontario a convenu qu'un jugement sommaire dans une instance relative à la protection de l'enfant est compatible avec la *Charte*. Cependant, elle a aussi conclu que l'art. 7 de la *Charte* exige de l'organisme qu'il donne un avis écrit clair indiquant la présentation d'une requête pour jugement sommaire et que le parent doit avoir l'occasion de faire appel aux services d'un avocat pour y répondre. Un juge de première instance pourrait soulever la possibilité que l'organisme présente une requête pour jugement sommaire, mais cette procédure peut entraîner la fin définitive de la relation entre les enfants et leurs parents biologiques sans audience complète, de sorte que le processus sommaire doive être suivi minutieusement pour garantir le respect de l'application régulière de la loi et éviter l'apparence de partialité. La question des droits parentaux sous la *Charte* mène naturellement à s'interroger sur les droits dont jouissent les enfants lorsque leur protection est en cause.

74. *N.P. (Re)* (2001), 15 R.F.L. (5^e) 151 (C.S.J. Ont.).

75. (2001), 199 D.L.R. (4^e) 554 (C.S.J. Ont.). Pour une approche différente dans un contexte factuel quelque peu différent, voir *Alberta (Director of Child Welfare) c. W.J.*, 2001 ABPC 195, 301 A.R. 86. La Cour a rejeté la demande d'ajournement qu'avait présentée le père le jour d'un procès pour tutelle permanente afin d'avoir du temps pour solliciter les services d'un avocat. L'avocat des parents s'est retiré juste avant le procès en raison du défaut répété des parents de se présenter à des rendez-vous ou de donner des instructions. Le procès a eu lieu, le père se représentant lui-même; les enfants ont été mis sous tutelle permanente.

C. Les droits des enfants dans les affaires relatives à leur protection

Comme l'a reconnu le juge en chef Lamer dans l'arrêt *G. (J.)*, les instances de protection de l'enfant font intervenir non seulement les droits constitutionnels des parents, mais aussi ceux des enfants. Elles peuvent entraîner leur placement auprès d'un organisme étatique jusqu'à l'âge adulte, ainsi que leur retrait de leur famille, ce qui peut en soi être considéré comme une privation de la « liberté et sécurité de [leur] personne »; les relations familiales sont alors menacées.

Bien que le droit de bénéficier d'une relation avec un parent constitue un aspect fondamental de la sécurité de sa personne pour un enfant, il y a controverse sur le moment et la façon de donner application à ce droit. Les parties à une instance de protection sont généralement les parents et l'organisme de protection de l'enfance, mais les enfants plus âgés peuvent se voir accorder par la loi le droit de participer à l'instance⁷⁶. Dans la mesure où la loi n'accorde pas clairement un tel droit, l'art. 7 de la *Charte* permet d'avancer un argument solide selon lequel l'enfant qui exprime le désir de participer à une instance de protection devrait bénéficier de ce droit. Même si dans certains cas les parents peuvent être considérés comme les « tuteurs naturels » des enfants, protégeant les droits de ceux-ci contre l'État, les parents peuvent dans de nombreuses instances ne pas avoir la volonté ou la capacité nécessaire pour ce faire, puisque leurs opinions ou leurs intérêts peuvent s'opposer à ceux de leur enfant. Les enfants qui ont

76. Voir par exemple la *Loi sur les services à l'enfance et à la famille* de l'Ontario, L.R.O. 1990, c. C.11, art.38 et 39 – les enfants âgés de 12 ans et plus jouissent par présomption de droits d'avis et de participation; s'ils sont âgés de moins de 12 ans, la décision revient à la Cour. Voir aussi le par.60(4) de la même loi, qui accorde aux enfants âgés de 12 ans et plus certains droits de participation. Voir également l'art. 34 C.c.Q. Il est cependant manifeste que les jeunes enfants qui sont incapables de donner des instructions à un avocat ne bénéficient pas du droit constitutionnel de participer aux instances relatives à leur bien-être : *P.W.S. c. British Columbia (Director of Child Family & Community Services)*, 2000 BCSC 1754, 102 A.C.W.S. (3^e) 131.

la capacité requise devraient pouvoir participer à l'instance en leur propre nom⁷⁷. Les arguments en ce sens fondés sur l'art. 7 de la *Charte* peuvent être renforcés par une référence à l'art. 15 de la *Charte*.

Une décision de première instance rendue peu après l'entrée en vigueur de la *Charte* mérite d'être étudiée pour sa perspective sur les effets possibles de l'article 7 à l'égard des enfants qui sont sujets aux instances protectrices. Dans la décision qu'il a rendue en 1983 dans *Re R.A.M.; Children's Aid Society of Winnipeg c. A.M.*⁷⁸, le juge Matas de la Cour d'appel du Manitoba a accueilli la demande fondée sur la *Charte* et présentée par l'enfant afin de participer à une instance relative à sa protection. Dans cette affaire, un garçon âgé de 13 ans a été placé sous la tutelle permanente de l'organisme de protection de l'enfance. Le garçon a reconnu qu'il ne serait pas approprié pour lui de retourner à la maison vivre avec ses parents, mais il voulait vivre avec une tante. Apparemment, on ne lui avait pas dit qu'il pouvait faire part de ses désirs à la cour ou être représenté par un avocat. Dans le cadre d'une requête préliminaire à l'égard de l'appel, on a présenté une demande d'ordonnance de nomination d'un avocat à l'enfant et d'ajout de l'enfant comme partie à l'instance de protection. En rendant l'ordonnance selon laquelle le garçon devrait être représenté, le juge Matas a cité l'art. 7 de la *Charte*, sans se prononcer sur son application à la catégorie des enfants de façon générale. Il a conclu que compte tenu de l'âge et du niveau de compréhension de ce garçon, sa liberté et sa sécurité étaient en cause. Une formation complète de la Cour d'appel du Manitoba a infirmé la décision du juge Matas pour des motifs procéduraux, puisque le garçon n'avait pas présenté sa demande par l'entremise d'un tuteur à l'instance⁷⁹. La brève décision de la Cour ne traitait pas de l'application de la *Charte* à cette situation. Vraisemblablement,

77. La question de la capacité de l'enfant de présenter une contestation constitutionnelle de son propre chef doit être déterminée au cas par cas, compte tenu de la nature de la question et du développement intellectuel et social de l'enfant.

78. (1983), 25 Man. R. (2^e) 143 (C.A.).

79. (1984), 26 Man. R. (2^e) 312 (C.A.).

l'approche adoptée par le juge Matas dans *Re R.A.M.* est bien fondée et n'a pas été écartée.

Les tribunaux ont reconnu que les adolescents plus âgés qui ont été appréhendés en vertu de la législation en matière de protection de l'enfant comme la *Protection of Children Involved in Prostitution Act* de l'Alberta font face à une menace contre la « liberté et sécurité de [leur] personne » et ont le droit d'être traités conformément aux principes de justice fondamentale. Une crainte au sujet du bien-être de l'enfant peut justifier qu'on accorde à un adolescent appréhendé en vertu de ce type de loi moins de droits qu'à un adolescent arrêté en vertu de la législation en matière de justice applicable aux jeunes, par exemple en retardant une audience postérieure à l'appréhension. Toutefois, les craintes relatives à la protection d'un enfant ne peuvent justifier de priver l'adolescent détenu du droit à une audience équitable pour déterminer la validité de sa détention⁸⁰. Si les décisions discutées jusqu'ici ont soulevé des questions plutôt procédurales, la Cour suprême a aussi été appelée à se pencher sur l'effet de la reconnaissance accordée par la *Charte* tant à la liberté religieuse qu'au droit à l'égalité des enfants dans le contexte d'un régime mis en place pour leur protection.

La décision rendue en 2009 par la Cour suprême dans *A.C. c. Manitoba (Directeur des services à l'enfant et à la famille)*⁸¹ reconnaissait clairement que les « mineurs matures » ont des droits constitutionnels distincts de ceux de leurs parents, qui doivent être pris en considération lorsque des décisions sont prises au sujet de leurs soins. Cependant, la Cour a aussi reconnu qu'il fallait pondérer le droit du mineur mature à la prise autonome de décisions par rapport à la responsabilité de l'État de protéger les enfants vulnérables. L'affaire portait sur une témoin de Jéhovah âgée de 14 ans souffrant de la maladie de Crohn, qui avait été admise à l'hôpital après avoir signé une directive médicale préalable

80. *Alberta c. K.B.*, 2000 ABQB 976, 279 A.R. 328.

81. 2009 CSC 30, [2009] 2 R.C.S. 181 [A.C.]. Voir David C. DAY, « Getting Respect : The Mature Minor's Medical Treatment Decisions », (2010) 88 *R. du B. can.* 667.

interdisant qu'on lui fasse une transfusion de sang en raison de ses croyances religieuses. Elle avait une hémorragie interne et son médecin était d'avis que sans transfusion, elle courrait un important risque de subir des lésions au cerveau et aux organes vitaux. Les autorités de la protection de l'enfance ont sollicité une ordonnance judiciaire autorisant son traitement en vertu de la législation manitobaine, qui s'appliquait aux enfants âgés de moins de 16 ans. Le juge de première instance a tenu une audience suivant une procédure accélérée et a présumé qu'elle avait la capacité de prendre une telle décision, concluant néanmoins qu'il était dans son « intérêt supérieur » de suivre le traitement et il a rendu l'ordonnance sollicitée. La fille a reçu une transfusion de sang et s'est rétablie, mais elle risquait d'avoir des saignements dans l'avenir. Par conséquent, la fille et ses parents ont interjeté appel de la décision, contestant l'ordonnance au motif qu'elle avait été victime de discrimination fondée sur l'âge, puisque la loi permettait aux personnes âgées de 16 ans et plus de refuser des traitements médicaux même si cela mettait en péril leur vie.

Même si, au moment où l'affaire s'est retrouvée devant la Cour suprême, l'appel était caduc, la juge Abella, s'exprimant au nom des juges majoritaires de la Cour, a rédigé des motifs confirmant la constitutionnalité de la législation sur la protection de l'enfant et en limitant les effets. Elle a conclu que la *Charte* exige qu'une telle législation et le concept de l'intérêt de l'enfant soient interprétés d'une manière qui respecte suffisamment la maturité de l'enfant à l'égard de la prise d'une décision médicale donnée. La juge Abella a indiqué que « pour respecter le droit en constante évolution de l'adolescent de prendre par lui-même des décisions médicales, le tribunal doit évaluer de façon approfondie sa maturité, aussi difficile que soit cette tâche, pour déterminer son intérêt supérieur »⁸². Il doit y avoir une « échelle variable » d'examen judiciaire de la décision de l'enfant, les opinions de l'enfant revêtant de plus en plus d'importance au fur et à mesure qu'il acquiert

82. A.C., préc., note 81, par.4. La Cour suprême a aussi conclu que les jeunes âgés de moins de 18 ans au moment de la perpétration de l'infraction reprochée ont droit à une « présomption de culpabilité morale moins élevée » : R. c. D.B., 2008 CSC 25, [2008] 2 R.C.S. 3.

l'intelligence et les connaissances requises pour comprendre pleinement les intérêts en cause. En outre, plus les conséquences de la décision seront graves, plus le niveau de maturité requis sera élevé⁸³.

Comme la plupart des autres décisions récentes de la Cour suprême sur les questions litigieuses de pondération des droits et intérêts des parents et des enfants, l'arrêt A.C. a fait ressortir une Cour divisée. La juge en chef McLachlin (avec l'accord du juge Rothstein) a convenu que le régime législatif pondère bien l'intérêt de la société à veiller à ce que les enfants reçoivent les soins médicaux nécessaires, d'une part, et la protection de leur intérêt à l'autonomie, dans la mesure où cela est réalisable, d'autre part. La juge Abella et la juge en chef ont chacune élaboré une approche distincte quant à la pertinence de la common law. Pour la juge Abella, la jurisprudence en matière de « mature minor » était pertinente pour l'évaluation de la capacité décisionnelle de l'adolescent; pour la juge en chef, la loi manitobaine constituait un « code complet » et donc supplantait les principes de common law⁸⁴. Dans ses motifs dissidents, le juge Binnie (qui a aussi accordé davantage d'importance aux droits des enfants dans l'arrêt *Canadian Foundation for Children*) a conclu que la loi était inconstitutionnelle, car elle ne respectait pas adéquatement l'intégrité psychologique et physique des mineurs « matures ». Il a soutenu que si on juge qu'un enfant a la maturité nécessaire pour prendre une décision médicale, son autonomie doit être respectée, même lorsqu'il s'agit d'une question vitale⁸⁵.

83. Le fait que le législateur québécois ait choisi de reconnaître une certaine autonomie décisionnelle à l'enfant âgé de 14 ans fait en sorte que l'affaire A.C. soit moins pertinente pour le droit québécois. Voir Robert P. KOURI, « Le mineur et les soins médicaux, A.C. c. *Manitoba* : De l'autonomie au meilleur intérêt, une limite bien floue », (2010) 4 R.D. & santé McGill 65, 76. Or, pour une analyse de la constitutionnalité des dispositions québécoises dont l'art. 23 C.c.Q. à la lumière de ce jugement, voir *id.*, pp.79-80.

84. A.C., préc., note 81, par.126.

85. Pour l'opinion selon laquelle la dissidence du juge Binnie est celle qui s'adresse de la façon la plus convaincante aux prétentions de l'adolescente, voir Carissima R. MATHEN, « Developments in Constitutio-

Les décisions traitées dans cette partie du texte ont donc illustré la portée des droits positifs et négatifs des parents ainsi que des droits positifs des enfants lorsque les mécanismes étatiques sont déclenchés. Or, certaines des questions les plus difficiles à résoudre sur le plan conceptuel en ce qui a trait à la *Charte* et à la famille visent à savoir si, et dans quelle mesure, les droits constitutionnels des parents s'appliquent dans les affaires où l'État intervient moins directement.

III. Les liens entre parents et enfants

Cette partie traite des affaires dans lesquelles les mécanismes étatiques de protection de l'enfant n'ont pas été enclenchés. L'État y demeure présent, bien entendu, mais soit l'instance gouvernementale n'est pas partie au litige, soit l'affaire concerne la définition même des parents par rapport aux enfants. Par contre, l'identité parentale n'était pas en cause dans les jugements discutés dans la partie précédente du texte.

Plus brève que les précédentes, cette partie traitera d'abord de l'effet de la *Charte* dans les litiges dits privés entre les parents en matière d'autorité parentale (A), pour ensuite surveiller quelques développements relatifs à l'impact de la *Charte* lorsqu'il est question d'identité filiale ou de questions s'y rattachant (B).

A. Les droits parentaux dans les litiges privés

La nature épineuse et litigieuse de l'application et de l'effet de la *Charte* dans les litiges entre les parents d'un enfant est mise en relief par deux décisions rendues en 1993 par la Cour suprême. *Young c. Young*⁸⁶ et *P. (D.) c. S. (C.)*⁸⁷ portaient sur la même question, à savoir si on peut imposer des restrictions au droit des pères non-gardiens qui sont des témoins de Jéhovah de partager leurs croyances et pratiques religieuses avec leurs enfants pen-

nal Law : The 2008-2009 Term », (2009) 48 *Supreme Court L.R.* (2^e) 71, 119-20.

86. [1993] 4 R.C.S. 3.

87. [1993] 4 R.C.S. 141.

dant leurs visites. Les pères ont soutenu que leurs droits constitutionnels à la liberté de religion et à l'égalité seraient atteints s'ils ne pouvaient partager leurs croyances avec leurs enfants. Ils ont également allégué que le critère de « l'intérêt supérieur » était trop flou et trop large pour justifier, en vertu de l'article premier de la *Charte*, une atteinte à leurs droits.

Il est difficile de tirer de ces deux arrêts des conclusions d'application générale, car chacun a fait l'objet de plusieurs ensembles de motifs et ne contenait aucune opinion majoritaire claire sur les questions soulevées⁸⁸. La Cour n'est parvenue à aucun consensus sur la question de savoir si la *Charte* s'applique à des litiges privés entre des parents relativement à la garde et à l'accès. Toutefois, les juges majoritaires des deux arrêts ont convenu que, dans la mesure où les droits garantis par la *Charte* s'appliquent, le critère de « l'intérêt supérieur » y est conforme puisque la discrétion judiciaire permet de tenir compte des droits religieux d'un parent⁸⁹.

Bien que la jurisprudence de la Cour suprême reconnaisse que les litiges impliquant la relation parentale puissent toucher aux droits parentaux, plusieurs décisions des cours d'appel ont rejeté l'argument selon lequel le parent impliqué dans un litige

88. Voir par exemple Shauna VAN PRAAGH, « Religion, Custody, and a Child's Identities », (1997) 35 *Osgoode Hall L.J.* 309; Nicholas BALA, « Developments in Family Law : The 1993-94 Term : The Best Interests of the Child », (1995) 6 *Supreme Court L.R.* (2^e) 453; Martha J. BAILEY, « Custody, Access, and Religion : A Comment on *Young v. Young* and *D.P. v. C.S.* », (1994) 11 *Can. Fam. L.Q.* 317; W. Glen HOW, « Custody and Access : The Supreme Court Compounds Confusion », (1994) 11 *Can. Fam. L.Q.* 109. Ces deux affaires ont par ailleurs mis en lumière les distinctions entre les conceptions de la « garde » dans la common law et le droit civil québécois. Voir Dominique GOUBAU, « L'intérêt de l'enfant et les pouvoirs résiduels du parent non gardien », (1996) 13 *Rev. Can. D. Fam.* 11.

89. Il est possible que le droit, garanti par l'art. 23 de la *Charte*, à l'éducation primaire et secondaire dans la langue de la minorité officielle peut aussi conditionner la détermination de l'intérêt de l'enfant lorsqu'il est question de l'exercice de l'autorité parentale. Voir *Perron c. Perron*, 2012 ONCA 811.

contre un autre parent sur la garde ou l'accès pouvait avoir des droits garantis par la *Charte*. Sans faire référence à ces décisions de la Cour suprême, les cours d'appel ont suivi le raisonnement voulant que ces procédures ne comportent pas de « mesures étatiques », de sorte que la *Charte* ne s'applique pas⁹⁰. Malgré le fait que cette analyse de la part des cours d'appel n'examine pas les questions que la jurisprudence de la Cour suprême considère importantes, il est manifeste que les tribunaux ne veulent pas permettre aux parents nécessiteux d'invoquer la *Charte* dans le cadre de procédures entre parties privées afin d'obtenir les services d'un avocat financés par l'État. Il eut peut-être été préférable que les tribunaux reconnaissent dans ces affaires que des droits garantis par la *Charte* sont en jeu et effectuent une analyse des « principes de justice fondamentale » ou de l'article premier de la *Charte*. Les décisions peuvent néanmoins se défendre à la lumière des ressources limitées de l'aide juridique et du fait qu'un parent, dans le cadre d'une instance privée, ne risque pas de rompre définitivement le lien de filiation. Ces questions partent cependant de la présomption qu'un lien de filiation est établi, sujet que nous abordons à la lumière de la *Charte* dans la section suivante.

B. L'établissement du lien de la filiation

À une époque où les législateurs ont aboli les distinctions entre la filiation légitime et illégitime, quel rôle demeure pour les droits garantis par la *Charte* en matière de la filiation?

Dans la décision qu'elle a rendue en juin 2003 dans *Trociuk c. Colombie-Britannique*⁹¹, la Cour suprême a une fois de plus reconnu l'importance des droits parentaux. Cette affaire découlait d'une contestation de la législation britanno-colombienne sur la déclaration de naissance présentée par le père biologique de tri-

90. *Mills c. Hardy*, 2000 NSCA 140, 13 R.F.L. (5e) 150; *S.A.K. c. A.C.*, 2001 ABCA 205, 19 R.F.L. (5e) 1; *Miltenberger c. Braaten*, 2000 SKQB 443, 100 A.C.W.S. (3e) 842; *Dirk c. Dirk*, 2002 SKQB 292, 115 A.C.W.S. (3e) 833; *New Brunswick (Minister of Family and Community Services) c. R.W.*, 2004 NBCA 13, 268 R.N.B. (2e) 314.

91. 2003 CSC 34, [2003] 1 R.C.S. 835 [*Trociuk*].

plets qui vivait avec leur mère au moment de la naissance pour ensuite se séparer. Un test de paternité a démontré qu'il était le père biologique et un tribunal lui avait accordé des droits d'accès et lui avait imposé l'obligation de verser une pension alimentaire pour enfants. À l'époque, la législation de la Colombie-Britannique ne prévoyait pas qu'un homme dans cette situation soit inscrit à la déclaration de naissance comme père de l'enfant. La Cour a conclu que le fait que la loi accorde uniquement à la mère le pouvoir de décider si le nom du père figure à la déclaration de naissance, sans lui offrir l'occasion de s'y inscrire, constituait une atteinte aux droits du père d'un enfant né d'une union libre garantis par l'art. 15 de la *Charte*. La juge Deschamps a indiqué, au nom de la Cour, que l'inscription de l'identité d'un parent dans la déclaration de naissance constituait « un important moyen de participer à la vie de son enfant ». Un demandeur raisonnable se trouvant dans la situation du père constaterait que le législateur valorise moins le lien entre un père et ses enfants que celui entre une mère et ses enfants⁹². Cette décision soutient l'opinion selon laquelle le droit d'un parent de profiter d'un lien avec son enfant revêt une importance fondamentale et qu'il est digne de reconnaissance constitutionnelle. D'aucuns ont cependant reproché à cette décision de privilégier l'égalité formelle entre pères et mères par rapport à la sensibilité à l'égard de la situation des femmes qui portent les enfants et leur donnent naissance⁹³.

Par ailleurs, dans la quasi-totalité des provinces et territoires du Canada, les lois sur les statistiques de l'état civil comportent des dispositions permettant au conjoint de sexe opposé d'un parent biologique dont l'enfant est né d'une procréation assistée d'être inscrit comme parent sur la déclaration de naissance de l'enfant. Toutefois, selon leur version originale, ces lois présu- maient généralement que les parents formaient des couples de

92. *Id.*, par.15-21.

93. Voir par exemple Hester LESSARD, « Mothers, Fathers, and Naming : Reflections on the Law Equality Framework and *Trociuk v. British Columbia (Attorney General)* », (2004) 16 R.D.F. 165.

sexe opposé et que l'enfant aurait « une mère et un père »⁹⁴. Dans l'affaire *Rutherford c. Ontario (Deputy Registrar General)*, quatre couples lesbiens ont contesté ce régime pour cause d'inconstitutionnalité⁹⁵. Le juge Rivard a conclu que ce régime législatif était discriminatoire envers les « co-mères lesbiennes » – dont le nom ne pouvait être inscrit sur la déclaration de naissance de leurs enfants – en raison du sexe et de l'orientation sexuelle, à l'encontre de l'art 15 de la *Charte*⁹⁶. Le juge a comparé la situation d'un couple de même sexe et celle d'un père non biologique dont la conjointe était tombée enceinte au moyen de l'insémination artificielle : la loi permettait à ce dernier de s'inscrire sur la déclaration de naissance⁹⁷. En réponse à cette décision, l'Ontario et plusieurs autres provinces ont modifié leurs régimes de déclaration de naissance pour permettre l'inscription des conjoints de même sexe en tant que parents. Rappelons que le législateur québécois est allé plus loin en 2002 — instituant notamment la présomption de maternité de la conjointe de droit de la mère d'un enfant né de la procréation assistée —, sans qu'il n'y ait contestation constitutionnelle⁹⁸.

94. *Loi sur les statistiques de l'état civil*, L.R.O. 1990, c. V.4. Pour une analyse de certains des problèmes juridiques et sociaux auxquels font actuellement face ces parents de même sexe, particulièrement les co-mères lesbiennes, voir par exemple Fiona J. KELLY, *Transforming Law's Family : The Legal Recognition of Planned Lesbian Motherhood*, Vancouver, UBC Press, 2011.

95. (2006), 81 R.J.O. (3^e) 81, par.123 (C.S.J.) [*Rutherford*]; voir en sens contraire, par exemple *C.(P.) c. L.(S.)*, 2005 SKQB 502, 273 Sask. R. 127, mais cette décision a dans les faits été écartée par des arrêts comme *Fraess c. Alberta*, 2005 ABQB 889, 390 A.R. 280; *H.(D.W.) c. R.(D.J.)*, 2011 ABQB 791, 528 A.R. 160; *W.J.Q.M. c. A.M.A.*, 2011 SKQB 317, 382 Sask. R. 119.

96. *Rutherford*, préc., note 95, par.104. Il est utile de comparer cette décision basée directement sur la *Charte* avec l'exercice du pouvoir *parens patriae* dans *A.A. c. B.B.*, préc., note 8.

97. *Rutherford*, préc., note 95, par.113.

98. Voir *C.c.Q.*, art. 538 et suiv. Le rejet des arguments avancés sous la *Charte* met en évidence un autre élément distinctif du régime québécois de la filiation des enfants nés de la procréation assistée. Dans *Doe c. Alberta*, 2007 ABCA 50, 404 A.R. 153, permission d'appeler à la C.S.C. rejetée (*sub nom. Doe v. The Queen*), [2007] 2 R.C.S. vi, la Cour d'appel a refusé de reconnaître l'opposabilité d'un acte fait par un homme afin de

À l'instar de ces décisions concernant la détermination du statut des parents peu après la naissance, les tribunaux canadiens ont aussi appliqué la *Charte* à l'égard de régimes législatifs portant sur les liens qui existaient entre un parent et son enfant dans le passé. Dans *Cheskes c. Ontario (Attorney General)*⁹⁹, la Cour supérieure de l'Ontario a conclu qu'une nouvelle loi permettant la divulgation de renseignements personnels une fois que la personne adoptée a atteint l'âge adulte, sans le consentement de cette personne ou du parent biologique, contrevenait à l'attente raisonnable des parties en matière de vie privée. Elle portait ainsi atteinte au droit à la liberté protégé par l'art. 7 de la *Charte*. Plus récemment, dans *Pratten c. British Columbia (Attorney General)*¹⁰⁰, la Cour suprême de la Colombie-Britannique s'est prononcée sur une contestation du défaut de la province de prendre des mesures pour garantir la collecte et la disponibilité de renseignements concernant les enfants conçus au moyen de dons anonymes de sperme. La juge Adair a rejeté l'allégation selon laquelle il existerait un droit – qu'il soit relié à la liberté ou la sécurité de leur personne – pour les enfants conçus au moyen de dons de sperme de connaître leurs origines biologiques. Elle a néanmoins accepté que la portée de la législation visant à aider les enfants adoptés à obtenir des renseignements au sujet de leurs origines biologiques et leurs antécédents familiaux était trop restreinte sur le plan consti-

n'être jamais reconnu à titre de père de l'enfant né de sa conjointe de fait suite à une insémination par don de sperme anonyme. Il était impossible d'empêcher un tribunal postérieur de conclure qu'il aurait agi de façon paternelle à l'égard de l'enfant aux fins des lois provinciales qui reconnaissent les obligations des parents de fait. De l'avis des juges, l'art. 7 de la *Charte* ne garantissait pas à la femme la liberté de déterminer les contours de la famille de son enfant : voir Brenda COSSMAN, « Parenting beyond the Nuclear Family : *Doe v. Alberta* », (2007) 45 *Alta. L. Rev.* 501. En revanche, l'art. 538 C.c.Q. prévoit que l'intention parentale d'une personne puisse donner lieu à un projet parental avec assistance à la procréation afin qu'elle devienne par la suite le seul parent de l'enfant qui en naîtra. Bien entendu, celui qui plaide l'existence d'un projet parental doit s'acquitter du fardeau de la preuve : *Droit de la famille—111729*, 2011 QCCA 1180, permission d'appeler à la C.S.C. rejetée (*sub nom. L.B. c. G.N.*), 1^{er} mars 2012, Dossier n° 34441.

99. (2007) R.J.O. (3^e) 581 (C.S. Ont.).

100. 2011 BCSC 656, 99 R.F.L. (6^e) 290.

tutionnel, contrairement à l'art. 15, car elle ne prévoyait pas de mesures semblables pour les enfants conçus au moyen de dons de sperme. Si la Cour d'appel a renversé cette décision sur la base que l'art. 15(2) protégeait le régime concernant les adoptés¹⁰¹, l'affaire témoigne néanmoins de l'ampleur des attentes à l'égard des droits constitutionnels dans certains domaines des plus intimes.

Conclusion

Pendant la décennie qui a suivi l'entrée en vigueur de la *Charte*, celle-ci a eu un effet minime sur le droit de la famille au Canada. À compter du milieu des années 1990, la *Charte* a toutefois commencé à refaçonner considérablement la législation familiale et la pratique dans certains types d'affaires familiales. Les changements les plus marquants sur le plan législatif ont porté sur les définitions de « conjoint » et de « parent », où l'accent que met la *Charte* sur l'égalité a favorisé la reconnaissance des unions libres et des unions entre personnes de même sexe, tout en élargissant la portée des droits des pères biologiques. Il faut reconnaître qu'avant l'avènement des litiges fondés sur la *Charte*, les lois et la jurisprudence dans plusieurs provinces et territoires au Canada avaient franchi les premières étapes de la reconnaissance des droits des conjoints de fait, des pères et des conjoints de même sexe.

La *Charte* a aussi eu un effet profond sur la pratique dans les instances relatives à la protection de l'enfant au Canada, particulièrement dans les provinces et territoires où la législation ou les politiques ne respectaient pas adéquatement les droits procéduraux des parents et des enfants. Bien que la *Charte* – qu'elle soit appliquée directement ou en faisant référence à ses valeurs – ait dans certains cas renforcé ou stimulé des tendances déjà en cours, il faut se rappeler que dans d'autres cas, les juges ont déve-

101. *Pratten c. British Columbia (Attorney General)*, 2012 BCCA 480.

loppé le droit sans s'y référer, se basant sur des valeurs telles que l'équité¹⁰².

Quant au Québec, la *Charte* y a eu un effet sur le droit familial, mais cet effet s'est fait sentir plus tard que dans les autres provinces. On ne peut expliquer avec certitude ce délai, mais on peut émettre quelques hypothèses. Certains milieux dans la province demeurent-ils hésitants à l'égard de la *Charte*, considérant celle-ci comme imposée par Ottawa sous le régime fédéraliste de Trudeau? Le fait que l'on conçoive le droit de la famille comme faisant partie du droit commun énoncé par le Code civil, et donc moins apte à subir un examen constitutionnel, a peut-être aussi découragé les contestations constitutionnelles. Quels qu'en soient les fondements, l'affaire *Éric c. Lola* – et l'idée que la Cour suprême puisse invalider des choix structurant le régime familial du Code civil – suscite de vives réactions¹⁰³. Il peut être suggéré que la notion de consensualisme est plus importante dans le droit de la famille au Québec qu'ailleurs, mais cette hypothèse devrait être aussitôt nuancée par une reconnaissance du courant protectionniste et du rôle important de l'ordre public. Fait qu'on peut considérer plus important, le Québec a été plus proactif que les autres provinces lorsqu'est venu le temps d'adopter une loi reconnaissant les droits des conjoints de même sexe et d'accorder aux enfants des droits relativement larges de participation aux procédures qui les touchent. Ces modifications reflètent l'adoption par le législa-

102. Robert LECKEY, « Family Law as Fundamental Private Law », (2007) 86 *R. du B. can.* 69, 85-91. Notamment, dans les litiges entre personnes vivant en union libre, la Cour suprême du Canada est en tête de file dans le Commonwealth pour ce qui est de l'élaboration du droit de l'enrichissement injustifié et de la fiducie par interprétation, mais même si les précédents sur ces questions favorisent vraisemblablement l'égalité des femmes par rapport aux hommes et des unions de fait par rapport aux époux, ils ne font pas référence à la *Charte*. Voir par exemple *Kerr*, préc., note 11.

103. Sans attendre la décision de la Cour suprême du Canada, le président de la Chambre des notaires du Québec a réclamé le recours à la clause nonobstant afin de soustraire le droit de la famille à l'application de la *Charte* : Jean LAMBERT, « Droits des conjoints de fait – L'inévitable recours à la clause nonobstant », Lettre ouverte, *Le Devoir* (17 octobre 2012).

teur des valeurs d'égalité équivalentes à celles qu'on retrouve dans la *Charte canadienne* – comme les valeurs qui sous-tendent la *Charte québécoise*¹⁰⁴ – et pourraient avoir prévenu certains types de contestations. Il n'en demeure pas moins remarquable qu'il se soit écoulé près de quinze ans entre la reconnaissance par la Cour suprême du Canada de l'état matrimonial comme motif analogue de discrimination et la contestation du traitement austère que réserve le Code civil aux conjoints de fait.

La décision qu'a rendue la Cour suprême du Canada dans *Éric c. Lola* suggère que la *Charte* ne touchera pas aux décisions législatives relatives aux droits et obligations des conjoints de fait. C'est peut-être en matière de protection de l'enfance que la *Charte* risque d'avoir l'effet le plus direct, car on pourrait imaginer des demandes visant une réparation relative aux obligations de divulgation ainsi qu'aux droits à la représentation et à la participation des enfants et des parents. Certains cas où d'autres liens familiaux fondamentaux sont menacés par un organisme de protection de l'enfance pourraient aussi donner lieu à l'application limitée de la *Charte*. Il en est notamment le cas lorsqu'un enfant est retiré d'un foyer d'accueil dans lequel il a été placé à long terme¹⁰⁵. Les

104. Le Code civil s'applique « en harmonie » avec la *Charte québécoise* : disposition préliminaire, C.c.Q.; Édith DELEURY et Dominique GOUBAU, *Le droit des personnes physiques*, 4^e éd. par Dominique GOUBAU, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008, n° 78, p.77. Voir aussi France ALLARD, « La *Charte des droits et libertés de la personne* et le *Code civil du Québec* : deux textes fondamentaux du droit civil québécois dans une relation d'«harmonie ambiguë» », (2006) *R. du B.* (Numéro thématique) 33.

105. Dans certaines provinces, comme l'Ontario, la loi accorde aux parents d'accueil à long terme des droits de participation assez étendus; dans ces provinces, la *Charte* a peut-être peu d'effets concrets, voire aucun, sur les droits des parents d'accueil. Toutefois, dans les provinces canadiennes où la loi ne reconnaît pas les droits des parents d'accueil à long terme ou d'autres aidants à long terme qui ont joué un rôle « parental », la *Charte* peut constituer une source de protection des relations avec l'enfant et d'obtention du droit de participer aux instances le touchant. Voir par exemple *Peters c. Regional Children's Guardian* (1988), 88 A.R. 114 (C.A.) et *R.M.S. (Re)*, 2001 SKQB 492, 212 Sask. R. 276, pour des décisions qui invoquaient la *Charte* pour garantir une audience équitable avant que des enfants ne soient retirés de la famille d'accueil à long terme.

jugements portant sur la divulgation d'informations relatives à l'adoption et aux enfants conçus au moyen de gamètes donnés, résumés dans la partie III, laissent présager un rôle actif pour la *Charte* – et pour la législation provinciale – dans un domaine où les opinions sociales sur l'importance de connaître ses origines génétiques semblent changer¹⁰⁶. Il reste à voir si les tribunaux canadiens interpréteront la *Charte* comme comportant un droit pour la personne de connaître ses origines génétiques¹⁰⁷.

En terminant, après une analyse approfondie des façons dont la *Charte* a été plaidée et appliquée, il peut être intéressant de relever les façons dont elle ne l'a pas été ou les raisonnements que les juges n'ont pas semblé trouver convaincants. Parmi les libertés fondamentales garanties par l'art. 2 de la *Charte*, la liberté de religion est la seule qui est appliquée dans le contexte familial, souvent dans les cas où des mesures de protection de l'enfant ou des procédures judiciaires visent à écarter une décision prise par un parent ou par un enfant. Une bonne connaissance de la jurisprudence canadienne peut faire paraître ce cheminement manifeste ou nécessaire. Mais rien dans le texte de la *Charte* n'aurait empêché la liberté de conscience, la liberté de religion ou la liberté d'association de s'appliquer en matière familiale. Nous avons soulevé au début des interrogations à savoir si l'usage du droit à l'égalité dans les cas des couples adultes n'a pas confirmé la place centrale du mariage et si le rejet des demandes fondées sur le

106. Voir par exemple Dave SNOW, « The Judicialization of Assisted Reproductive Technology Policy in Canada : Decentralization, Medicalization, and Mandatory Regulation », (2012) 27 R.C.D.S. 169. Il faut toutefois noter que cet auteur se penche longuement sur la décision de première instance dans l'affaire *Pratten*, préc., note 100, qui a été par la suite infirmée (voir note 101).

107. Pour une analyse critique de l'état actuel du droit, y compris l'opinion selon laquelle « le droit aux origines devrait être un droit fondamental indirectement protégé par les chartes canadienne et québécoise par les dispositions en matière de liberté, sécurité, vie privée et égalité », voir Michelle GIROUX, « Le droit fondamental de connaître ses origines biologiques », dans Tara COLLINS et al. (dir.), *Droits de l'enfant : actes de la Conférence internationale, Ottawa 2007/Rights of the Child: Proceedings of the International Conference, Ottawa 2007*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2008, 353, à la page 384 [note omise].

droit à l'égalité des enfants n'a pas confirmé leur statut inférieur. Certes, la jurisprudence en matière familiale pendant les trente premières années de la *Charte canadienne des droits et libertés* décevra quelques observateurs. Elle peut cependant nous rappeler que les juges doivent s'en tenir à leur rôle institutionnel, au texte constitutionnel, aux précédents et aux affaires qui leur sont soumises et nous montrer les limites de la capacité du droit de régler tous les problèmes.

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : LA RÉCEPTION DES THÉORIES JURIDIQUES FRANÇAISES EN DROIT CIVIL QUÉBÉCOIS

Auteur(s) : Mathieu DEVINAT
Édith GUILHERMONT

Revue : RDUS, 2012, volume 42, numéro 3

Pages : 459-504

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/10279>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/10279>

Page vide laissée intentionnellement.

LA RÉCEPTION DES THÉORIES JURIDIQUES FRANÇAISES EN DROIT CIVIL QUÉBÉCOIS

par Mathieu DEVINAT*
Édith GUILHERMONT**

Lors d'une précédente recherche portant sur la place des théories juridiques dans le discours juridique québécois, nous avons constaté que ces théories juridiques, dont les juristes québécois se servent, étaient très majoritairement empruntées au droit français, aucune ou presque n'étant le fruit d'une activité doctrinale locale. Par conséquent, les théories juridiques que l'on trouve dans le paysage québécois sont le résultat d'un phénomène de réception. La présente étude aborde ainsi les modalités de la réception de différentes théories juridiques en droit privé.

In an earlier study, the writers reached the conclusion that the legal theories referred to in Quebec law were, for the most part, borrowings from the French legal system. In fact none (or almost none) of them were the product of Quebec legal doctrine. As a result, legal theories applied in Quebec law are the result of a process of reception. This article examines the different criteria referred to by Quebec jurists in their discussions concerning this issue in private law.

* . Professeur agrégé à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke.

** . Docteur de l'Université de Perpignan *Via Domitia*. Les auteurs souhaitent remercier les deux évaluateurs anonymes pour leurs précieux commentaires à l'égard d'une version antérieure de ce texte. Les recherches sur lesquelles se fonde la présente étude ont été réalisées avec l'appui de la Fondation du Barreau du Québec.

SOMMAIRE

Introduction	461
I - L'exigence de conformité de la théorie au droit civil québécois.....	468
II - Les critères de conformité au droit civil québécois ...	474
1) L'existence d'un fondement textuel dans le Code civil	475
2) Un fondement idéologique compatible avec la culture juridique québécoise.....	485
3) L'admission de la théorie par les plus hauts Tribunaux	492
4) L'utilité de la théorie juridique française.....	495
Conclusion	497
Annexe	501

Introduction

L'origine, la fonction et la sélection des théories dans la pensée juridique québécoise demeurent des sujets ayant peu attiré l'attention des chercheurs¹. Pourtant, celles-ci ont envahi plusieurs ramifications du droit privé, que ce soit sous forme de raisonnements, de règles ou de principes, à l'intérieur ou à l'extérieur du *Code civil du Québec*. Lors d'une précédente recherche, qui portait principalement sur la place des théories juridiques dans le discours juridique québécois et sur les usages langagiers des mots *théorie/theory*², nous avons constaté que ces théories juridiques, dont les juristes québécois se servent, étaient très majoritairement empruntées au droit français et beaucoup plus rarement à d'autres systèmes juridiques nationaux, aucune ou presque n'étant le fruit d'une activité doctrinale locale. Par conséquent, les théories juridiques que l'on trouve dans le paysage québécois sont le résultat d'un phénomène de réception dont les modalités d'admission méritent, selon nous, d'être explorées³. À quel titre et à quelles conditions les « théories juridiques » ont-elles été reçues en droit québécois? Ce sont ces questions que nous avons souhaité étudier plus avant et qui feront donc l'objet du présent texte.

Si la réception de règles de droit provenant d'un système juridique étranger a fait l'objet d'une littérature conséquente, on s'aperçoit que le phénomène plus particulier de la réception des théories juridiques n'a quant à lui jamais été véritablement abordé⁴. Il pourrait être tentant de considérer qu'il n'y a pas lieu de

-
1. Sur les théories en droit, voir : Christian ATIAS, *Théorie contre arbitraire*, Paris, P.U.F., 1987; Thierry TAURAN, « Le droit et ses théories. Peut-on construire une théorie sur les théories juridiques? », (2008) 33 *Revue de la recherche juridique* 807; Sébastien PIMONT, « Peut-on réduire le droit en théories générales? », (2009) *R.T.D.civ.* 417.
 2. Mathieu DEVINAT et Édith GUILHERMONT, « Enquête sur les théories juridiques en droit civil québécois », (2010) 44 *R.J.T.* 7.
 3. *Id.*, p. 28 et suiv.
 4. Du moins à notre connaissance. Il existe cependant des préoccupations parfois très voisines chez certains auteurs. Voir, pour un exemple récent : Pierre-Gabriel JOBIN, « La circulation de modèles juridiques français au Québec. Quand? Comment? Pourquoi? », dans *Générosa*

réserver une étude particulière à la réception des théories juridiques puisqu' « [e]n règle générale, les théories juridiques qui pivotent autour d'un système juridique l'y accompagnent lors de son déplacement. La réception s'étend ainsi aux théories juridiques étrangères »⁵. Le droit civil québécois étant métissé, il serait tout naturel d'y trouver en circulation des théories juridiques en provenance des systèmes juridiques dont elle a hérités. Pourtant, et pour ne s'en tenir qu'au droit civil, il apparaît que le phénomène de réception du droit français en droit québécois ne se confond pas toujours avec la réception des théories juridiques françaises⁶.

BRASMIRANDA et Benoit MOORE, dir., *Mélanges Adrian Popovici. Les couleurs du droit*, Montréal, Éditions Thémis, 2010, p. 599. Toutefois l'auteur raisonne en termes de « modèle juridique », notion qui est plus large que celle de théorie juridique, et ne prête pas d'attention particulière au phénomène même de la réception de ces modèles juridiques français au Québec. Sur la question limitée de la réception des systèmes en contexte canadien seulement, voir, par exemple : Louis BAUDOUIN, « La réception du droit étranger en droit privé québécois », *Quelques aspects du droit de la province de Québec*, Paris, Cujas, 1963, p. 3; H. Patrick GLENN, « Persuasive Authority », (1987) 32 *R.D. McGill* 261; TRAVAUX DE L'ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *La circulation du modèle juridique français : journées franco-italiennes*, Paris, Litec, 1994; Michel DOUCET et Jacques VANDERLINDEN dir., *La réception des systèmes juridiques : implantation et destin : textes présentés au premier colloque international du Centre international de la common law en français (CICLEF)*, Bruxelles, Bruylant, 1994; Jacques VANDERLINDEN, « La réception des systèmes juridiques européens au Canada », (1996) 64 *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 359. Plus largement, il existe une littérature abondante sur le thème des transferts de droit que nous n'allons pas reproduire ici. En retour, nous suggérons une étude récente à laquelle nous allons nous référer dans ce texte : Safia BOUABDALLAH, *La réception du modèle français en droit civil belge : exemple d'un transfert de droit*, thèse de doctorat, sous la direction de Pascal ANCEL, Saint-Étienne, Faculté de droit, Université Jean Monnet, 2007.

5. Athanase PAPACHRISTOS, *La réception des droits privés étrangers comme phénomène de sociologie juridique*, coll. « Bibliothèque de droit privé », Paris, L.G.D.J., 1975, p. 104.
6. Cela tient d'ailleurs probablement au changement de statut de la doctrine juridique française. Dans l'ancien droit, celui qui justement a été reçu ou implanté en Nouvelle-France, la doctrine était une véritable source du droit et les théories élaborées par des juristes comme Pothier ou Domat n'avaient aucune peine à être considérées comme du droit, tant par les juristes et tribunaux français que par les juristes canadiens.

De fait, on constate que la réception de règles formelles contenues dans le Code Napoléon, qui a servi de modèle à la rédaction du *Code civil du Bas Canada*, n'a pas nécessairement entraîné la réception des théories que la jurisprudence et la doctrine françaises ont pu élaborer à partir, ou en marge, du Code. Pour s'en convaincre, il suffit de se souvenir que des textes identiques dans les deux codes ont pu donner lieu à des interprétations et des solutions différentes de part et d'autre de l'Atlantique⁷. Aussi, l'objet de notre propos sera d'envisager la réception des théories juridiques françaises indépendamment de la question, déjà abondamment traitée, de la réception des textes de droit positif.

D'un point de vue méthodologique, la question de la réception des théories juridiques françaises sera ici envisagée à partir d'une analyse de discours, essentiellement doctrinal, dont les paramètres ont été décrits dans une étude précédente⁸. Outre les sources d'information étudiées, le phénomène de la réception des théories juridiques et les discussions qu'elles ont suscitées se sont déroulées à une période relativement précise. À ce titre, la plupart des théories juridiques d'origine française admises en droit civil québécois ont été formulées et débattues au tournant du XX^e siècle et ont prospéré durant la première moitié du siècle. C'est à cette période surtout que l'on trouve les discussions sur l'opportunité ou non de les admettre en droit québécois. Les plus importantes des théories en circulation dans le droit civil ou le discours juridique québécois concernent le droit des obligations et de la responsabilité civile, c'est pourquoi nous avons choisi de limiter nos investigations à ces quelques théories phares, anciennes et plus récentes, et avons restreint notre étude autour de la pé-

Voir, à cet égard, l'étude du professeur Gilles : David GILLES, « Les *Lois civiles* de Jean Domat, prémices à la Codification. Du *Code Napoléon* au *Code civil du Bas Canada* », (2009) 43 *R.J.T.* 1.

7. Par exemple, en matière de responsabilité du fait des choses, l'article 1054 du *Code civil du Bas Canada* était rédigé dans des termes presque identiques à celui de l'article 1384 du *Code Napoléon*. Sur cette question, voir plus bas, la note 48.

8. M. DEVINAT et É. GUILHERMONT, préc., note 2.

riode ayant suivie leur création⁹. L'objet de cette étude n'est donc pas de fixer des critères qui devraient être retenus pour recevoir ou non des théories juridiques, mais plutôt de tenter de dégager les grandes orientations des débats auxquelles elles ont donné lieu dans la tradition juridique québécoise.

Enfin, il est utile de préciser le sens que nous attribuons au mot « réception » lorsqu'il est utilisé au sujet d'une théorie juridique. Telle que nous l'envisageons ici, la réception s'entend du *processus* par lequel une théorie est reconnue comme admise ou éventuellement rejetée en droit québécois. En effet, on observe que plusieurs des plus importantes théories françaises n'ont été reçues chez nous qu'au terme de discussions ou débats plus ou moins longs entre les différents acteurs du droit¹⁰. Mais cette manière de concevoir la réception d'une théorie soulève une question : quand peut-on dire qu'une théorie est effectivement reçue, ou rejetée, en droit québécois? Lorsqu'elle est consacrée ou rejetée par le législateur? Lorsque doctrine et jurisprudence s'accordent à l'admettre et la consacrent? Ou seulement lorsque sa réception a été officialisée par les plus hauts tribunaux, Cour d'appel du Québec et Cour suprême du Canada? S'agissant d'une étude de dis-

9. L'analyse des critères de réception des théories juridiques ne pouvant prétendre à l'exhaustivité, le nombre de théories l'en empêchant, nous avons orienté nos travaux vers un nombre restreint de théories. Ont ainsi été analysées les discussions ayant porté sur la réception des théories suivantes : Théorie de l'abus de droit (et de l'abus de droit contractuel), Théorie de l'enrichissement injustifié, Théorie de l'engagement par volonté unilatérale, et Théorie de l'imprévision. D'autres théories évoquées dans le texte à titre d'exemple n'ont fait l'objet que d'une analyse partielle. Leur étude nous a permis de confirmer la récurrence de certains critères de réception. On trouvera en annexe du présent texte les références aux documents doctrinaux et jurisprudentiels ayant servi à l'analyse des critères dans la mesure où ils portaient ou étaient évocateurs d'un débat au sujet des théories étudiées.

10. Il est vrai que la réception pourra également désigner, en fonction du contexte, la réussite du processus. Il est important de signaler le sens particulier que nous avons retenu de l'expression « réception » qui met l'accent sur le processus, plutôt que sur le résultat. En fait, l'aspect qui nous a paru intéressant était plutôt l'analyse des débats auxquels ont donné lieu les théories juridiques françaises lorsqu'elles étaient abordées par les juristes québécois.

cours, ce sont les critères expressément retenus par les juristes québécois qui retiendront notre attention.

Il est intéressant d'observer que pour certaines théories juridiques, le constat de leur réception ne fait pas l'unanimité. Deux exemples en témoignent : la théorie de l'imprévision et la théorie de l'engagement par volonté unilatérale. Dans ces cas, le fait que le législateur ait adopté la théorie dans des dispositions particulières du *Code civil du Québec* est analysé par les uns comme la reconnaissance de son admission¹¹, alors que pour d'autres, il s'agit d'une preuve de son rejet¹². Pour certains, recevoir une théorie, c'est admettre une solution générale, un principe, et non pas des solutions ponctuelles liées à des cas particuliers, comme ceux, par exemple, dans lesquels le *Code civil du Québec* admet que le juge peut intervenir dans le contrat en cas d'*imprévision*. Selon un jugement récent de la Cour supérieure, cela ne permet pas d'affirmer que la théorie de l'imprévision est pour autant admise par le droit québécois¹³. S'agissant de la *théorie de l'engagement par volonté unilatérale*¹⁴, certains auteurs estiment que l'article

11. Pour l'engagement unilatéral, voir, par exemple, Jean-Louis BAUDOUIN et Pierre-Gabriel JOBIN, *Les obligations*, 6^e éd. par P.-G. JOBIN avec la collaboration de Nathalie VÉZINA, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, n° 42.

12. Jean PINEAU, Danielle BURMAN et Serge GAUDET, *Théorie des obligations*, 4^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2001, n° 248 à propos de l'engagement unilatéral et de l'article 1395 C.c.Q.

13. Voir *Transport Rosemont Inc. c. Montréal (Ville)*, 2008 QCCS 5507, par 32 : « Le Tribunal se doit de conclure que c'est seulement dans des cas très particuliers qu'il peut y avoir révision des contrats pour imprévision. Somme toute, la révision des contrats pour imprévision n'est pas admise dans notre droit positif québécois actuel et la théorie de l'imprévision telle qu'alléguée par les demanderesses, ne peut recevoir application au présent dossier ».

14. Cette théorie a en réalité été formulée par un juriste autrichien au XIX^e siècle. Elle n'est donc pas française d'origine. Toutefois, c'est telle qu'elle a été formulée par les juristes français, pour la défendre ou pour la combattre, qu'elle a souvent été discutée en droit québécois. Dès la fin du XIX^e siècle, la théorie a eu de fervents défenseurs en France qui ont cherché à la promouvoir. La majorité des auteurs s'est toutefois montrée assez hostile à la théorie et l'a tout simplement rejetée. Depuis les années 1990, elle est à nouveau en débat en France où plusieurs auteurs se

1395 du *Code civil du Québec* relatif à l'offre de récompense ne saurait consacrer cette théorie puisque, même si on y voit un engagement unilatéral, ce ne serait là, encore, qu'une reconnaissance ponctuelle. Une véritable réception de la théorie devrait avoir pour effet de reconnaître cette source d'obligation de façon générale¹⁵. Enfin, la *théorie de l'enrichissement sans cause* a donné lieu à des discussions sur la question de savoir si, de la présence de solutions ponctuelles dans le droit positif québécois, l'on pouvait induire l'admission ou la reconnaissance de la théorie, c'est-à-dire d'une solution générale. Ainsi, des règles de même inspiration contenues dans le code, aussi nombreuses soient-elles, ne sont pas nécessairement reconnues comme établissant la réception d'une théorie. La distinction entre une théorie « reçue », « rejetée » ou « admise partiellement » dépendra alors, pour nos fins, de la manière dont les juristes ont pu la catégoriser.

montrent désormais favorables à la reconnaissance de cette source autonome d'obligation. Sur cette question, voir Didier LUELLES, *L'engagement par déclaration unilatérale de volonté en droit civil*, 12^e conférence Albert Mayrand, Montréal, Éditions Thémis, 2010. Voir aussi, à travers l'exemple de la promesse de récompense, Édith GUILHERMONT, « La promesse de récompense à la lumière du droit comparé », (2010) 3 R.R.J. 1473.

15. Selon certains auteurs, le nouveau Code civil aurait fait perdre de son intérêt à la théorie de l'engagement unilatéral en droit québécois. Plutôt que de la consacrer, il semble d'ailleurs la condamner « puisque le législateur s'est senti obligé de la consacrer spécialement dans deux situations où l'engagement unilatéral lui paraissait souhaitable », V. Didier LUELLES et Benoît MOORE, *Droit des obligations*, Montréal, Éditions Thémis, 2006, n° 269. Le premier de ces auteurs a toutefois récemment infléchi sa position à ce sujet. V. D. LUELLES, préc., note 14. Il y défend aujourd'hui l'idée que cette théorie (qu'il ne désigne d'ailleurs pas ainsi) puisse avoir « droit de cité » au Québec, l'article 1372 du *Code civil du Québec* n'étant plus considéré comme un obstacle à sa réception. Le professeur Luelles explique qu'il « aurait plutôt tendance, à la suite d'une réflexion renouvelée de la matière, à se détacher de l'approche herméneutique, à bon droit contestée par plusieurs tant au Québec qu'en France », (*Id.* n° 73, p. 53). V. également en dernier lieu, D. LUELLES et B. MOORE, préc., note 15, n° 267 et suiv. dont les passages sur l'engagement unilatéral ont été remaniés de manière à accueillir la pensée renouvelée du professeur Lluelles. On notera d'ailleurs qu'ici il est bien question de la « théorie de l'engagement unilatéral ».

C'est avec ces précisions liminaires que nous analyserons les discussions auxquelles la réception des théories juridiques a donné lieu. Inconnue en droit français, la discussion sur la compatibilité d'une théorie juridique avec un système de droit se présente comme une des caractéristiques du discours juridique québécois. La direction prise par le traitement de cette question pourrait surprendre, car une théorie juridique n'est pas – *a priori* – une règle de droit¹⁶. Bien qu'elle puisse servir de fondement à une règle ou à un principe juridique¹⁷, la théorie constitue essentiellement une construction abstraite ou une systématisation du droit qui se trouve généralement énoncée sous la forme d'une proposition générale dont l'objet consiste à présenter d'une manière cohérente ou logique différents éléments du système juridique¹⁸.

De la même manière qu'on le fait pour les règles de droit, plusieurs arguments pourraient servir à justifier la réception ou le rejet d'une théorie juridique provenant d'un système étranger. Par exemple, les conséquences qu'elle peut entraîner (argument pragmatique), ses qualités intrinsèques ou les valeurs véhiculées pourraient, à elles seules, être retenues pour en justifier l'introduction ou la reconnaissance. Or, la communauté juridique québécoise, dans son rapport avec les théories juridiques élaborées en France, a surtout raisonné en termes de *conformité* avec son propre système (I), préférant ainsi retenir les théories qui ne feraient que mettre en évidence des principes ou des règles qui seraient *déjà là* dans le système, plutôt que celles qui sont perçues comme des innovations ou des ajouts. Fondé sur une appréciation formelle, le raisonnement généralement retenu se double d'une appréciation

16. Pour une description des autres sens que l'on attribue à l'expression « théorie juridique », voir M. DEVINAT et É. GUILHERMONT, préc., note 2, p. 15 et suiv.

17. Comme la théorie de l'imprévision, celle de l'enrichissement sans cause, du voile corporatif et bien d'autres. La distinction entre les théories normatives et celles qui auraient une fonction purement descriptive est difficile à établir, car les deux « recèlent une possibilité de provoquer une modification du droit » voir C. ATIAS, préc., note 1, p. 41 et 42.

18. D'autres définitions ont été proposées, voir celle de Christian Atias : « une proposition fondée sur l'examen des solutions du droit positif et issue d'une hypothèse tenue pour vérifiée » : C. ATIAS, préc., note 1, p. 33.

des qualités intrinsèques des théories juridiques, et qui, le plus souvent, sont envisagés comme des critères de conformité (II)¹⁹.

I - L'exigence de conformité de la théorie au droit civil québécois

L'exigence de conformité d'une théorie au droit québécois suppose que soit écartée la prémisse selon laquelle les systèmes de droit privé français et québécois sont *a priori* tellement proches que les idées en circulation dans l'un seraient valables dans l'autre. Cette volonté de dissocier le droit français et québécois a été très tôt exprimée dans la littérature juridique québécoise et elle se traduit, en rapport avec les théories juridiques, par une exigence de conformité de celles-ci avec le droit civil local²⁰. Le raisonnement porte moins sur le mérite des théories juridiques que sur l'évaluation de leur fondement, en vue de déterminer si ce dernier est « partagé » ou « fait partie » de la tradition juridique proprement québécoise²¹. Le juge Beetz écrivait par exemple dans *Viger* :

19. Sans doute existe-t-il un phénomène que l'on pourrait qualifier de réception implicite, et qui consisterait à admettre une théorie française sans aucune discussion sur l'opportunité de le faire. Bien qu'intéressant, ce phénomène dépasse le cadre de cette recherche qui s'en tiendra à la réception des théories qui ont donné lieu à un débat.

20. On peut y voir, avec Sylvio Normand, une manifestation de la volonté de protéger le droit québécois des influences extérieures, sur cette question, voir : Sylvio NORMAND, « Un thème dominant de la pensée juridique traditionnelle au Québec : La sauvegarde de l'intégrité du droit civil », (1986-87) 32 *R.D. McGill* 559.

21. Un parallèle intéressant mériterait bien entendu d'être fait avec la réception, en droit québécois, de théories formulées dans le monde de la common law. L'exigence de conformité semble également s'appliquer : « Depuis les années 80, la préservation de l'autonomie du droit civil québécois est devenue un leitmotiv dans les arrêts de la Cour suprême. Elle a affirmé maintes fois la nécessité de s'assurer qu'un modèle étranger soit conforme aux règles et principes du droit d'ici avant de l'y intégrer éventuellement. En matière de diffamation, la défense de commentaire loyal et honnête de la common law, incompatible avec l'économie de notre droit, en particulier le concept de faute et la présomption de bonne foi, en est un bon exemple », écrit le professeur, P.-G. JOBIN, « La circula-

Il semble que ni cette Cour ni le Comité judiciaire du Conseil Privé n'ont jamais décidé si la doctrine de l'enrichissement injustifié fait partie du droit civil québécois [...]. Néanmoins, l'intégration de la doctrine de l'enrichissement injustifié au droit civil est maintenant devenue indéniable et il importe seulement, selon moi, d'en consacrer tant le principe que celles de ses conditions d'application sur lesquelles il est nécessaire de se prononcer pour disposer du pourvoi ²².

Cette exigence de conformité est également l'une des préoccupations exprimées par une majorité d'auteurs québécois ayant discuté l'admission d'une théorie.

Il revient probablement au juge Mignault d'avoir le plus clairement exprimé cette exigence, à l'occasion d'une discussion sur la théorie de l'abus de droit. Il présente alors la conformité avec le système québécois comme un préalable à l'admission d'une théorie juridique formulée en France :

Le droit civil de la Province de Québec, qui provient directement du droit français des dix-septième et dix-huitième siècles, ne s'est pas développé parallèlement au droit français de nos jours. Pour cette raison nous ne pouvons, sans une enquête sérieuse, accueillir une nouvelle construction doctrinale pour le seul motif qu'elle se serait fermement établie en France. [...] Les deux systèmes sont sans doute issus de la même souche, et dans leurs grandes lignes ils sont restés fidèles à la tradition française et romaine, mais ils ne sont pas pour cela identiques, et ils ne le furent pas lors de la codification de nos lois²³.

tion de modèles juridiques français au Québec. Quand? Comment? Pourquoi? », préc., note 4, p. 620.

22. *Cie Immobilière Viger c. L. Giguère Inc.*, [1977] 2 R.C.S. 67, 75. (nos soulignements).
23. Pierre-Basile MIGNAULT, « L'abus de droit constitutif d'une responsabilité », dans *Premier congrès international de l'Association Henri Capitant*, Québec-Montréal Mai 1939, Montréal, 1940, à la p. 643. Quelques années plus tard, le juge Barclay de la Cour d'appel rappellera cette vérité à

Paradoxalement, la décision *Drysdale c. Dugas*, qui a longtemps été présentée comme étant l'une des décisions fondatrices de la reconnaissance de l'abus de droit en droit québécois, ne comporte aucune autorité citée, jurisprudence et doctrine, provenant du Québec²⁴!

De manière générale, la question de la conformité se pose dans des termes variables. Elle peut prendre soit la forme positive (la théorie est-elle conforme au droit québécois?) ou négative (la théorie est jugée contraire au droit québécois). Par exemple, la théorie de l'enrichissement sans cause, qui a donné lieu à de nombreuses discussions, avait fait écrire à Mignault :

[...] il vaut mieux ne pas prendre pour acquis que le système français de l'enrichissement sans cause fait partie de notre droit, aussi longtemps du moins que ce système, tel qu'il existe aujourd'hui, n'aura pas été accepté par nos tribunaux supérieurs²⁵.

Tandis qu'un auteur lui rétorquait au contraire :

Pour ma part, je crois que nos tribunaux accueilleraient facilement la doctrine française qui me paraît très juridique et dont l'origine remonte aux sources mêmes de notre droit civil. Je n'ai rien trouvé dans la doctrine française de l'enrichissement injuste et de l'action *de in rem verso* qui contredise les principes de notre droit civil²⁶.

propos de la théorie de l'enrichissement sans cause : "In France, the doctrine of *de in rem verso* has been carried far. Our courts have from time to time acknowledged the existence of such an action and no doubt it exists, but the doctrine as known in France should be adopted with great caution in this Province, since our laws and the basis upon which they are founded are often not identical with the French law" (*Orrell v. Tkachena*, [1942] B.R. 621, 625).

24. *Drysdale c. Dugas* (1896), 26 R.C.S. 20. Le juge Strong cite exclusivement des sources jurisprudentielles tirées du droit anglais, tandis que le juge Taschereau évoque la doctrine et la jurisprudence françaises.
25. Pierre-Basile MIGNAULT, « L'enrichissement sans cause », (1934) 13 *R. du D.* 157, 178.
26. Pierre LETARTE, « L'enrichissement injuste », (1939) 41 *R. du N.* 209, 227. (nos soulignements).

Les tribunaux qui ont eu l'occasion de s'interroger au milieu du XX^e siècle sur l'admission de cette théorie ont eux aussi eu l'occasion d'exprimer l'exigence de conformité : « The attempt to do so and to save an extinguished or non-existent right of action by invoking the doctrine of *enrichissement sans cause* is, it seems to me, to disregard first principles and to impose upon our civil law a conception largely foreign thereto [...] »²⁷.

Plus près de nous, la juge L'Heureux-Dubé, rédigeant le jugement de la Cour suprême du Canada dans la fameuse affaire *Houle*, à propos de la théorie de l'abus de droit, déclarait :

La théorie de l'abus des droits contractuels est conforme aux principes fondamentaux du droit civil québécois où les notions de bonne foi et de conduite raisonnable imprègnent toute la théorie des droits et des obligations [...]. Elle correspond également à la philosophie générale du traitement favorable accordé au débiteur dans les rapports contractuels (voir, à titre d'exemple, les art. 1070, 1141 et 1152 C.c.B.-C.)²⁸.

Et elle expliquait, plus loin au sujet des critères permettant de déceler un abus de droit, que : « Cette norme de l'«exercice raisonnable» est compatible avec les sources de la responsabilité en droit civil, tel l'art. 1053 C.c.B.-C. »²⁹.

Il n'est pas rare de lire des auteurs plus récents dont les réflexions se rapprochent de celles formulées ci-dessus³⁰. Conscients du particularisme de leur droit civil par rapport au droit français moderne, les juristes québécois ont conditionné l'adoption d'une

27. *Banque canadienne nationale v. dame St-Germain*, [1942] B.R. 496, 513.

28. *Houle c. Banque canadienne nationale*, [1990] 3 R.C.S. 122, par. 64.

29. *Id.*, par. 101.

30. Voir, par exemple, au sujet de la théorie de l'imprévision : Julie BÉDARD, « Réflexions sur la théorie de l'imprévision en droit québécois », (1997) 42 R.D. McGill. 76, 763 : « Nous examinerons la philosophie de notre nouveau Code civil et les divers principes liés à l'acceptation ou au rejet de la théorie de l'imprévision. Notre analyse est animée par le désir [...] de mettre en lumière les possibilités qu'offre la notion d'imprévision en droit québécois ».

théorie juridique française à la possibilité de lui trouver un ancrage dans le droit de la Province. À ce titre, le regard que la doctrine québécoise porte sur le droit français relève d'une démarche comparative : lorsqu'ils traitent des théories juridiques, ils envisagent chacun des systèmes comme étant distincts. À l'évidence, ce ne sont pas tous les éléments du droit français qui font l'objet d'une telle étude de conformité. Lorsque les juges font référence à des autorités jurisprudentielles ou doctrinales françaises, cette dernière n'est pas toujours accompagnée d'une réflexion sur la « conformité » de ces autorités avec le droit québécois. Dans ces cas, le contenu des références indique que, pour les auteurs, les deux systèmes sont présumés « former un tout » sur une question précise. Mais les théories juridiques semblent être plus enclines à faire l'objet d'un examen particulier, et plus systématiquement mené, de leur compatibilité avec le système juridique local.

Il est intéressant de relever que, pour sa part, le discours juridique belge aborde les théories juridiques françaises d'une manière légèrement différente de celle que l'on trouve en droit québécois. Dans une étude sur les rapports entre le droit belge et français, la professeure Safia Bouabdallah montre que des auteurs, notamment Henri De Page³¹, présentaient certaines décisions françaises « comme des éléments de connaissance du droit civil belge. Il [De Page] mobilise des décisions françaises pour présenter, connaître le droit positif belge, comme si l'on pouvait se départir des frontières entre la France et la Belgique, procédé discursif qui n'a pas complètement disparu du discours des auteurs belges contemporains »³². La conception « unifiée » des systèmes de droit belge et français se poursuit dans la manière de présenter les théories juridiques. L'auteure mentionne ainsi que certaines créations jurisprudentielles, telles que l'enrichissement sans cause, ont été associées par la doctrine belge à des arrêts français et

31. Henri DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. 1, Bruylant, Bruxelles, 1933.

32. S. BOUABDALLAH, préc., note 4, par. 474. Bien que ce phénomène se soit atténué à la fin du XXe siècle, les juges du fond belges avaient tendance à considérer qu'il « n'y a pas de différence entre la référence doctrinale belge et française », par. 499.

belges, sans distinction³³. Contrairement à ce que l'on a pu observer en droit québécois, le débat sur la conformité ne semble pas constituer une préoccupation importante. Il ne semble pas, non plus, être abordé lorsque le droit français introduit une portée nouvelle aux théories juridiques. À ce titre, l'auteure a relevé plusieurs cas où le droit français a connu une certaine évolution dans l'application de théories juridiques, provoquant une discussion sur leur mérite, plutôt que sur leur conformité au droit belge. La professeure Bouabdallah évoque aussi la réaction d'un auteur vis-à-vis l'introduction en droit belge de la théorie de l'apparence en matière de mandat, fondée sur une décision de la Cour de cassation française. Son raisonnement repose sur les intérêts protégés par la mise en œuvre de cette nouvelle application de la théorie, plutôt que sur sa conformité au droit belge³⁴. Et certains revirements jurisprudentiels français, associés à des théories juridiques (comme celle de « *la caducité des actes juridiques, en particulier des libéralités testamentaires, par disparition de leur cause-mobile déterminant* »³⁵), ont donné lieu à une réflexion sur l'opportunité de les introduire en droit belge, plutôt que sur leur « conformité » avec celui-ci³⁶. Au contraire, dans le contexte québécois, les auteurs ont très tôt cherché à établir une frontière entre les deux systèmes, en faisant valoir le particularisme, voire l'autonomie, du droit québécois par rapport au droit de l'ancienne mère patrie. Il convient alors d'examiner les critères évoqués par les auteurs

-
33. La professeure Bouabdallah écrit : « l'arrêt "Boudier" de la Cour de cassation française de 1892, apparaît aux côtés des premières décisions belges Et lorsqu'il s'agit de consulter la note qui précise les décisions "faisant jurisprudence", sont citées : "Cass.fr., 15 juin 1892, D.P., 1892, 1, 596 – Sirey, 1893, 1, 281; Cass., 27 mai 1909, Pas., 1909, I, 272 (et les conclusions du ministère public); Bruxelles, 2 avril 1910, Pas., 1910, II, 219; Gand, 8 juillet 1909, B.J., n° 1909, 1366; Bruxelles, 29 mai 1914, B.J., 1914, 850" (elle se réfère à : H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. III^e, Les obligations, 2^e partie, Bruylant, Bruxelles, 1967, p. 32, note 2) S. BOUABDALLAH, préc., note 4, p. 445 et 446.
34. *Id.*, p. 332, par. 361.
35. Jean-François ROMAIN, « la clarification concernant la théorie de la caducité des actes juridiques, en particulier des libéralités testamentaires, par disparition de leur cause-mobile déterminant », note sous Cass.be.1^{ère} ch., 21 janvier 2000, R.C.J.B., 2004, p. 86-134.
36. S. BOUABDALLAH, préc., note 4, par. 354.

dans l'examen de la conformité des théories juridiques au droit québécois.

II - Les critères de conformité au droit civil québécois

En quel sens peut-on affirmer qu'une théorie juridique est *conforme* au droit québécois? Envisagée strictement sur le plan formel, cette question est sans objet : une théorie n'étant pas une règle, elle ne peut être considérée valide ou invalide au regard du droit québécois. La conformité doit donc s'envisager selon son sens commun, soit en termes de « compatibilité ». À lire les auteurs, il apparaît essentiellement qu'une théorie est jugée conforme au droit québécois si on peut lui trouver un fondement dans le droit de la Province, c'est-à-dire dans ses lois, ses sources (historiques, entre autres) ou dans les valeurs qui le caractérisent. Le raisonnement peut s'appuyer sur plusieurs arguments divers sans qu'il soit toujours facile de déterminer dans quelle mesure ils sont essentiels dans l'appréciation de la conformité d'une théorie au système juridique québécois. Ces arguments, envisagés comme autant de critères de conformité, seront présentés selon un ordre déterminé par la récurrence avec laquelle ils apparaissent dans le discours étudié ainsi qu'en fonction du poids qui semble leur être accordé. Seront donc successivement abordés les critères tenants à l'existence d'un fondement textuel dans le Code civil pour accueillir la théorie, à l'existence d'un fondement idéologique compatible avec la culture juridique québécoise³⁷, à l'admission de la théorie par les plus hauts tribunaux et enfin, à l'utilité de la théorie juridique française.

37. Sur la culture juridique québécoise, voir Christian ATIAS, *Savoir des juges et savoir des juristes. Mes premiers regards sur la culture juridique québécoise*, coll. « McGill Legal Studies n° 6 », Montréal, Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec, 1990, p. 123-129; Bjarne MELKEVIK, « Penser le droit québécois entre culture et positivisme : quelques considérations critiques » dans Bjarne MELKEVIK, dir., *Transformation de la culture juridique québécoise*, Sainte-Foy (QC), P.U.L., 1998, p. 12 et suiv. Et plus récemment, Adrian POPOVICI, « Libres propos sur la culture juridique québécoise dans un monde qui rétrécit », (2009) 54 R.D. McGill 223.

1) L'existence d'un fondement textuel dans le Code civil

Aucune discussion quant à la réception d'une théorie française en droit québécois ne semble échapper à cette exigence d'un fondement textuel, que l'on pourrait résumer en une simple formule : *pas de théorie sans texte*. L'existence d'un ou plusieurs articles du Code civil sur lesquels la théorie juridique pourrait s'appuyer est une exigence récurrente, dont la répétition reflète une des préoccupations importantes des auteurs qui l'évoquent.

L'un des débats qui illustre le mieux l'importance accordée à ce fondement textuel est très certainement celui de l'existence de la théorie de l'enrichissement injustifié pour laquelle la recherche d'un fondement textuel a donné lieu à une intense activité doctrinale³⁸. Il s'est avéré très difficile d'induire une théorie générale à partir des nombreux cas particuliers d'enrichissement injustifié sanctionnés par le Code. Faisant la synthèse des travaux de ses prédécesseurs, le professeur André Morel, qui, dans son mémoire de maîtrise, avait justement consacré un chapitre entier à « la loi : fondement de l'enrichissement sans cause », écrivait :

Si nous voulions ne nous en tenir qu'au code civil, il serait possible de conclure que la règle que nul ne doit s'enrichir injustement aux dépens d'autrui constitue l'un des principes fondamentaux de notre droit. Nous pouvons en effet relever un nombre très considérable d'articles qui empê-

38. J.-Émile BILLETTE, « L'enrichissement sans cause », (1931-1932) 10 R. du D. 583; P.-B. MIGNAULT, « L'enrichissement sans cause », préc., note 25; Thibaudeau RINFRET, « The Doctrine of Unjust Enrichment in the Law of Quebec », (1937) 15 R. du B. can. 331; Châteauguay PERRAULT, « Des quasi-contrats et de l'Action "de in rem verso" », (1938-1939) 17 R. du D. 579; Pierre LETARTE, « L'enrichissement injuste », préc., note 26; Antonio PERRAULT, « La théorie de l'abus des droits », (1949) 9 R. du. B 361; George. S CHALLIES, *The doctrine of unjustified enrichment*, 2^e éd., coll. « McGill Legal Studies n° 2 », Montréal, Wilson and Lafleur Limited, 1952; André DUVAL, « L'enrichissement sans cause dans la loi de Québec et le contrat avorté », (1955) 15 R. du B. 461; André MOREL, *L'évolution de la doctrine de l'enrichissement sans cause : essai critique*, Montréal, Collection Thémis, 1955.

chent une personne de s'enrichir aux dépens d'une autre³⁹.

Plus loin, l'auteur conclut :

[...] le principe de l'enrichissement sans cause est l'un des principes généraux de notre droit; il est sous-entendu en de nombreux articles de notre code qui en font des applications particulières; il existe chez nous de plein droit par le jeu de l'article 2613 c.c. qui a pour effet de maintenir les dispositions de l'ancien droit français; et les obligations qui en découlent résultent de l'opération de la loi seule⁴⁰.

La théorie de l'abus de droit contractuel a également donné lieu à une réflexion sur les rapports qu'elle pouvait entretenir avec le Code civil. David Angus a été l'un des premiers auteurs à plaider pour l'extension de la théorie de l'abus de droit à la matière contractuelle. La nécessité de rattacher cette théorie à un article du Code est clairement formulée par cet auteur qui proposait de s'appuyer sur l'article 1024 C.c.B.C.⁴¹ et constatait que tous les éléments nécessaires à une telle construction étaient réunis : « Furthermore, the author believes that the arguments against admitting the theory are unfounded and that there are in Quebec law, as in French law, all the elements necessary to develop a rational doctrine of abuse of contractual rights ». Puis il formulait cette interrogation : « According to this article [1024 CcBC], contracts in Quebec contain certain implied clauses above and beyond those expressly stipulated. Would it be going too far to understand from 1024 c.c. that contracts in Quebec contain an implied clause that they will be executed equitably and in good faith »⁴²?

39. A. MOREL, préc., note 38, p. 56.

40. *Id.*, p. 64.

41. L'article 1024 C.c.B.C. prévoit que : « Les obligations d'un contrat s'étendent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les conséquences qui en découlent, d'après sa nature, et suivant l'équité, l'usage ou la loi. »

42. David ANGUS, « Abuse of rights in contractual matters in the province of Quebec », (1962) 8 R.D. McGill 150, 155 et 156.

Plus rarement, l'argument de texte a été utilisé pour soutenir le rejet d'une théorie en raison de son incompatibilité avec les articles du Code. C'est un tel raisonnement que développe la Cour supérieure dans une décision relative à la théorie de l'imprévision. Le rejet de la théorie a eu lieu non pas faute de fondement textuel dans le Code, mais au contraire en présence d'un texte qui en interdirait la réception :

Cétil a plaidé la théorie de l'imprévision. Selon cette théorie, un contrat librement consenti pourrait être révisé par le juge lorsqu'il est démontré que des circonstances imprévisibles rendent l'exécution du contrat plus onéreuse. Cette doctrine ne peut recevoir application dans notre droit, compte tenu notamment de l'article 1022 C.c.B.C.⁴³ qui consacre la force obligatoire du contrat et ainsi la sécurité des transactions⁴⁴.

Quelques années plus tôt, une auteure faisait déjà remarquer, à propos de cette même théorie, que : « S'appuyant [...] sur le droit positif, nos tribunaux trouvent encore dans l'article 1012⁴⁵ du Code civil un autre argument favorable au rejet de la théorie de l'imprévision »⁴⁶.

Dans certains cas, une différence de texte entre les codes français et québécois pouvait justifier le rejet d'une théorie. À titre d'exemple, l'article 1054 du *Code civil du Bas Canada* était rédigé dans des termes presque identiques à celui de l'article 1384 du *Code Napoléon*⁴⁷, néanmoins

43. On peut lire la formule suivante à l'article 1022 C.c.B.C. : « Les contrats produisent des obligations et quelquefois ont pour effet de libérer de quelque autre contrat, ou de le modifier. Ils ont aussi, en certains cas, l'effet de transférer le droit de propriété. Ils ne peuvent être résolus que du consentement des parties, ou pour les causes que la loi reconnaît. »

44. *Cétil Inc. c. Hôtel-Dieu de Montréal*, [1996] J.Q. no 311(CS), par. 14.

45. L'article 1012 C.c.B.C. dispose que : « Les majeurs ne peuvent être restitués contre leurs contrats pour cause de lésion seulement ».

46. Thérèse ROUSSEAU-HOULE, *Le contrat de construction en droit public et privé*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1982, p. 263 et 264.

47. L'article 1054 du *Code civil du Bas Canada* était formulé de la manière suivante : « Elle est responsable non seulement du dommage qu'elle cau-

cette similitude de règles [n.d.a. : plus précisément des textes qui les énoncent] n'a pas empêché la jurisprudence québécoise de refuser de suivre la jurisprudence française sur la portée et les conditions d'application de ce régime de responsabilité. Ainsi, au Québec, la présomption créée par le texte de l'article 1054 ne peut être invoquée que si, et seulement si, il y a "fait autonome" de la chose⁴⁸.

Nous avons pu constater, à l'égard de la théorie de la responsabilité du fait des choses, à quel point la comparaison des textes avait servi de base à de nombreux raisonnements. Pour Antonio Perrault, cet argument justifiait l'écart entre les jurisprudences française et québécoise :

L'article 1384 C.N. indiquant expressément le **dommage causé par le fait des choses**, juristes et tribunaux français pouvaient appliquer cette expression à cette variété de la responsabilité. Tribunaux et juristes canadiens n'ont pas la même justification. Aucun texte de notre code civil les autorise à employer ces termes "la responsabilité du fait des choses"⁴⁹.

se par sa propre faute, mais encore de celui causé par la faute de ceux dont elle a le contrôle, et par les choses qu'elle a sous sa garde; [...]. » / « He is responsible not only for the damage caused by his own fault, but also for that caused by the fault of persons under his control and by things which he has under his care; [...] » tandis que l'article 1384 du Code civil français dispose que : « On est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, ou des choses que l'on a sous sa garde. » (nos soulignements).

48. Jean-Louis BAUDOUIN, « L'interprétation du Code civil québécois par la Cour suprême du Canada », (1975) *R. du B. can.* 715, 732.

49. Antonio PERRAULT, « La responsabilité du fait des choses », dans *Travaux de l'Association Henri Capitant*, Montréal, Desmarais, 1940, 471, p. 479. L'histoire de la responsabilité du fait des choses en droit québécois mériterait un plus long développement, voir Paul-André CRÉPEAU, « Liability for Damage Caused by Things from the Civil Law Point of View », (1962) 40 *R. du B. can.* 222.

André Nadeau a utilisé le même argument dans son traité. Comparant minutieusement les deux textes en présence⁵⁰, il relève les différences de formulation, à savoir : 1) la désignation différente des personnes responsables⁵¹; 2) l'absence du mot « fait » dans la version québécoise; et 3) la place différente des alinéas aux articles. Ces différences formelles entre les textes français et québécois, et l'importance qui leur était accordée par les juristes, peuvent expliquer les particularités de la conception étroite de cette responsabilité du fait des choses en droit québécois⁵².

La recherche d'un fondement textuel a parfois même pu prendre une tournure obsessionnelle, au point que des auteurs contemporains ont pu évoquer, à propos de l'enrichissement injustifié, *la hantise* du texte⁵³. La possibilité de dégager un fondement textuel à la théorie étrangère paraît donc être une condition importante de sa réception en droit québécois, et elle est souvent appliquée de manière stricte. Il ne suffit pas, en effet, de pouvoir

50. André NADEAU, « La responsabilité civile délictuelle et quasi-délictuelle », *Traité de droit civil du Québec*, t. 8, Montréal, Wilson et Lafleur, 1949, p. 380 et suiv.

51. Le *Code civil du Bas Canada* se réfère à la « personne capable de distinguer le bien du mal », tandis que le *Code Napoléon* ne contient pas une telle précision. Selon Raymond Saleilles, cette précision est la preuve, « cette fois indiscutable, que le fondement de la responsabilité même quasi délictuelle est la faute subjective de l'agent. Cette certitude ressort mieux encore de ce que le dommage ainsi causé est rattaché à une faute de son auteur, quelle que soit la cause extérieure qui l'ait produit, fait, imprudence, négligence ou inhabileté » : Raymond SALEILLES, « La responsabilité du fait des choses inanimées devant la Cour supérieure du Canada », (1911) 10 *R.T.D. civ.* 23, 24.

52. « On conçoit qu'une chose ne peut agir par elle-même, au sens véritable du terme, ne peut poser des actes. Derrière le "fait" de la chose, il y a l'acte humain, plus ou moins rapproché. On peut, néanmoins, admettre qu'une chose puisse être par elle-même, sans l'intervention directe d'un agent humain, cause d'un dommage. C'est ce qu'on a appelé le fait autonome de la chose. L'exemple classique nous en est fourni par l'explosion d'une fournaise » (A. NADEAU, préc., note 50, p. 382).

53. « La hantise d'un texte a poussé certains interprètes à trouver une justification à l'enrichissement sans cause dans la disposition générale présentant les quasi-contrats, l'article 1041 du Code civil du Bas Canada » écrivent les professeurs D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 15, p. 740.

vaguement rattacher la théorie à une disposition du Code, encore faut-il s'abstenir de lui faire violence. En d'autres mots, la question de savoir si une théorie pouvait être reçue est liée à la conception que les juristes se faisaient de la liberté dont ils jouissaient en tant qu'interprètes. Les auteurs, mais aussi souvent les juges, qui ont eu à se prononcer sur la réception de telle ou telle théorie, ont longtemps considéré l'absence de leur pouvoir créateur comme un frein à toute admission d'une théorie perçue comme trop innovante. C'est ce que rappelait Jean-Louis Baudouin au sujet de la théorie de l'imprévision : « The Quebec courts have often stated that they would not intervene in the contractual relationship of the parties unless a clear and unequivocal legislative text gave them the authority to do so. »⁵⁴

Au début du XX^e siècle, Mignault avait manifesté un grand étonnement mêlé d'une vive inquiétude en découvrant comment la jurisprudence française avait réussi à faire évoluer le droit, en accueillant notamment la théorie de l'enrichissement sans cause, celle de l'abus de droit ou encore de la responsabilité du fait des choses⁵⁵. Sans les nommer, Mignault voyait dans l'influence de Gény et de la libre recherche scientifique l'origine de cette évolution :

54. Jean-Louis BAUDOUIN, « The theory of imprevision and judicial intervention to change a contract », dans Joseph DAINOW, dir., *Essays on the civil law obligations*, Baton Rouge, Louisiana State University Press, 1969, 151, à la page 163.

55. Se demandant s'il ne vaudrait pas mieux parler de révolution plutôt que d'évolution pour décrire les mouvements de la jurisprudence française, le juge Mignault, alors juge à la Cour suprême, expliquait devant l'Association du Barreau canadien que : « The reform in the law and that is the point which I wish to emphasize came from the courts, and not from Parliament, and it was derived from a new construction placed on the articles of the code » : Pierre-Basile MIGNAULT, « The modern evolution of civil responsibility », (1927) 5 *R. du B. can.* 14, 5. Il ajoutait plus loin, à propos du fameux arrêt *The Shawinigan carbide Co. v. Doucet* : « I confess I have always been and am still a doubting Thomas as to the correctness of this new construction, when Arts. 1053 and 1054 are read together, as I think they should be. Of course the question is now settled, but the point I wish to emphasize is that it was settled in France as well as in Quebec by the courts, and not by new legislation », *Id.*, p. 9.

The spectacle presented by France in this regard is a most interesting one. New and extremely active schools of jurisprudence have arisen in that country, and by the influence which they have exerted on the Courts of justice they have brought about radical changes in the matter of civil responsibility⁵⁶.

Au Québec, l'attitude face à cette évolution outre-Atlantique était à la prudence comme en témoigne la réaction de Mignault face à la théorie du risque, que certains juristes français invoquaient pour justifier de reconnaître une responsabilité du fait des choses inanimées :

I must confess that this appeal to the higher principles of law, if they are not really rules of law, is disconcerting to my mind. I am not ready to deal lightly with the written text, nor to subscribe to what a French jurist of high authority says: "le droit est une chose trop vivante pour ne pas faire plier les textes trop peu robustes" (M. René Demogue, *Traité des Obligations en Général*, Vol. 5, p.366)⁵⁷.

Il publiera dans cette veine, quelques années plus tard, une étude approfondie sur l'enrichissement sans cause dans laquelle il écrit :

[...] c'est un des plus curieux aspects de la science juridique contemporaine que de voir s'ériger, en marge sinon au delà des textes, de véritables constructions jurisprudentielles, qui deviennent source de droit presque au même titre que les textes. Je ne saurais en indiquer un exemple plus probant et d'un plus grand intérêt que le sujet de mon article⁵⁸.

56. P.-B. MIGNAULT, « The modern evolution of civil responsibility », préc., note 55, 5.

57. *Id.*, 8 et 9.

58. P.-B. MIGNAULT, « L'enrichissement sans cause », préc., note 25, 157. Billette exprimait, à la même époque, une opinion très critique à l'endroit des juristes français et des libertés qu'ils avaient prises vis-à-vis de leur propre Code pour faire admettre la théorie de l'enrichissement sans cause, dans J.-E. BILLETTE, préc., note 38, 590 et 591 :

La théorie de l'enrichissement sans cause a d'ailleurs fait couler beaucoup d'encre, et pendant longtemps. Ainsi, la doctrine civiliste a souvent rappelé la primauté de la volonté du législateur sur le pouvoir du juge :

[...] au premier rang des créations de la jurisprudence apparaît cette théorie de l'enrichissement sans cause au nom de laquelle les tribunaux ont accueilli nombre de réclamations. [...] Quand certains juristes cherchent à créer au nom de la justice un droit d'action en quelque sorte dirigé contre les rigueurs de la loi elle-même ou plus encore quand ils font de cette théorie une source nouvelle et distincte d'obligations, on peut se demander s'ils ne vont pas trop loin⁵⁹.

Et ce même auteur de conclure :

[...] c'est une bataille perdue d'avance que de vouloir obtenir pour la théorie de l'enrichissement sans cause droit de cité dans notre système juridique si elle vise à proclamer des règles théoriques nouvelles, à supposer même qu'on puisse les rattacher à quelques maximes de droit. [...] on ne peut par le moyen d'une théorie juridique soit contredire la loi, soit la dépasser. Ce n'est l'affaire ni des juristes ni des tribunaux de vouloir faire taire la loi si l'on croit qu'elle s'est trompée, ou de vouloir faire mieux qu'elle si l'on croit qu'elle n'a pas fait assez⁶⁰.

Faribault a bien résumé la posture méthodologique adoptée par la majorité des juristes face à la question de la réception d'une

« La séparation des pouvoirs législatifs et des pouvoirs judiciaires est, Dieu merci, œuvre faite depuis longtemps, et il ne faut pas s'écarter d'un principe aussi élémentaire de droit moderne, et retourner aux tentatives malheureuses du passé. A tout événement, les tribunaux doivent être les premiers à respecter l'ordre établi, l'autorité établie, si l'on veut que ce même ordre et cette même autorité soient respectés par les administrés ou justiciables. »

59. A. DUVAL, préc., note 38, 462.

60. *Id.*, 463.

théorie nouvelle en l'absence de texte précis du Code sur lequel elle pourrait s'appuyer :

Nous ne pouvons admettre la théorie que la doctrine de l'enrichissement sans cause soit uniquement un produit de la jurisprudence. Les magistrats ne peuvent créer la loi; leurs pouvoirs sont restreints à son application et à son interprétation. La jurisprudence ne pouvait donc accepter cette doctrine qu'en s'appuyant sur un texte de loi. Ce texte pouvait ne pas être exprès; mais il devait exister d'une manière suffisante pour que son interprétation puisse justifier son adoption⁶¹.

On peut tenter d'expliquer cette réticence à faire *plier* les textes en la replaçant dans le contexte particulier dans lequel se trouvait le droit québécois lorsque sont apparues les théories juridiques et en resituant dans le temps le processus de réception de ces théories. Ce processus s'est principalement déroulé sous l'égide de l'ancien code, le *Code civil du Bas Canada* de 1866, qui, au moment où les théories furent discutées, était un code encore « jeune ». Les juristes québécois lui attribuaient alors une grande valeur symbolique⁶². Les ajouts et les dérogations au Code ne pouvaient être admis à la légère, ce qui a probablement conduit les auteurs à faire preuve de prudence face aux nouvelles constructions doctrinales et jurisprudentielles. Ainsi, l'argument textuel, au soutien de l'accueil ou du rejet d'une théorie juridique

61. LÉON FARIBAULT, *Traité de droit civil du Québec*, t. 7, Montréal, Wilson et Lafleur, 1957, p. 27. L'époque était au commentaire exégétique du Code et l'embarras exprimé par l'auteur semble symptomatique des difficultés que la réception de la théorie de l'enrichissement sans cause a pu soulever. L'auteur écrit en effet, à la p. 31 : « L'enrichissement sans cause faisant maintenant partie de notre droit, l'étude des conditions requises pour son existence et des moyens à employer pour y remédier doit nécessairement faire partie d'un traité sur le droit civil. Mais sous quel article du code cette étude doit-elle être placée? » Les remarques ci-dessus font voir que cette question est loin d'être élucidée.

62. Voir : SYLVIO NORMAND, « Le Code civil et l'identité », dans S. LORTIE, N. KASIRER et J.-G. BELLEY, dir., *Du Code civil du Québec : contribution à l'histoire immédiate d'une recodification réussie*, Montréal, Éditions Thémis, 2005, 619, à la page 619.

française, est un argument de poids puisqu'il vise précisément à asseoir la théorie en droit québécois en trouvant un ou plusieurs articles du Code qui semble la consacrer. De plus, dès le début du XX^e siècle, plusieurs civilistes québécois ont réagi fortement contre l'influence de la common law en adoptant une posture à la fois « légaliste » et conservatrice en matière de méthodologie juridique⁶³. C'est ainsi que l'on peut interpréter les différentes affirmations de la primauté de la loi, et surtout du *Code civil du Bas Canada* (perçu comme un « livre sacré »⁶⁴), et du refus de reconnaître au juge la possibilité de créer des règles nouvelles⁶⁵. À ce sujet, on peut lire, sous la plume du juge Adjutor Rivard, de la Cour d'appel du Québec : « les juges, dans notre système, ne font pas la loi; leurs arrêts les plus constants ne sauraient, par exemple, altérer une disposition du *Code civil*, non plus qu'y ajouter ou en retrancher un article »⁶⁶.

63. Voir, à ce sujet : Sylvio NORMAND, « Un thème dominant de la pensée juridique traditionnelle au Québec : La sauvegarde de l'intégrité du droit civil », préc., note 20, 563. L'impact méthodologique de cette sauvegarde de l'intégrité du droit civil est examiné dans : Mathieu DEVINAT, « La jurisprudence en droit civil : la mise en intrigue d'une controverse », dans Mathieu DEVINAT et Stéphane BEAULAC, dir., *Interpretatio non cessat : Mélanges en l'honneur de Pierre-André Côté / Essays in honour of Pierre-André Côté*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2011, p. 283-302.

64. L'expression est de Paul-André Crépeau : « [le] *Code civil du Bas Canada* prit l'allure d'un livre sacré auquel on ne saurait oser toucher sans mettre en péril les fondements mêmes de la société québécoise » (Paul-André CRÉPEAU, « Une certaine conception de la recodification », dans S. LORTIE, N. KASIRER et J.-G. BELLEY, dir., *Du Code civil du Québec : contribution à l'histoire immédiate d'une recodification réussie*, Montréal, Éditions Thémis, 2005, 23, à la page 26).

65. Pierre-Basile MIGNAULT, « The Authority of Decided Cases », (1925) 3 R. du B. can. 1; Pierre AZARD, « Le problème des sources du droit civil dans la province de Québec », (1966) XLIV R. du B. can. 417. Selon cet auteur, contrairement à la common law, le droit civil est une « tradition qui désigne la loi comme la source fondamentale du droit civil » (p. 420, 423 et 438); « [Le] droit civil présuppose pour son fonctionnement un texte écrit, invariable, expression de la volonté supérieure » (*Id.*, p. 424 et 428).

66. Adjutor RIVARD, *Manuel de la Cour d'appel*, Montréal, Éditions variétés, 1941, p. 55. Au sujet de l'opportunité de reconnaître la théorie des risques en droit québécois, le juge Girouard affirme, dans l'affaire *The Shawinigan Carbide Co. v. Jean Doucet*, [1909] 42 S.C.R. 281, 361 : « L'on nous dit qu'elle [la jurisprudence de la province de Québec] ne ré-

Le processus de réception des théories soulèverait donc la question du rôle créateur de l'interprète et de sa légitimité. Bien que cette préoccupation ne soit pas toujours abordée de front, elle figure en arrière-plan et elle se manifeste par le souci de rattacher une théorie à un texte de loi. Plus rarement, la possibilité pour le juge ou la doctrine de « créer » du droit ne sera cependant pas toujours un obstacle, et pourra devenir, au contraire, un argument pour justifier la réception d'une théorie⁶⁷, mais il s'agit d'exemples isolés, et les réticences décrites plus haut sur le pouvoir de l'interprète demeurent⁶⁸.

2) Un fondement idéologique compatible avec la culture juridique québécoise

Les discussions relatives à la réception des théories juridiques françaises ont souvent été marquées par le souci que la théorie à l'étude présente un fondement compatible avec la pensée juridique québécoise. On veut désigner sous cette expression un peu large les valeurs partagées par les membres de la communauté juridique et défendues par le système juridique, mais également la « mentalité juridique » des juristes de la Province qui, nécessai-

pond plus à la situation du monde industriel. C'est possible. Mais qui doit donner le remède? Est-ce le juge ou le législateur? Notre code civil commande aux juges de suivre dans l'interprétation de ses articles les lois en force lors de sa promulgation; et pour ma part je ne me laisserais certainement pas guider par les théories de quelques auteurs contemporains qui paraissent dominés par des raisons qui nécessiteraient un changement de loi. »

67. Comme l'a écrit, d'une manière particulièrement audacieuse M^e Stefan Martin : « Mais les temps ont changé et la création jurisprudentielle du droit n'est plus un sujet de débats théoriques, mais un fait accepté et maintes fois confirmé » (Stefan MARTIN, « Pour une réception de la théorie de l'imprévision en droit positif québécois », (1993) 34 *C. de D.* 599, p. 617 et 618).

68. Dans *Laferrière c. Lawson* jugée en 1991, le juge Gonthier écrivait au sujet de la théorie de la perte de chance en matière médicale : « Tenant compte de l'absence de changement dans les règles classiques du lien de causalité en droit civil québécois et de l'accueil incertain de la nouvelle théorie en France, il [le juge Vallerand de la Cour d'appel] refuse d'innover en reconnaissant la perte de chance, préférant laisser cette mesure radicale aux soins du législateur ». (nos soulignements).

rement, se distingue de la « mentalité juridique » française dont les théories juridiques sont un produit.

On remarque ainsi que la réticence des juristes québécois à accueillir plusieurs des théories françaises était justifiée par le rejet de l'idéologie ou du fondement qui les sous-tendaient.

S'agissant tout d'abord du fondement idéologique, l'un des exemples les plus frappants est sans doute celui de la théorie du risque en matière de responsabilité civile. Au début du XX^e siècle, cette théorie qui prétendait substituer la notion de risque à la notion de faute comme fondement de la responsabilité extra-contractuelle, visait à pallier les injustices flagrantes qui résultaient de l'impossibilité d'obtenir réparation, pour les victimes d'accident de travail par exemple. On estimait alors que la responsabilité de l'employeur était fondée sur le risque lié à son activité, mais aussi que le propriétaire qui ne respectait pas la fonction sociale de son droit de propriété pouvait être sanctionné pour cause d'abus⁶⁹.

La responsabilité du fait des choses et la théorie de l'abus de droit, que la doctrine française a eu tendance à fonder sur la théorie du risque⁷⁰, devaient être rejetées par la communauté juridique québécoise. En réaction, celle-ci a manifesté un attachement très fort à l'idée de faute comme fondement de la responsabilité civile. C'est ce qui, en 1938, avait déjà frappé la juriste française Antoinette Maurin qui remarquait :

L'influence française a [...] survécu au malheureux Traité de Paris, et nous avons été à même de nous apercevoir que les arrêts de la Cour de cassation sont journallement feuilletés par les juristes canadiens. En adoptent-ils sans réserve toutes les solutions? Nous ne l'affirmons nullement... Bien au contraire, nous citerons des constructions

69. Louis JOSSERAND, *De l'abus des droits*, Paris, Rousseau, 1905; Louis JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité*, 2^e éd. Paris, 1939.

70. Dans le contexte de l'abus de droit, la théorie du risque était surtout évoquée à l'égard du droit de propriété.

jurisprudentielles que les juges de Québec n'ont pas voulu emprunter à la France moderne, parce qu'elles leur ont paru d'une dangereuse hardiesse⁷¹.

La théorie du risque était ici directement visée par l'auteure qui précisait, au sujet de la responsabilité du fait des choses, que la jurisprudence canadienne s'était « montrée beaucoup plus timorée que la Cour de cassation »⁷². Cherchant pour quelles raisons les juges canadiens se sont refusés à calquer la solution française, elle relevait que dans l'affaire *Doucet*, jugée par la Cour suprême en 1909, la pensée de deux des juges reflétait « la constante préoccupation de ne pas écarter le critérium de la faute pour fonder la responsabilité du propriétaire de la fournaise » qui était à l'origine du dommage⁷³.

Le Congrès international de l'Association Capitant qui se tenait en 1939 à Montréal était entièrement consacré à la question de la responsabilité. Il fut l'occasion de voir à l'œuvre la résistance des juristes québécois à la « mentalité juridique française » incarnée par une doctrine prestigieuse venue au Québec afin de donner un aperçu du dernier avancement du droit français en la matière. Antoinette Maurin, qui y participait, expliqua que, si les juristes québécois n'étaient pas disposés à admettre la théorie de l'abus de droit, c'est parce qu'ils craignaient que cela les entraîne vers une vision plus socialiste du droit. C'est d'ailleurs ce que rappelait récemment le professeur Jobin en faisant observer que la doctrine française a suscité chez les juges québécois « des sentiments conflictuels, voire parfois une grande méfiance à l'égard de certaines idées mises de l'avant au pays de France et de Navarre : les auteurs français, en effet, ont parfois exprimé des idées qui ont été jugées trop socialistes et trop laïques par les juges d'ici. L'exemple typique en est la responsabilité fondée sur le risque »⁷⁴.

71. Antoinette MAURIN, *Le rôle créateur du juge dans les jurisprudences canadienne et française comparées*, Paris, Rousseau, 1938, p. 11.

72. *Id.*, p. 165.

73. *Id.*

74. P.-G. JOBIN, « La circulation de modèles juridiques français au Québec. Quand? Comment? Pourquoi? », préc., note 4, p. 611.

À cet égard, Pierre-Basile Mignault est souvent présenté comme celui qui a été à l'origine de la réticence manifestée par les juristes québécois à l'égard d'une reconnaissance de l'abus de droit comme motif autonome de responsabilité; les tribunaux préférant n'y voir qu'une application du principe de responsabilité fondée sur la faute⁷⁵. Il est d'ailleurs venu confirmer cette inquiétude en visant la jurisprudence française : « Influencés par de nouvelles conceptions sociales ou économiques, les tribunaux, surtout dans le domaine de la responsabilité civile, ont accueilli des théories ou systèmes juridiques qui élargissent notablement l'idée de la faute, ou en facilitent la preuve par l'admission de nouvelles présomptions »⁷⁶.

Sur la théorie de l'abus de droit, le contraste avec la réception de cette théorie dans les systèmes de droit belge et français est frappant. Dans un ouvrage publié en 1933, Paul Durand décrit l'évolution « en parallèle » de la notion d'abus de droit dans ces deux systèmes, précisant qu'elle a fait l'objet d'un très grand intérêt chez les juristes belges dès 1924⁷⁷. Selon Paul Durand, la notion a été très rapidement reconnue et appliquée dans les

-
75. Jean-Louis BAUDOUIN et Patrice DESLAURIERS, *La responsabilité civile*, Volume 1 : *Principes généraux*, 7^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2007, p. 189 : « Mignault, se fondant malencontreusement sur un précédent judiciaire anglais, et probablement effaré par les théories socialisantes de Josserand, commença par nier en bloc l'application, en droit québécois, d'une théorie de l'abus des droits. Le motif de l'acte posé dans l'exercice du droit est sans importance; c'est à l'acte lui-même en tant que tel et pris objectivement que l'on doit s'attacher pour déterminer s'il existe une faute entraînant responsabilité. Par la suite cependant, Mignault revint sur sa première opinion et admit que le tribunal puisse tenir compte du motif sous-jacent à l'exercice du droit. Toutefois, ce motif ne devait rester, selon lui, qu'une simple circonstance, qu'un critère parmi d'autres, dans la caractérisation et la qualification de l'abus. »; P.-B. MIGNAULT, « The Modern Evolution of Civil Responsibility », préc., note 55. En matière de troubles de voisinage, cependant, cette exigence de faute sera rapidement écartée, quoiqu'implicitement : *Drysdale v. Dugas* (1896), 26 S.C.R. 20.
76. P.-B. MIGNAULT, « L'abus du droit constitutif d'une responsabilité », préc., note 23, p. 643.
77. Paul-J. DURAND, *Le droit des obligations dans les jurisprudences française et belge*, Paris, Sirey, 1933, p. 129.

systèmes belge et français, à l'égard du droit de propriété, à titre de source de responsabilité extra-contractuelle et en matière contractuelle⁷⁸. Au Québec, en retour, elle a été appliquée timidement, principalement dans les rapports de voisinage, jusqu'au milieu des années 1970 où l'abus de droit sera graduellement étendu au domaine contractuel⁷⁹ pour être consacré en 1990 seulement, dans un arrêt célèbre de la Cour suprême du Canada⁸⁰. Ainsi, les arguments idéologiques ont probablement eu pour effet principal de freiner, pour une période seulement, la réception de cette théorie juridique.

Outre les critères d'ordre idéologique et leur impact, les juristes de la Province ont pu également repousser une théorie juridique française dont le fondement juridique ne leur paraissait pas

78. *Id.*, p. 132.

79. Voir Albert MAYRAND, « L'abus des droits en France et au Québec », (1974) 9 R.J.T. 321, 322 : « Au Québec, la théorie de l'abus des droits a évolué et s'est répandue de la même manière qu'en France quoique plus lentement. Jusqu'à récemment, les tribunaux du Québec refusaient de l'appliquer en matière contractuelle. Des décisions récentes tendent à supprimer cette dernière limitation et l'on peut dire que la jurisprudence québécoise rejoint maintenant la jurisprudence française sur ce point ».

80. *Houle c. Banque nationale du Canada*, préc., note 28, par 144 : « En résumé, donc, il semble que la théorie de l'abus des droits contractuels fasse aujourd'hui incontestablement partie du droit québécois. Fondée au départ sur le critère rigoureux de la malice ou de la mauvaise foi, la norme servant à apprécier l'existence d'un tel abus s'est élargie pour inclure maintenant le critère de l'exercice raisonnable d'un droit, tel qu'il est incarné dans la conduite d'une personne prudente et diligente. Ce critère peut couvrir un grand nombre de situations, y compris l'utilisation d'un contrat à une fin autre que celle envisagée par les parties. On pourrait donc formuler ainsi le critère approprié: tels droits ont-ils été exercés dans un esprit de loyauté? Pour ce qui est du fondement de la théorie, suivant la solution à la fois doctrinale et jurisprudentielle au Québec, c'est bien le régime contractuel de responsabilité qui régit l'abus d'un droit contractuel puisque, implicitement en droit civil, les parties à tout contrat s'engagent à agir, dans l'exercice de leurs droits contractuels, à la manière prudente et diligente d'une personne raisonnable et dans les limites de la loyauté. S'il y a violation de cette obligation implicite, la responsabilité contractuelle est alors engagée à l'égard du cocontractant. »

compatible avec l'esprit ou la tradition juridique québécoise. C'est en partie en raison d'une discussion sur le fondement qu'il fallait reconnaître à la théorie de l'enrichissement sans cause que sa réception en droit québécois fut, en quelque sorte, retardée. Dans un premier temps, plutôt que d'accueillir la théorie française, les auteurs ont cherché à rattacher l'action *de in rem verso* au *Code* et à leur tradition juridique. Mignault et Billette ont ainsi trouvé dans le droit romain un fondement satisfaisant à l'enrichissement sans cause et ont du même coup, non sans la critiquer, rejeté la manière dont les juristes français se sont écartés du fondement de la règle. Leur « erreur » avait été de porter le regard vers l'Allemagne.

Après avoir constaté que l'on trouvait chez Domat, Pothier et dans le droit romain tout ce dont on avait besoin pour sanctionner l'enrichissement sans cause, le juriste Billette fustige ainsi doctrine et jurisprudence françaises :

Cette courbe devait, évidemment, comme toutes les théories modernes étranges, passer par l'Allemagne, véritable aimant qui attire toutes les plumes françaises à de très rares exceptions près. Il ne pouvait en résulter qu'une accentuation marquée de la fausse direction prise. C'est probablement de là que vient la conception plus que jamais en vogue, en France, de l'équilibre des patrimoines⁸¹.

À la même époque, Mignault écarte lui aussi très clairement le fondement allemand proposé en France :

On a dit que le but de la doctrine française de l'enrichissement sans cause est de maintenir un équilibre proportionnel entre les deux patrimoines. Cette formule me semble inacceptable; elle est trop vague en même temps que trop absolue, et ne servirait qu'à susciter des procès. Je dirais plutôt que c'est à l'injustice qu'on veut porter remède, et l'existence de cette injustice [...] ⁸².

81. J.-E. BILLETTE, préc., note 38, 593.

82. P.-B. MIGNAULT, « L'enrichissement sans cause », préc., note 25, 180.

À cet égard, il juge « qu'il y a eu, dans la jurisprudence française, une certaine exagération dans l'application de la doctrine de l'enrichissement sans cause » qui semble « peu conforme à la règle d'équité qui lui sert de base »⁸³. Or, ce qui est intéressant, c'est que cette exagération, Mignault l'attribue à un probable « scrupule de logique », peut-être même à une « passion d'égalité » des Français, autrement dit à une mentalité étrangère à la mentalité juridique québécoise⁸⁴.

Plus près de nous, la théorie de l'imprévision offre elle aussi une illustration de ce critère de conformité à la culture juridique québécoise. Ses partisans ont justement fait remarquer que « les motifs invoqués pour rejeter toute adaptation judiciaire des contrats reflètent la pensée juridique traditionnelle d'origine romainiste »⁸⁵. Mais ce qui peut davantage retenir l'attention avec cette théorie, c'est peut-être le fondement de son rejet. On a surtout invoqué l'autonomie de la volonté en même temps que le principe de la liberté contractuelle pour justifier l'incompatibilité de la théorie de l'imprévision avec le droit québécois. Paradoxalement, c'est sur l'affaiblissement de ces deux principes que se sont appuyés les défenseurs de la théorie de l'imprévision dans leur plaidoyer visant à faire admettre l'intervention du juge dans le contrat⁸⁶.

83. *Id.*

84. *Id.*

85. S. MARTIN, préc., note 67, 604.

86. La démarche adoptée par M^e Stefan Martin illustre cette idée : toute la démonstration de l'auteur, qui s'appuie sur des exemples d'affaiblissement de l'autonomie de la volonté, tend à montrer que la théorie de l'imprévision est désormais compatible avec le droit québécois des années 1990. V. S. MARTIN, préc., note 67, 604 et suiv, notamment à la p. 608. C'est du reste exactement la même démarche que suit Julie Bédard dans une étude parue quelques années plus tard, V. Julie BÉDARD, « Réflexions sur la théorie de l'imprévision en droit québécois », (1997) 42 R.D. McGill 761, 777-780.

3) L'admission de la théorie par les plus hauts tribunaux

La « consécration » d'une théorie juridique dans une décision judiciaire sert parfois d'argument pour justifier sa réception en droit québécois. Les juges, perçus comme des oracles du droit, ont en effet souvent joué le rôle d'intermédiaire entre les théories élaborées dans un contexte français et le droit québécois. Dans les faits, l'affirmation de l'existence d'une théorie ou son acceptation dans des jugements a ainsi servi de critère de rattachement d'une théorie au droit québécois. Mais à ce titre, la reconnaissance judiciaire est un critère incertain et nous avons pu constater que toutes les décisions judiciaires n'ont pas cette capacité de rendre *locale* une théorie de provenance étrangère. Le fait qu'une théorie juridique d'origine française soit explicitement admise et mise en œuvre par les tribunaux a parfois semblé insuffisant pour affirmer qu'elle avait été reçue en droit québécois. Une fois de plus, c'est la théorie de l'enrichissement sans cause qui permet de se convaincre de cette réalité. En effet, en 1934, la Cour supérieure avait admis sans difficulté cette théorie en suivant, notamment, la doctrine juridique française⁸⁷. Puis en 1936, la chose semblait entendue⁸⁸. Pourtant, non seulement cette réception « de fait » par un tribunal québécois inférieur passera quasiment inaperçue, mais de plus, les auteurs exprimeront clairement leur doute quant à la

87. « Considérant qu'en droit, les tribunaux reconnaissent, même en l'absence de textes particuliers ou précis d'une loi qui en consacre le principe, que toute personne qui s'enrichit injustement aux dépens d'autrui lui doit restitution, et octroient par le fait même, à ce dernier, un droit d'action . [...] Considérant que l'application par nos tribunaux de ce principe de droit sanctionné par la jurisprudence et la doctrine française, à l'effet que toute personne qui s'enrichit sans cause doit restituer à l'appauvri, ne fait que rencontrer une situation qui s'est développée avec le temps et qui est couverte par notre texte de loi s'appliquant au chapitre des quasi-contrats [...] » écrit le juge dans *Sicotte v. dame Desmar-teaux* (1934), 73 C.S. 59, 63 et 64.

88. Prenant appui sur l'étude de Mignault, mais également sur le français Planiol, la Cour supérieure met en œuvre la théorie selon les conditions proposées par Mignault, à la suite des juristes français, et finit par rejeter l'action du demandeur faute pour lui de remplir l'ensemble des conditions requises par la théorie. V. *Alain v. dame Frenette*, (1937) 75 C.S. 177.

réception de la théorie en l'absence de décision des tribunaux supérieurs. « [...] [W]e were deprived of a golden opportunity to obtain from the Judicial Committee a pronouncement and a final direction on the doctrine of unjustified enrichment and on its applicability in the province of Quebec », déplorait le juge Rinfret⁸⁹. Ayant consacré tout une étude à l'enrichissement injustifié en droit québécois, il conclut d'ailleurs : « It has not yet received recognition from the higher courts, either the Court of appeal of the province or the Supreme Court of Canada »⁹⁰. Un peu plus tôt, Mignault avait fait preuve de la même retenue et rappelait que « l'enrichissement est une création jurisprudentielle récente, et que, comme système, il n'a pas encore été admis par nos tribunaux supérieurs »⁹¹. Toutefois, un autre auteur contestera ce besoin de reconnaissance de la théorie juridique française par les plus hauts tribunaux :

M. Mignault objecte que nos tribunaux supérieurs n'ont pas encore accepté la jurisprudence française en matière d'enrichissement injuste. Je ne crois pas que cette théorie devienne plus juridique et plus fondée en droit, quand nos tribunaux supérieurs l'auront acceptée; le recours *de in rem verso* deviendra plus sûr, voilà tout⁹².

Quoi qu'il en soit, on voit bien qu'un arrêt de la Cour suprême ou de la Cour d'appel, s'il n'est pas une condition absolument nécessaire de la réception d'une théorie juridique française, confère toutefois à la réception une valeur certaine que la communauté juridique apprécie. Même si la théorie de l'enrichissement sans cause a fait l'objet d'une réception progressive, opérée

89. Thibaudeau RINFRET, « The Doctrine of Unjust Enrichment in the Law of Quebec », (1937) 15 *R. du B. can.* 331, 338.

90. *Id.*, 346. Le juge pensait que les plus hauts tribunaux semblaient avoir adopté la position selon laquelle si le principe de l'enrichissement devait être introduit en droit québécois, c'est une décision qui appartenait exclusivement au Parlement et non aux juges. Même si des applications certaines avaient pu être relevées dans certaines décisions, il paraissait impossible d'affirmer, à l'époque, une pleine et réelle reconnaissance de l'enrichissement injustifié en droit québécois ; *id.*, 346 et 347.

91. P.-B. MIGNAULT, « L'enrichissement sans cause », *préc.*, note 25, 171.

92. P. LETARTE, « L'enrichissement injuste », *préc.*, note 26, 224.

d'abord par les tribunaux inférieurs, l'arrêt *Viger*⁹³ a été perçu et décrit comme la source de sa consécration, même si plusieurs décisions antérieures l'avaient appliquée et reconnue⁹⁴. Le processus fut identique pour la théorie de l'abus de droit en matière contractuelle. En effet, sa réception en droit québécois est souvent datée de l'arrêt *Houle*⁹⁵ de 1990. Pourtant, cette théorie avait été admise vingt ans plus tôt par la Cour supérieure du Québec dans l'affaire *Fiorito*⁹⁶ et était défendue en doctrine depuis les années 1960⁹⁷.

L'absence de consécration par les tribunaux supérieurs, et plus particulièrement par la Cour d'appel et la Cour suprême du Canada, est un argument qu'ont souvent utilisé les juges pour refuser d'appliquer une théorie française. Récemment encore, la Cour supérieure a rejeté la théorie de l'imprévision en s'appuyant sur la jurisprudence de la Cour d'appel pour montrer que cette dernière ne l'admettait pas :

[...] le Tribunal reproduit ce qu'il considère être un extrait instructif provenant de l'arrêt *H. Cardinal Construction* où la Cour d'appel a traité de cette théorie et où on y retrouve plusieurs citations et références :

« La théorie de l'imprévision – si tant est qu'elle soit invoquée par l'appelante – n'est guère reconnue dans notre droit. Il serait plutôt audacieux de prétendre que des arrêts relativement récents de notre Cour consacrent cette théorie. De son côté, la doctrine a plutôt tendance à la combattre »⁹⁸.

93. *Cie Immobilière Viger c. L. Giguère Inc.*, préc., note 22.

94. D. LUELLES et B. MOORE, préc., note 15, p. 740: « La jurisprudence a fait ensuite [après l'arrêt *Régent taxi* de 1929] fréquemment droit à l'action *de in rem verso*, mais sa reconnaissance ultime a été apportée par la Cour suprême dans l'arrêt *Viger* »; Pierre-Gabriel Jobin avec la collaboration de Nathalie Vézina, *Les obligations*, au par. 96 : « Puis est survenue, en 1977, la création éclatante et définitive de l'enrichissement injustifié par la Cour suprême dans l'affaire *Viger* ».

95. *Houle c. Banque canadienne nationale*, préc., note 28.

96. *Fiorito c. The Contingency Insurance Co.*, [1971] C.S. 1.

97. D. ANGUS, préc., note 42; Paul-André CRÉPEAU, « Le contenu obligationnel d'un contrat », (1965) 43 *R. du B. can.* 1.

98. *Transport Rosemont Inc. c. Montréal (Ville)*, 2008 QCCS 5507, par. 20.

La reconnaissance par les tribunaux d'une théorie juridique paraît donc être un argument ambigu, tant que celle-ci est limitée aux juridictions de première instance. Inversement, une décision des juridictions d'appel sera plus susceptible de provoquer une admission de sa réception par les tribunaux ou par les auteurs de doctrine. Sans être déterminant, ce critère de réception des théories juridiques reproduit, selon nous, le rapport qu'entretiennent les juristes québécois avec les précédents judiciaires. Rapport qui associe à la hiérarchie judiciaire la capacité et la fonction de dire le droit, et donc de le créer.

4) L'utilité de la théorie juridique française

L'utilité de la théorie est un critère qui a été moins souvent invoqué par les juristes pour justifier l'admission ou le rejet d'une théorie française, et il conviendrait de le qualifier d'argument subsidiaire servant à apprécier la conformité d'une théorie au droit québécois. Ainsi, les discussions relatives à la réception des théories françaises ont laissé assez peu de place à l'argument d'utilité, du moins de façon explicite. Néanmoins, il n'en est pas absent. Bien au contraire, le caractère « inutile » d'une théorie peut avoir effet de lui retirer tout son intérêt, et contribuer à son rejet.

À titre d'exemple, la réception des théories de l'abus de droit et l'enrichissement sans cause a soulevé cette question de l'utilité. Mignault expliquait ainsi :

Je ne veux donc ni accueillir ni rejeter le système dit de l'abus des droits. Je ne suis pas éloigné de croire que nous n'avons pas besoin d'ériger une construction doctrinale spéciale pour donner une solution aux différentes espèces qu'envisagent les partisans de ce système⁹⁹. (nos soulignements)

99. P.-B. MIGNAULT, « L'abus du droit constitutif d'une responsabilité », préc., note 25, 647.

En matière contractuelle, un auteur contemporain a invoqué l'utilité de la théorie pour apprécier sa valeur en droit québécois : « Toute utile qu'elle soit, la théorie de l'abus de droit constitue aussi un instrument puissant qui n'est pas sans danger. [...] Cette théorie se révèle pourtant utile et opportune dans la mesure où elle est employée avec prudence »¹⁰⁰.

En revanche, c'est le manque d'utilité de l'enrichissement sans cause qui a pu servir à critiquer la théorie :

À tout prendre, il nous semble que l'enrichissement sans cause n'ajoute rien juridiquement à notre droit; il permet plutôt de régler plus facilement des problèmes qui, de toutes façons, auraient pu être réglés de la même façon pour des motifs différents. Ce faisant, l'enrichissement sans cause sème plutôt la confusion que la clarté¹⁰¹.

De même, le manque d'utilité de la théorie de l'engagement par déclaration unilatérale de volonté a été invoqué pour en justifier le rejet en droit québécois : « Il est permis d'affirmer que, compte tenu des textes du Code civil du Québec, cette théorie est complètement inutile, de même, d'ailleurs, qu'elle présente certains inconvénients [...] »¹⁰². Cette opinion n'est cependant pas toujours partagée : « au terme de notre étude, il nous est [...] désormais difficile de souscrire à l'affirmation selon laquelle cette notion serait un "concept" totalement "inutile" », explique le professeur Lluelles¹⁰³.

100. Pierre-Gabriel JOBIN, « Grands pas et faux pas de l'abus de droit contractuel », (1991) 32 *C. de D.* 153, 176.

101. Angers LAROCHE, « Chronique de droit des obligations », (1972) 3 *R.G.D.* 307, 321.

102. J. PINEAU, D. BURMAN, et S. GAUDET, préc., note 12, n° 248, p. 443.

103. D. LLUELLES, préc., note 14. La divergence d'opinions entre ces auteurs porte en réalité sur des objets différents. Tandis que les premiers estiment inutile cette théorie pour expliquer ou justifier des solutions déjà admises en droit positif, le professeur Lluelles y voit au contraire un intérêt pour « la création directe d'une obligation ». La notion, écrit-il, « permet d'éviter d'avoir à passer par le mécanisme du contrat [...] » (Id., n° 6). V. également, et en dernier lieu, D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 15, n° 268 et 269.

L'utilité recoupe par conséquent l'argument d'opportunité et une certaine condition de subsidiarité qui rejoignent les deux premiers critères de conformité que nous avons relevés : la présence d'un texte et un fondement compatible.

Conclusion

L'étude des arguments retenus pour justifier ou refuser la réception des théories juridiques met au jour le caractère central de l'exigence de « conformité » au droit québécois. Le raisonnement consiste ainsi à traiter une théorie juridique comme s'il s'agissait d'une règle de droit ou d'un principe pour lequel il conviendrait de s'interroger sur sa compatibilité avec le droit québécois. Cette approche, que l'on pourrait qualifier de formaliste, ne saurait résumer, à elle seule, le processus de réception d'une théorie juridique. Il nous semble que derrière les arguments sur la compatibilité se profile une forme d'adhésion ou de rejet d'une théorie fondée sur des considérations liées à son opportunité. Les arguments évoqués plus haut au sujet d'une conformité fondée sur les *valeurs* ou *l'idéologie* du système juridique québécois reflètent ce souci, rarement exprimé, d'évaluer le mérite des théories juridiques. À ce titre, et bien que superficielle, la comparaison avec le droit belge est frappante et montre qu'il existe d'autres manières de recevoir et d'analyser les théories juridiques élaborées ailleurs, qui mettent à l'avant-plan l'étude de leurs qualités intrinsèques.

Les critères mis en œuvre par nos juristes dans la réception d'une théorie juridique française traduisent finalement une certaine forme de prudence qui pourrait assez aisément s'expliquer par le contexte particulier du droit québécois. Les critères présentés laissent entrevoir des raisons d'ordre méthodologique mais également des raisons d'ordre idéologique. La question du rôle créateur du juge en droit civil québécois en est une de méthodologie judiciaire. Alors qu'en France l'école de Gény invitait les interprètes du début du XX^e siècle à se libérer de la lettre du Code, au Québec, Billette répondait :

[L]e petit Code, œuvre certes imparfaite comme toute œuvre humaine, n'en est pas moins le colosse que défient en vain les pygmées de l'école moderne et leurs épais volumes. Il est tout ce que cette école a cherché en dehors de lui. [...] Il est cette jurisprudence saine et éclairée qui est basée sur lui. Mais il n'est pas, et il ne faut pas qu'il soit, cette jurisprudence aventureuse qui, aiguillonnée par une fausse doctrine, essaie, à l'instar des anciens Parlements, à décider en dehors de lui, à faire œuvre de législateur¹⁰⁴.

On peut voir là une forme de paradoxe. C'est en effet chez nous, système de droit métissé, que l'on défend ardemment le légalisme et la figure du juge *bouche de la loi* tandis qu'en France, les juges ont pris la liberté de créer du droit, avec l'appui et les encouragements de la doctrine. Seule l'influence de la common law – perçue comme une menace – dans la pratique judiciaire québécoise paraît pouvoir expliquer ce décalage entre les réactions québécoises et françaises.

Face aux théories juridiques françaises, la prudence des juristes québécois trouvait également sa raison d'être dans une certaine volonté d'affirmer le particularisme du droit québécois par rapport au droit français et l'autonomie des juristes québécois par rapport aux juristes français. Le fameux thème de l'intégrité du droit civil¹⁰⁵ visait aussi les évolutions que connaissait le droit français dans la première moitié du XX^e siècle. De plus, on constate dans la littérature juridique que les juristes québécois n'ont pas toujours vu d'un très bon œil le goût, parfois immodéré, qu'ont les juristes français pour la formulation de théories juridiques. Antonio Perrault avait d'ailleurs voulu mettre en garde les juristes de son temps :

La cause de Doucet révéla que les juges s'inspirèrent des idées alors débattues en France concernant la responsabi-

104. J.-E. BILLETTE, préc., note 38, 590 et 591.

105. Jean-Guy BELLEY, « Une croisade intégriste chez les avocats du Québec : R. du D. (1922-1939) », (1993) 34 C. de D. 183; Sylvio NORMAND, « Un thème dominant de la pensée juridique traditionnelle au Québec : la sauvegarde de l'intégrité du droit civil », préc., note 20.

lité du fait des choses. En ce domaine, gare à l'exagération. Les textes parfois diffèrent. Et puis-me permettez-vous un aveu? - nous trouvons parfois que certains professeurs ou écrivains français compliquent à plaisir leurs théories juridiques. C'est la rançon des hommes trop intelligents et qui, à la fin, aboutissent à une extrême subtilité. À ce propos je n'ai pas oublié le conseil que me donna à la faculté de droit l'hon. Juge Honoré Gervais [...]. Lui si cultivé, si amant passionné de toutes les œuvres françaises me disait un jour : Dans votre pratique du droit, consultez les juristes français, mais soyez prudent, défiez-vous de leurs distinctions trop subtiles, des fendeurs de cheveux en quatre¹⁰⁶.

Cela révèle d'ailleurs que le phénomène de réception des théories juridiques doit être replacé dans le contexte du rapport entre la doctrine française et québécoise, et plus particulièrement de l'influence que l'une a pu exercer sur l'autre. La connaissance que les juristes québécois ont du droit positif français est le plus souvent médiate¹⁰⁷, dans la mesure où elle passe par le prisme de la doctrine juridique française¹⁰⁸. Dans ces circonstances, une théorie juridique ayant cours en France n'obtiendra d'audience au Québec que par l'entremise de la littérature doctrinale qui s'en fera l'écho¹⁰⁹. Même consacrée par une jurisprudence constante de

106. Antonio PERRAULT, « La responsabilité du fait des choses », dans *Travaux de l'Association Henri Capitant*, Montréal, Desmarais, 1940, 471, à la page 484.

107. Lorsqu'ils invoquent le contenu du droit français, il est très rare que les juges et auteurs se réfèrent directement et uniquement aux textes de loi ou aux décisions des différents tribunaux français, ce qu'ils citent, ce sont les auteurs français qui ont commenté ces textes et ces décisions.

108. Comme le soulignait le juge Beauregard, à propos de la théorie de la perte de chance, « Il est difficile pour un juriste québécois de savoir quel est le sentiment exact de la Cour de Cassation sur la question », *Gburek c. Cohen*, [1988] R.J.Q. 2424, 2445. C'est pourquoi il paraît utile et souvent nécessaire de recourir aux auteurs français, lesquels sont rompus à l'exercice toujours délicat qui consiste à commenter les arrêts de la Cour de cassation.

109. Le rôle déterminant de la doctrine dans la présentation du droit positif a été décrit de façon originale par les professeurs Jestaz et Jamin qui se demandaient ce que serait le droit sans la doctrine. Selon eux, il ne

la Cour de cassation, la réception d'une théorie juridique devient alors une réception d'une idée formulée et expliquée par la doctrine. À cet égard, les discussions doctrinales et judiciaires relatives à la réception des théories sont abondamment alimentées de références à la littérature juridique française.

Un débat appelé à disparaître? La discussion sur l'opportunité d'admettre une théorie juridique française trouve sa raison d'être dans un besoin, doctrinal ou juridique, de puiser à un moment donné à l'extérieur du droit québécois pour dégager une solution. La lente émergence d'une doctrine juridique québécoise autonome, bâtie sur des sources formelles nouvelles depuis l'adoption du *Code civil du Québec*, pourrait expliquer le désintérêt graduel que présente la question de savoir si une théorie est, ou non, conforme au droit québécois, et pourrait annoncer l'intérêt croissant que présenterait un raisonnement fondé sur ses mérites.

s'agirait que d'une juxtaposition d'articles de lois et de décisions jurisprudentielles. Pour illustrer la nature et l'importance du rôle joué par la doctrine, ces auteurs expliquent que, entre le droit qui résulte des lois et de la jurisprudence et celui qui apparaît à la lecture d'un traité de droit, « il y a la même différence qu'entre un kilo de cerises et le clafoutis servi au dessert par la maîtresse de maison », Philippe JESTAZ et Christophe JAMIN, « L'entité doctrinale française », (1997) *Recueil Dalloz* 167, 171.

ANNEXE

Les références suivantes renvoient aux documents ayant servi à l'analyse des discussions au sujet de la réception des théories.

THÉORIE DE L'ABUS DE DROIT

Doctrine

ANGUS, D., « Abuse of rights in contractual matters in the province of Quebec », (1962) 8 *R.D. McGill* 150.

BAUDOUIN, J.-L. et P. DESLAURIERS, *La responsabilité civile*, Volume 1 : *Principes généraux*, 7^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2007.

BAUDOUIN, J.-L. et P.-G. JOBIN, *Les obligations*, 6^e éd. par P.-G. JOBIN avec la collaboration de N. VÉZINA, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005.

BRIERLEY, J.-E. C. et R.-A. MACDONALD, dir., *Quebec civil law*, Toronto, Emond Montgomery, 1993.

DUSSAULT, R., « De l'abus des droits », (1959-1961) 4 *C. de D.* 114.

JOBIN, P.-G., « Grands pas et faux pas de l'abus de droit contractuel », (1991) 32 *C. de D.* 153.

JUKIER, R., « *Banque Nationale du Canada v. Houle* (S.C.C.): Implications of an Expanded Doctrine of Abuse of Rights in Civilian Contract Law », (1992) 37 *R.D. McGill* 221.

LAFOND, P.-C., *Précis de droit des biens*, 2^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2007.

LAMONTAGNE, D.-C., *Biens et propriété*, 6^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2009.

MAYRAND, A., « L'abus des droits en France et au Québec », (1974) 9 *R.J.T.* 321.

MIGNAULT, P.-B., « L'abus du droit constitutif d'une responsabilité », dans *Premier Congrès international de l'Association Henri Capitant*, Québec-Montréal Mai 1939, Montréal 1940, à la page 643.

PERRAULT, A., « La théorie de l'abus des droits », (1949) 9 *R. du. B* 361.

TANCELIN, M. et GARDNER, D., *Jurisprudence commentée sur les obligations*, 10^e éd., Montréal, Wilson et Lafleur, 2010.

TANCELIN, M., *Des obligations en droit mixte du Québec*, 7^e éd., Montréal, Wilson et Lafleur, 2009.

Jurisprudence

Canada Paper Co. v. Brown (1922), 63 S.C.R. 243.

Drysdale v. Dugas (1896), 26 S.C.R. 20.

Gareau v. Montreal Street Railway Co. (1901), 31 R.C.S. 463
Hôpital Sainte-Jeanne d'Arc de Montreal v. Garneau, [1961] R.C.S. 426.
Houle c. Banque nationale du Canada, [1990] 3 R.C.S. 122.
Les produits Yamaska inc. c. Lemoyne, [1970] Q.J. No. 2.
Roncarelli c. Duplessis, [1959] R.C.S.121.

THÉORIE DE L'ENRICHISSEMENT INJUSTIFIÉ

Doctrines

BAUDOUIN, J.-L. et P.-G. JOBIN, *Les obligations*, 6^e éd. par P.-G. JOBIN avec la collaboration de N. VÉZINA, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005.
 BILLETTE, J.-E., « L'enrichissement sans cause », (1931-1932) 10 *R. du D.* 583.
 BRIERLEY, J.-E.C et MACDONALD, R.-A., dir., *Quebec civil law*, Toronto, Emond Montgomery, 1993.
 CHALLIES, G.S., *The doctrine of unjustified enrichment*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1952.
 DUVAL, A., « L'enrichissement sans cause dans la loi de Québec et le contrat avorté », (1955) 15 *R. du B.* 461.
 FARIBAULT, L., *Traité de droit civil du Québec*, Tome sept bis, Montréal, Wilson et Lafleur, 1957.
 LAROCHE, A., « Chronique de droit des obligations », (1972) 3 *R.G.D.* 307.
 LETARTE, P., « L'enrichissement injuste », (1939) 41 *R. du N.* 209.
 LLUELLES, D. et B. MOORE, *Droit des obligations*, Montréal, Éditions Thémis, 2006 et 2^e éd. 2012.
 MIGNAULT, P.-B., « L'enrichissement sans cause », (1934) 13 *R. du D.* 157.
 MIGNAULT, P.-B., « The modern evolution of civil responsibility », (1927) 5 *R. du B. can.* 14.
 MOREL, A., *L'évolution de la doctrine de l'enrichissement sans cause*, Montréal, Éditions Thémis, 1955.
 PERRAULT, C., « Des quasi-contrats et de l'Action « de in rem verso », (1938-1939) 17 *R. du D.* 579.
 PINEAU, J., D. BURMAN et S. GAUDET, *Théorie des obligations*, 4^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2001.
 RINFRET, T. « The Doctrine of Unjust Enrichment in the Law of Quebec », (1937) 15 *R. du B. can.* 331.
 TANCELIN, M. et D. GARDNER, *Jurisprudence commentée sur les obligations*, 10^e éd., Montréal, Wilson et Lafleur, 2010.
 TANCELIN, M., *Des obligations en droit mixte du Québec*, 7^e éd., Montréal, Wilson et Lafleur, 2009.

Jurisprudence

Alain v. dame Frenette (1937), 75 C.S. 177.
Banque canadienne nationale v. dame St-Germain, [1942] B.R. 496.
Cie Immobilière Viger c. L. Giguère Inc., [1977] 2 R.C.S. 67.
Orrell v. Tkachena, [1942] B.R. 621.
Regent Taxi & transport compagny v. La congrégation des frères maristes, [1929] S.C.R. 650.
Sicotte v. dame Desmarteaux, (1934), 73 C.S. 59.

THÉORIE DE L'ENGAGEMENT PAR VOLONTÉ UNILATÉRALE

Doctrine

BAUDOUIN, J.-L. et P.-G. JOBIN, *Les obligations*, 6^e éd. par P.-G. JOBIN avec la collaboration de N. VÉZINA, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005.
BILLETTE, E., *Traité théorique et pratique de droit civil canadien*, tome 1 : Donations et testaments, Montréal, 1933.
BRIERLEY, J.-E.C. et R.-A. MACDONALD, dir., *Quebec civil law*, Toronto, Emond Montgomery, 1993.
LLUELLES, D. et B. MOORE, *Droit des obligations*, Montréal, Éditions Thémis, 2006 et 2^e éd. 2012.
LLUELLES, D., *L'engagement par déclaration unilatérale de volonté en droit civil*, 12^e conférence Albert Mayrand, Montréal, Éditions Thémis, 2010.
PINEAU, J., D. BURMAN et S. GAUDET, *Théorie des obligations*, 4^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2001.
POPOVICI, A., *La couleur du mandat*, Montréal, Éditions Thémis, 1995.
TANCELIN, M., *Des obligations en droit mixte du Québec*, 7^e éd., Montréal, Wilson et Lafleur, 2009.

Jurisprudence

Bolduc c. Labrecque, 23 janvier 2007 (C.Q.) EYB 2007-116226.

THÉORIE DE L'IMPRÉVISION

Doctrine

BAUDOUIN, J.-L., « The theory of imprevison and judicial intervention to change a contract », dans Joseph Dainow, dir., *Essays on the civil law obligations*, Baton Rouge, Louisiana State University Press, 1969.

- BAUDOUIN, J.-L. et P.-G. JOBIN, *Les obligations*, 6^e éd. par P.-G. JOBIN avec la collaboration de N. VÉZINA, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005.
- BÉDARD, J., « Réflexions sur la théorie de l'imprévision en droit québécois », (1997) 42 *R.D. McGill* 761.
- BOHÉMIER, A et F. FOX, « De l'effet des changements de circonstances sur les contrats dans le Droit civil québécois », (1962) 12 *R.J.T.* 77.
- BRIERLEY, J.-E.C et R.-A. MACDONALD, dir., *Quebec civil law*, Toronto, Emond Montgomery, 1993.
- JOBIN, P.-G., « L'étonnante destinée de la lésion et de l'imprévision dans la réforme du Code civil au Québec », (2004) *R.T.D. civ.* 693.
- LLUELLES, D. et B. MOORE, *Droit des obligations*, 2^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2012.
- MARTIN, S., « Pour une réception de la théorie de l'imprévision en droit positif québécois », (1993) 34 *C. de D.* 599.
- PINEAU, J., D. BURMAN et S. GAUDET, *Théorie des obligations*, 4^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2001.
- ROLLAND, L., « Les figures contemporaines du contrat et le Code civil du Québec », (1999) 44 *R.D. McGill* 903.
- ROUSSEAU-HOULE, T., *Le contrat de construction en droit public et privé*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1982.
- TANCELIN, M., *Des obligations en droit mixte du Québec*, 7^e éd., Montréal, Wilson et Lafleur, 2009.
- WASSERMAN, G., « Impossibility of performance in the Civil Law of Quebec », (1952) 12 *R. du B. can.* 366.

Jurisprudence

- Cétil Inc. c. Hôtel-Dieu de Montréal*, [1996] J.Q. no 311 (C.S.).
- Grant Mills Ltd. c. Universal Pipeline Welding Ltd.*, [1975] C.S. 1203.
- H. Cardinal Construction Inc. c. Dollard-des-Ormeaux (Ville)*, [1987] J.Q. no 1612.
- Transport Rosemont inc. c. Montréal (Ville)*, 2008 QCCS 5507.

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : THE CODIFICATION OF HUMAN RIGHTS IN CANADA

Auteur(s) : Maxime ST-HILAIRE
with the collaboration of Marie-Lou Laprise

Revue : RDUS 2012, volume 42, numéro 3

Pages : 505-569

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/10280>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/10280>

Page vide laissée intentionnellement.

ARTICLE

THE CODIFICATION OF HUMAN RIGHTS IN CANADA

by Maxime ST-HILAIRE*

with the collaboration of Marie-Lou Laprise**

This article is an updated and slightly revised version of the national report submitted by the author to the International Academy of Comparative Law's Second Thematic Congress. The theme of the Congress, held from May 24th to 26th 2012 at the National Taiwan University, was "Codification". The paper offers a systematic but brief account of the adjudicative protection of human rights, both collective and individual, in domestic law. Such an overview also provides the opportunity to identify a few trends in the development of the Canadian constitutional case law regarding human rights. Even if human rights had received quasi-constitutional protection several decades earlier, their codification as part of the supreme law of Canada in 1982 proved to be a significant step forward. This is particularly true for the fundamental freedoms of expression and religion, and for "legal rights." The picture is more mixed, however, regarding democratic rights. Part II of the Constitution Act, 1982, relating to special rights of Aboriginal peoples, has had huge systemic repercussions. A notable source of concern is the Supreme Court's continued hesitance on how to conceive of the relation between the Charter's individual rights and freedoms and the special rights of Aboriginal peoples recognized in Part II of the C.A. 1982.

L'article qui suit est une version corrigée, mise à jour et légèrement remaniée du rapport national canadien produit au deuxième congrès thématique de l'Académie internationale de droit comparé. Ce congrès, qui fut tenu à l'université nationale de Taiwan du 24 au 26 mai 2012, avait pour thème « La Codification ». Le texte qui suit offre donc une présentation à la fois systématique et brève de la protection juridictionnelle des droits fondamentaux, collectifs comme individuels, en droit interne. De dresser un tel panorama devait du reste permettre de dégager certaines tendances d'évolution de la jurisprudence constitutionnelle canadienne relative aux droits fondamentaux. Même si la protection « quasi constitutionnelle » de ceux-ci y était alors réalité depuis quelques décennies, la « codification » des droits de la personne au sein de la « loi suprême » du Canada en 1982 devait se révéler comme un progrès considérable. Cela concerne au premier chef les libertés fondamentales de religion et d'expression ainsi que les « garanties juridiques ». Le bilan est plus mitigé en ce qui concerne les droits démocratiques. La Partie II de la Loi constitutionnelle de 1982, relative aux droits spéciaux des peuples autochtones, a eu des répercussions systémiques énormes. Une source d'inquiétude est l'hésitation dont continue de faire montre la Cour suprême sur la question de la manière dont il convient de concevoir la relation entre les droits et libertés que la Charte garantit à la personne et les droits que la Partie II de la L.C. 1982 reconnaît en propre aux peuples autochtones.

* . Professor, University of Sherbrooke, Faculty of Law. I would like to thank my colleagues, professors Finn Makela (U. of Sherbrooke), Derek McKee (U. of Sherbrooke), Stéphane Beaulac (U. of Montreal) and Han-Ru Zhou (U. of Montreal), for their insightful comments.

** . LL.B. Student, University of Sherbrooke.

TABLE OF CONTENT

INTRODUCTION	507
1. Formal Constitutional Protection: The Canadian Charter of Rights and Freedoms and the Constitutional Rights of Aboriginal Peoples (Parts I and II of the Constitution Act, 1982)	510
1.1. Benefit of Rights	510
1.2. Burden of Rights	517
1.3. Categories of Rights	531
1.4. The <i>De Jure</i> Absence of a Hierarchy of Rights	534
1.5. The Exhaustivity Issue in Formal Constitutional Codification	539
2. Material Constitutional Protection: The Quasi-Constitutional Human Rights Statutes	543
2.1. In Federal Law	544
2.2. In Provincial Law	548
3. The Role of Supranational Law: A Material Source of Inconstant Authority	552
4. Jurisdictional Enforcement	554
4.1. Of Constitutional Rights	554
4.2. Of Quasi-Constitutional Rights	558
CONCLUSION	565

INTRODUCTION

Discussing the codification of human rights in Canada requires a few preliminary observations regarding Canada's constitutional law.

The Constitution of Canada encompasses a political component and a legal component.¹ The latter coincides with Canada's constitutional law, while the former corresponds to constitutional conventions. The courts may define the existence and content of constitutional conventions, but may not enforce them.²

Canada's legal constitution is made up of written and unwritten norms. Only the former pertain directly to the issue of codification. The legal constitution also comprises rigid or formal constitutional law on the one hand, and on the other, flexible or material constitutional law. As Maxime St-Hilaire and Laurence Bich-Carrière express it:

[TRANSLATION] Indeed, whether written or not, a norm may be constitutional in virtue of its status in the hierarchy of legal norms or in virtue of its content, if it addresses directly or indirectly the form of government of the state or the rights of individuals or groups with which the state may enter into relationships. In this sense, we can speak of rigid constitutional law in the former case, and of flexible constitutional law in the latter. Rigid constitutional law is referred to as such simply because, standing at a higher level of authority than the ordinary law of which it intends to state the conditions of validity, applicability and operability, it is logical that it cannot be modified by this ordinary law. If this rigid constitutional law is written, then the one or many texts that constitute it will

-
1. Maxime ST-HILAIRE & Laurence BICH-CARRIÈRE, « La constitution juridique et politique du Canada : notions, sources et principes » in *Droit constitutionnel*, loose-leaf ed., JurisClasseur Québec, coll. « Droit public », Montréal, LexisNexis, 2011.
 2. See *Re: Resolution to amend the Constitution*, [1981] 1 S.C.R. 753 [*Resolution to amend the Constitution*]; *Reference re: Amendment to the Canadian Constitution*, [1982] 2 S.C.R. 791.

typically provide the procedure for its amendment. If it is unwritten, that is to say, jurisprudential, then it will generally need to be modified by the constitutional jurisdiction, which could be a constitutional court or a supreme court, for instance. Flexible constitutional law, for its part, can be amended by ordinary law, whether it is written and stems from ordinary statutes and decrees of implementation thereof, or whether it is unwritten and arises from any form of case law that is not constitutional, which means case law that can be modified by ordinary law. In this regard, one can just as well speak, as we will, of constitutional law in the formal and in the material sense. However, one must refrain from confusing this distinction with the distinction between formal and material sources of law, constitutional law included [...].³

Besides Canada's colonial past, when the first mechanism in place for reviewing constitutionality was the required compliance of colonial laws with imperial "constitutional" laws, the choice of federalism, made prior to Canada's accession to the status of a sovereign state under international law, rendered it necessary to include in the Constitution Act rules assigning respective spheres of jurisdiction to the federal government and the federate entities. The federation of British North American colonies also resulted in the protection of a limited range of rights in favor of certain religious and linguistic minorities. As a matter of fact, it is recognized that, in itself, the federal form of state organization protects cultural and linguistic diversity, as well as democracy at the local and regional levels. The Supreme Court held in the *Reference re Secession of Quebec* that "[t]he federal structure of our country also facilitates democratic participation by distributing power to the government thought to be most suited to achieving the particular societal objective having regard to this diversity".⁴ Later on, the transfer of the full constitution-making power from the United Kingdom to Canada prompted a revision of the Constitution, by the end of which individual rights and freedoms, certain

3. M. ST-HILAIRE & L. BICH-CARRIÈRE, *supra* note 1, at para. 8.

4. *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217 [*Secession of Quebec*], at para. 58.

linguistic rights of minorities (in this case French and English), and rights of Aboriginal peoples had attained the status of supreme law.

The *Constitution Act, 1867* (the “C.A. 1867”)⁵ and the *Constitution Act, 1982* (the “C.A. 1982”)⁶ collectively form the most significant part of Canadian formal constitutional law. As has been demonstrated by Maxime St-Hilaire and Laurence Bich-Carrière, the written part of this formal constitutional law, in reality, can be circumscribed only by means of a careful review of the C.A. 1982 provisions on which the constitution-making power is founded, namely, provisions in its Part V relating to the “Procedure for amending Constitution of Canada”.⁷ The unwritten part of the Constitution of Canada consists of case law that, beyond the interpretation of the Constitution’s written part, has set out a number of “unwritten principles”, including the rule of law, the independence of the judiciary, democracy, federalism, the protection of minorities, and the honour of the Crown in its relations with Aboriginal peoples. Finally, subsection 52(1), C.A. 1982 gave express form to formal legal constitutionalism and, by implication, to constitutional judicial review, otherwise already established for decades, in the following terms : “The Constitution of Canada is the supreme law of Canada, and any law that is inconsistent with the provisions of the Constitution is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect.” The Supreme Court has confirmed that “of no force or effect”, in this instance, means “invalid”.⁸

The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (the “Charter”) forms Part I of the C.A. 1982, while its Part II protects the specific rights of Aboriginal peoples. These two first parts of the

5. *British North America Act*, (1867) 30-31 Vict., c. 3 (U.K.), renamed *Constitution Act, 1867* by Section 53 of the *Constitution Act, 1982* (U.K.), being Schedule B of the *Canada Act, 1982* (U.K.), 1982, c. 11 [*Constitution Act, 1867*].

6. *Constitution Act, 1982* (U.K.), being Schedule B of the *Canada Act, 1982* (U.K.), 1982, c. 11.

7. See M. ST-HILAIRE & L. BICH-CARRIÈRE, *supra* note 1, at para. 20.

8. See *Re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721, at para. 52.

C.A. 1982 provide the material for the first section of this report. The second section will be devoted to the codification of human rights in the flexible, merely material, written constitutional law that, here in Canada, we also call “quasi-constitutional” law. The third section will focus on the influence of supranational law concerning human rights on Canada’s unwritten formal constitutional law, an influence which, as we will see, is akin to the influence of a material source of law. The fourth and final section of this report will briefly consider the modalities of judicial enforcement of the various procedural and substantive constitutional protections that Canadian law grants to human rights.

1. FORMAL CONSTITUTIONAL PROTECTION: THE CANADIAN CHARTER OF RIGHTS AND FREEDOMS AND THE CONSTITUTIONAL RIGHTS OF ABORIGINAL PEOPLES (PARTS I AND II OF THE CONSTITUTION ACT, 1982)

1.1. Benefit of Rights

1.1.1. According to the Charter

It is necessary to situate the *Charter* properly with respect to the other charters and instruments protecting human rights and freedoms in Canada. Section 26 of the *Charter*, in this regard, preserves “any other rights or freedoms”, which are not to be taken away by the ones the *Charter* protects. What first and foremost distinguishes the *Charter* from other legislation of similar content is its full and formal constitutional status. Because of this status, it applies to both federal and provincial spheres of power in order to set the conditions of validity of various norms and actions. It only applies, however, to relations of the state with natural and legal persons. The constitutional *Charter* enforcement takes place in the same “decentralized” and “unspecialized” fashion as all other Canadian constitutional law in the formal sense,

and not, even concurrently or partially, by the intervention of bodies specifically created for this purpose.⁹

Most often, rights and freedoms protected by the *Charter* belong to “everyone”, that is to say, to every natural and legal persons, whether nationals or foreign citizens.¹⁰

Some rights are, however, expressly intended for Canadian citizens only. Such is the case for the right to vote and to be elected (the democratic rights), the right to enter, remain in or leave Canada (the mobility rights), and the right to have one’s children receive instruction in the official language of the minority (section 3, subsection 6(1) and section 23). The extent of the right to move and gain livelihood in any province (subsection 6(2)) is slightly broader as it is explicitly granted to Canadian citizens and permanent residents.

Due to their material content, some *Charter* rights are only applicable to natural persons. First of all, as only a natural person may obtain the status of citizen or permanent resident, the rights and freedoms reserved to the holders of these statutes can only be bestowed upon natural persons.

A legal person can neither be granted freedom of conscience and religion (paragraph 2(a)),¹¹ nor the right to only be deprived of life, liberty and security of its person in accordance with the principles of fundamental justice (section 7).¹² The same applies for

9. See M. ST-HILAIRE & L. BICH-CARRIÈRE, *supra* note 1, at para. 23-30; Hugo JEAN & Gilles LAPORTE, « Contentieux constitutionnel », loose-leaf ed., *JurisClasseur Québec*, coll. « Droit public », *Droit constitutionnel*, Montréal, LexisNexis Canada, 2011.

10. See *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145 [Southam]; *Singh v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1985] 1 S.C.R. 177 [Singh].

11. See *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295 [Big M Drug Mart].

12. See *Singh*, *supra* note 10; *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (A.G.)*, [1989] 1 S.C.R. 927, at 1004; *Dywidag Systems International, Canada Ltd. v. Zutphen Brothers Construction Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 705 [Dywidag], at 709;

the protection against arbitrary detention and imprisonment (section 9) and the rights in the event of arrest or detention (paragraph 10(a) to (c)).

As for the rights conceded to “any person charged with an offence”, even if the expression in itself can embrace legal persons as well as natural ones, the very nature of some of these rights will exclude legal persons from their application. It will be so when they are related to imprisonment or testimonies, for legal persons can, physically, neither be imprisoned nor testify (this applies to paragraphs 11(c),¹³ (e) and (f),¹⁴ among others).

Likewise, the right of “a witness” not to have any evidence given in a proceeding used to incriminate that witness in another proceeding (section 13) and the right of “a party or witness” to the assistance of an interpreter (section 14) are reserved to natural persons.

In contrast, the nature of certain rights allows legal persons to invoke them. This is true for the freedom of expression and the freedom of the press, and presumably also for the freedom of “other media of communication” (paragraph 2(b)).¹⁵ Section 8 appears to apply to legal persons in order to protect them against unreasonable search or seizure.¹⁶

The issues pertaining to the protection against discrimination, or the right to equality, have yet to receive a definite remedy from the Supreme Court,¹⁷ although the transcripts of the debates

Canadian Egg Marketing Agency v. Richardson, [1998] 3 S.C.R. 157 [Richardson], at para. 36.

13. See *British Columbia Securities Commission v. Branch*, [1995] 2 S.C.R. 3; *R. v. Amway corp.*, [1989] 1 S.C.R. 21.

14. See *Richardson*, *supra* note 12, at para. 36 (Iacobucci and Bastarache JJ., majority reasons).

15. See *Edmonton Journal v. Alberta (A.G.)*, [1989] 2 S.C.R. 1326 [Edmonton Journal]; *Canadian Broadcasting Corp. v. Lessard*, [1991] 3 S.C.R. 421.

16. See *Southam*, *supra* note 10.

17. See *Edmonton Journal*, *supra* note 15, in which the dissenting judges, alone to speak of this matter, held that section 15 does not apply to legal

suggest that the framers of the Constitution did not intend for it to apply to legal persons. This debate has raised many concerns. For instance, a foreign legal person could attempt to allege a discriminatory differential treatment based on national origin, an enumerated ground of subsection 15(1). This could amount to trying to make Canadian constitutional law contribute to the implementation into domestic law of principles from international economic law, namely, those of the most-favoured-nation and of national treatment. Furthermore, the enumeration of grounds in subsection 15(1) is not exhaustive, which means a legal person could very well try to invoke this provision against a differential treatment based on provincial origin or residence.¹⁸

Notwithstanding the foregoing, legal persons have standing as of right to raise as a defence any right protected by the *Charter*, whether in criminal¹⁹ or in civil proceedings,²⁰ and whether that right is bestowed upon them or not. To do so, however, the proceedings must have been initiated by the state or by one of its bodies, pursuant to a regulatory regime. This will always be the case in criminal proceedings, but not in civil ones. Under these circumstances, legal persons have standing to act as of right, and do not need to be granted public interest standing. At first, this exception was recognized to apply to criminal proceedings, with *Big M Drug Mart* in 1985. In this case, the Supreme Court stated that “[a]ny accused, whether corporate or individual, may defend a criminal charge by arguing that the law under which the charge is brought is constitutionally invalid”.²¹ While the exception then seemed to be limited to criminal proceedings, its expansion to the broader context of penal proceedings was soon to be recognized by

persons. See also *Rudolph Wolff & Co. v. Canada*, [1990] 1 S.C.R. 695 and *Dywidag*, *supra* note 12.

18. The Supreme Court has yet to decide if provincial residence is an analogous ground to those enumerated in subsection 15(1). See *Richardson*, *supra* note 12, at para. 28, 60.

19. See *Big M Drug Mart*, *supra* note 11; *R. v. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 S.C.R. 154 [*Wholesale Travel*].

20. See *Richardson*, *supra* note 12.

21. *Big M Drug Mart*, *supra* note 11, at para. 39.

the case law.²² A new widening, this time in the context of a civil proceeding, happened in *Canadian Egg Marketing Agency v. Richardson*:

In our opinion, the logic of *Big M Drug Mart* extends to give standing as of right to the respondents. While they might seek public interest standing, we do not believe they need do so. They do not come before the court voluntarily. They have been put in jeopardy by a state organ bringing them before the court by an application for an injunction calling in aid a regulatory regime. Success of that application could result in enforcement by contempt proceedings. If the foundation for these remedies is an unconstitutional law, it appears extraordinary that a defendant cannot be heard to raise its unconstitutionality solely because the constitutional provision which renders it invalid does not apply to a corporation.
[...] Surely, just as no one should be convicted of an offence under an unconstitutional law, no one should be the subject of coercive proceedings and sanctions authorized by an unconstitutional law.²³

A legal person will thus be able to benefit from a finding of unconstitutionality even when such a finding results from the violation of human beings' rights or freedoms.

If the "*Big M Drug Mart* exception" does not apply, a person, whether legal or natural, can seek public interest standing. Such a standing will be granted if the person seeking it establishes that there is a serious issue raised as to the invalidity of legislation, that he is directly affected by the legislation or has a genuine interest in its validity, and that the means chosen is a reasonable and effective way to bring the issue before the court.²⁴ This doc-

22. See *Wholesale Travel*, *supra* note 19, which confirms it.

23. *Richardson*, *supra* note 12, at para. 40, 44.

24. *Canada (Attorney General) v. Downtown Eastside Sex Workers United Against Violence Society*, 2012 SCC 45 [*Downtown Eastside*].

trine has been developed by the case law to make sure a legal norm could never be immunized from judicial review.²⁵

1.1.2. According to Part II of the C.A. 1982

Formal constitutionalisation of the special rights of Aboriginal peoples is laudable, but unfortunately it is extremely uncommon. A comprehensive discussion of its terms and merits in Canadian law is however beyond the scope of this report.²⁶

Part II of the C.A. 1982 provides for the following in its Section 35:

- (1) The existing aboriginal and treaty rights of the aboriginal peoples of Canada are hereby recognized and affirmed.
- (2) In this Act, “aboriginal peoples of Canada” includes the Indian, Inuit and Métis peoples of Canada.
- (3) For greater certainty, in subsection (1) “treaty rights” includes rights that now exist by way of land claims agreements or may be so acquired.
- (4) Notwithstanding any other provision of this Act, the aboriginal and treaty rights referred to in subsection (1) are guaranteed equally to male and female persons.

This recognition and affirmation pertains to two distinct sets of rights: aboriginal rights, including *inter alia* “activity rights” and aboriginal title, and treaty rights. The use of the term “existing” in subsection 35(1), C.A. 1982 means nothing more than the

25. We can see it as a greater effectuation, in practical terms, of the maxim *ubi jus ibi remedium*. See *Hy and Zel's Inc. v. Ontario (A.G.)*; *Paul Magder Furs Ltd. v. Ontario (A.G.)*, [1993] 3 S.C.R. 675, at 689; *Canada (Minister of Justice) v. Borowski*, [1981] 2 S.C.R. 575, at 598; *Nova Scotia Board of Censors v. McNeil*, [1976] 2 S.C.R. 265, at 271; *Thorson v. Canada (A.G.)*, [1975] 1 S.C.R. 138, at 161-163; *Downtown Eastside*, *supra* note 24.

26. See generally Jean LECLAIR & Michel MORIN, « Peuples autochtones et droit constitutionnel » in *Droit constitutionnel*, loose-leaf ed., JurisClasseur Québec, coll. « Droit public », Montréal, LexisNexis, 2011; Sébastien GRAMMOND, *Aménager la coexistence : les peuples autochtones et le droit canadien*, Bruylant/Yvon Blais, 2003.

fact that “extinguished rights are not revived by the Constitution Act, 1982”.²⁷

Whereas the content of an “activity right” is the right to engage in an activity that may or may not be tied to a territory, aboriginal title, as the most complete territorial aboriginal right, is a title recognizing rights of exclusive use and occupation on a global land space:

[TRANSLATION] Aboriginal title rests in principle on a global land space, which means that it extends to mining rights and can encompass stream beds and water rights. Hence, aboriginal title differs, in Quebec at least, from private ownership of land, which is subject in a large number of cases to the principle that rights in or over mineral substances form part of the domain of the state. The possibility that the aboriginal title is also a burden on some maritime spaces cannot be ruled out [...].²⁸

Any aboriginal right is likely to encompass a collective dimension. In *Sappier/Gray*, the Supreme Court explained that because those rights were recognized and affirmed “in order to assist in ensuring the continued existence of these particular aboriginal societies” and in maintaining their distinctive character, their exercise must be tied to this purpose. These rights are not “to be exercised by any member of the aboriginal community independently of the aboriginal society it is meant to preserve”.²⁹

In this sense, both the aboriginal title and the ancestral “activity rights” are collective rights held by the community and they suppose the ability for that community to allocate the terms of individual exercise thereof.³⁰ The same is true for treaty rights.

27. See *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075 [*Sparrow*].

28. Ghislain OTIS, « Le titre aborigène : émergence d’une figure nouvelle et durable du foncier autochtone? », (2005) 46 *Les Cahiers de Droit* 795, at 838.

29. *R. v. Sappier; R. v. Gray*, [2006] 2 S.C.R. 686, at para. 26.

30. See *Sparrow*, *supra* note 27, at 1112; *Paul v. British Columbia (Forest Appeals Commission)*, [2003] 2 S.C.R. 585, at para. 36; *R. v. Powley*,

In fact, Sébastien Grammond describes a treaty as an “[TRANSLATION] agreement which pertains to the rights of an Aboriginal people *as a people*, that is to say, to its collective rights”.³¹

These “collective” rights, whether aboriginal or treaty rights, can however be enforced on a contentious basis by an individual, including (but not limited to) as a defence in criminal proceedings.³² In *Powley*, the Supreme Court confirmed that even if aboriginal rights are communal rights “grounded in the existence of a historic and present community”, they may be exercised provided that it is “by virtue of an individual’s ancestrally based membership in the present community”.³³ Recognition of the community by ordinary law is, therefore, in no way decisive.

1.2. Burden of Rights

1.2.1. According to the Charter

We have seen the conditions under which it is possible for a party (or an intervener) to benefit from a *Charter* right, but it is also necessary, at least in theory, that the author of the impugned measure be bound by the *Charter*. To that effect, subsection 32(1) states that the *Charter* applies:

- (a) to the Parliament and government of Canada in respect of all matters within the authority of Parliament including all matters relating to the Yukon Territory and Northwest Territories; and
- (b) to the legislature and government of each province in respect of all matters within the authority of the legislature of each province.

[2003] 2 S.C.R. 207 [*Powley*], at para. 24; *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010 [*Delgamuukw*], at para. 115.

31. S. GRAMMOND, *Aménager la coexistence*, *supra* note 26, at 251; S. GRAMMOND, *Les traités entre l’État canadien et les peuples autochtones*, Cowansville, Yvon Blais, 1996, at 85-86.

32. See *Sparrow*, *supra* note 27.

33. *Powley*, *supra* note 30, at para. 24.

In short, the *Charter* applies to the federal and provincial legislators and governments *in their respective areas of jurisdiction*. Its application takes into account the federative form of state organization.

Case law relating to the burden of rights under the *Charter* is not without its ambiguities, to the point that credit can be given to the thesis of a discrepancy between the Supreme Court's "theory" and its actual practice. Since an exhaustive description of these inconsistencies goes beyond the scope of this report, the following is only a summary of the Supreme Court's dominant position as to the various aspects of the *Charter* application. Apart from exceptional cases, there would seem to be two main modes of application of the *Charter* to the actors identified in subsection 32(1): in accordance with the impugned measure's "legislative" nature, or in accordance with its "governmental" nature.

1.2.1.1. The Burden of the Legislator

The *Charter* applies, in theory, to the federal Parliament and the provincial legislatures taken as a whole, as well as to the elements of which they are composed (the House of Commons and the Senate, and the provincial legislative assemblies, *inter alia*).

Insofar as it applies to the legislator, the *Charter* applies, first, to any legislative or regulatory norm. It thus allows courts, by reading in or reading down, to add or to subtract from the language of an impugned statute in order to construe it as consistent with the rights protected by the *Charter*.³⁴ However, the *Charter* cannot be a basis to declare complete legislative silence on an issue unconstitutional.

A legislative norm is not to be held contrary to the *Charter* when this norm merely confers, in full equality, an ability, such as the ability to enter into a contract, if exercising this ability does not necessarily involve an infringement to a person's constitu-

34. See *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493 [*Vriend*], at para. 44.

tional rights. This is the concept of neutral legislative standard. The core of this analysis is to determine if the alleged breach of the *Charter* stems from the standard itself or rather from its implementation. For instance, in *Young v. Young*³⁵ and *P. (D.) v. S. (C.)*,³⁶ rendered at the same time, a unanimous Supreme Court held that the legislative provisions making the “best interest of the child” the guiding criterion for the Court in its adjudication of disputes regarding custody do not, in themselves, infringe any right or freedom protected by the *Charter*.³⁷

When the alleged breach of the *Charter* is attributable to an act of implementation of a legislative norm, the *Charter* will only be applicable to it, insofar as it applies to the legislator, if the action is taken under statutory authority granted by the norm in question. Such authority is, by definition, a power that derogates from the rules of law of general application and that can only be bestowed by statutory or common law. The *Charter* will not apply, in this mode, to the exercise of a mere ability conferred by general law, for instance provided by the Civil code, or existing only through a statute incorporating an association. Hence, an arbitration process arising under a contractual stipulation will not be subject to the *Charter*, while an arbitration that is imposed by statute, such as grievance arbitration, will be.³⁸ To take another example, the exercise of its jurisdiction by the British Columbia Human Rights Commission was easily recognized as subject to the *Charter* in *Blencoe*:

One distinctive feature of actions taken under statutory authority is that they involve a power of compulsion not possessed by private individuals (P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (loose-leaf ed.), vol. 2, at p. 34-12). Clearly the Commission possesses more extensive powers than a natural person. The Commission’s authority is not

35. *Young v. Young*, [1993] 4 S.C.R. 3.

36. *P.(D.) v. S.(C.)*, [1993] 4 S.C.R. 141.

37. See *contra Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418. The Ontarian insurance act was infringing section 15 right to equality by limiting the notion of “spouse” to legally married spouses.

38. *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038 [*Slaight*].

derived from the consent of the parties. The Human Rights Code grants various powers to the Commission to both investigate complaints and decide how to deal with such complaints. Section 24 of the Code specifically allows the Commissioner to compel the production of documents.³⁹

As Peter Hogg points out, however, the Supreme Court sometimes departs from its own principle.⁴⁰ This issue has given rise to many controversies in the jurisprudence and among scholars. Suffice it to say that the Supreme Court has, at times, held the *Charter* to be binding upon a form of implementation that was in no way tantamount to the exercise of statutory authority.⁴¹ Thereby, it seemingly introduced a concept of “implementation of government policy” in the analysis, thereby confusing the two main modes of application of the *Charter*.

1.2.1.2. The Burden of the Government

Insofar as it applies to the government, the *Charter* applies to an action by virtue only of the “governmental” quality of its author, regardless of the nature of the action. It is of no importance whether the action was taken under prerogative powers⁴² or under common law powers; nor does it matter that it consists in exercising a mere general ability deriving from the Civil code, the common law or a statute. This can include entering into a contract or into any kind of bilateral act,⁴³ or the exercise of property rights.

39. *Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, [2000] 2 S.C.R. 307 [Blencoe], at para. 36 (Bastarache J.).

40. Peter W. HOGG, *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. supp., loose-leaf ed., Toronto, Carswell, 2007, at 37-15 to 37-18.

41. See *Eldridge v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 624, at para. 43-51. The implementation by a hospital of a “determined policy” or “program” offering services that residents of the province were entitled to receive, and the hospitals obligated to offer, was subject to the *Charter*, even though pursuant to the law the hospital was not exercising any power over others in supplying hospital care and other medical services.

42. See *Operation Dismantle v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 441.

43. See *Douglas/Kwantlen Faculty Association v. Douglas College*, [1990] 3 S.C.R. 570 [Douglas].

The *Charter* will apply as long as the author of the action is deemed equivalent to the government in the strict meaning of the term, the meaning that refer to the holder of the executive power. Thus, in Canada, this includes the Queen or the Governor General in Council, or the Lieutenant Governor in Council, depending on whether the federal or a provincial government is at issue.⁴⁴ The *Charter* will also apply in this way to any action taken by the “cabinet” (at law, it is in reality the Committee of the Queen’s Privy Council for Canada) or the Executive Council alone, depending on whether the federal or provincial power is at issue, and to any action taken by individual ministers or by public servants of the government in the strict sense.

Therewith, any legal or natural person or entity designated by statute as a Crown agent⁴⁵ or deemed so after the analysis of a statute⁴⁶ will be bound by the *Charter* in the same way. This analysis may take two forms: a *structural* analysis, or a *functional* analysis. Both have given rise to a plentiful and sometimes conflicting jurisprudence.

In essence, structural analysis will lead to the conclusion that an entity is a Crown agent if a substantial degree of control held by the government (in the strict meaning) over the entity is revealed. Such an analysis will have to rest on the entity’s legislative regime in its entirety, in order to determine the method of appointment and dismissal of its directors and officers, and to verify the extent to which its regulations and rulings are subject to governmental or ministerial approval, among other things. Various other kinds of governmental interference in the entity’s operation

44. *Constitution Act, 1867*, *supra* note 5, s. 9-16, 58-68.

45. See *Greater Vancouver Transportation Authority v. Canadian Federation of Students — British Columbia Component*, [2009] 2 S.C.R. 295 [*Greater Vancouver*], at para. 17 (Deschamps J.). For instance, section 3.1.1. of the *Hydro-Québec Act*, R.S.Q. c. H-5, provides that “[t]he Company, for the purposes of this Act, is, and has been ever since 14 April 1944, a mandatary of the State”.

46. See *Douglas*, *supra* note 43; *Lavigne v. Ontario Public Service Employees Union*, [1991] 2 S.C.R. 211 [OPSEU].

could also be considered. Public funding should not, however, be decisive in itself.

While in some respects structural analysis reduces the notion of governmental function to a narrow conception of government, functional analysis, to the contrary, derives from a broader concept of public service. Functional analysis focuses on the nature of the entity's main operations or activities, in order to determine if they correspond to the performance of a governmental function.

Structural analysis is the prevailing view since the Supreme Court's decisions in *McKinney v. University of Guelph* and *Stoffman v. Vancouver General Hospital*, rendered by a majority per Justice LaForest.⁴⁷ Nonetheless, this approach, which can be qualified as exclusivist "structuralism", has faced many criticisms, even within the Supreme Court itself.⁴⁸ Despite the structural analysis' dominant position, we believe that the Supreme Court's actual practice attests to the implicit and unassumed influence of a broad conception of governmental function understood from the perspective of public service, and not solely of the quality of the actors. This more general conception extends not only to the actions of actors that are not *in essence* governmental, but also to the implementation of statutes, and even to the adoption of statutes. At this level of generality, it comprises the performance of a jurisdictional function as well.⁴⁹

47. *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229 [*McKinney*] and *Stoffman v. Vancouver General Hospital*, [1990] 3 S.C.R. 483 [*Stoffman*]. This position was followed in *Douglas*, *supra* note 43 and *OPSEU*, *supra* note 46.

48. See *McKinney*, *supra* note 47 (j. Wilson, dissenting reasons; Lexum unpaginated electronic version).

49. This view has been confirmed by *Greater Vancouver*, *supra* note 45, at para. 16 (Deschamps J.). Unanimously, the Supreme Court distinguished and admitted, besides the structural analysis, two forms of functional analysis: the one of the nature of the entity, and the one of the nature of the entity's impugned activities. See also *Godbout v. Longueuil (City)*, [1997] 3 S.C.R. 844, in which the minority, per LaForest J., deemed the *Charter* applicable to the City of Longueuil because of the governmental nature of its activities, or at least, of the impugned activities. It seems

In *Buhay*, Justice Arbour, on behalf of a unanimous court, stated in *obiter dictum* that “[i]t may be that if the state were to abandon in whole or in part an essential public function to the private sector, even without an express delegation, the private activity could be assimilated to that of a state actor for *Charter* purposes”.⁵⁰ Consequently, even when an entity is neither designated as a Crown agent nor deemed to be so by virtue of the governments’ control over it, the *Charter* will apply (insofar as it applies to the government), though only to the exercise of the functions in question.

Our thesis can be contrasted with the reasoning based on the exclusive application of a structural method justifying a very restricted view of the concept of government, which seems to be founded on some blindness towards the reality of a state intervention that diversified its forms and underwent a general expansion during the course of the 20th century. This reasoning favours the application of the *Charter* to a government conceived restrictively, on the basis of the form it may have taken in a bygone era, whereas a constitutional charter effectiveness in protecting rights and freedoms precisely demands that a state’s actions be reviewed in an evolutionary perspective, adaptable to the society in which it takes place. This is how Justice Wilson was justified in making the following observation, which concludes our remarks on this issue:

It seems to me that a historical review of the growth of the Canadian state makes clear that those who enacted the Charter were concerned to provide some protection for individual freedom and personal autonomy in the face of government’s expanding role. [...] In my view, it follows from these propositions that we must take a broad view of

that Justice LaForest thus tried to correct, without admitting it and by way of a rather forced interpretative reconstruction, the mistake made in the majority reasons of *McKinney*, *supra* note 47 and *Stoffman*, *supra* note 47. On the other hand, majority reasons suggested that, without a sufficient degree of governmental control, the application of the *Charter* insofar as it applies to the government should be strictly limited to the entity’s performance of governmental functions.

50. *R. v. Buhay*, [2003] 1 S.C.R. 631, at para. 31.

the meaning of the term “government”, one that is sensitive both to the variety of roles that government has come to play in our society and to the need to ensure that in all of these roles it abides by the constitutional norms set out in the Charter. This means that one must not be quick to assume that a body is not part of government. Consideration of a wide range of factors may well be necessary before one can conclude definitively that a particular entity is not part of government. If this Court is to discharge its responsibility of ensuring that our constitution does provide “unremitting protection of individual rights and liberties” against government action, then it must not take a narrow view of what government action is. To do so is to limit the impact of the Charter and minimize the protection it was intended to provide.⁵¹

Regarding the application of the *Charter* to local government bodies, it is likely that, even if the Supreme Court has never held so in *ratio decidendi*, all cities, municipalities, regional municipalities, urban communities and districts’ actions are already in the purview of the *Charter*.⁵² As for schools, the Supreme Court has held that “schools constitute part of government” for the application of the *Charter*.⁵³ This governmental status (by function)

51. *McKinney*, *supra* note 47 (Wilson J., dissenting reasons; Lexum unpaginated electronic version).

52. See *Greater Vancouver*, *supra* note 45, at para. 22 (Deschamps J.): “a government should not be able to shirk its *Charter* obligations by simply conferring its powers on another entity. The creation of TransLink by statute in 1998 and the partial vesting by the province of control over the region’s public transit system in the [Greater Vancouver Regional District] was not a move towards the privatization of transit services, but an administrative restructuring designed to place more power in the hands of local governments. The devolution of provincial responsibilities for public transit to the [Greater Vancouver Regional District] cannot therefore be viewed as having created a “*Charter*-free” zone for the public transit system in Greater Vancouver” (references omitted).

53. *R. v. M. (M.R.)*, [1998] 3 S.C.R. 393 [*M.R.M.*], at para. 25 (Cory J., majority reasons). This general conclusion of the majority was shared by the dissenting judge at para. 71 (Major J., dissenting reasons).

was given to elementary and secondary schools, but colleges and universities were not mentioned.⁵⁴

There seems to be an exception to these principles that are supposed to guide the *Charter's* application to the government: police officers. Their action is apparently always considered as governmental. In *Broyles*, police officers were unanimously considered to be bound by the *Charter*, and the Supreme Court merely referred to them generally as “agent[s] of the state”,⁵⁵ without ever mentioning subsection 32(1).⁵⁶ Similarly, in *Hape*, no judge opposed the general proposition that police officers, for the purpose of the *Charter*, must be considered as a “state actor” or “agent of the state”. This tends to confirm the presence of an implicit, albeit more effective, principle of application of the *Charter* to any performance of a governmental function, in the broad public service meaning of the term.

The application of the *Charter* to courts, for its part, has given rise to a heated and mostly unresolved debate among commentators and judges. Suffice it to say that although refuted at first by the Supreme Court, the theory of applicability seems increasingly recognized, whether as applying to the government or to the legislator (since the adjudicating power of the courts derives from or is continued by statute).⁵⁷ In addition, many legal rights recognized to any person charged with an offence require, by their very content, that the decisions of the courts be subject to *Charter* review.⁵⁸

54. *Id.*, at para. 64 (Cory J., majority reasons).

55. *R. v. Broyles*, [1991] 3 S.C.R. 595 (Iacobucci J.; Lexum unpaginated electronic version).

56. See also *R. v. Cook*, [1998] 2 S.C.R. 597, at para. 124 (Bastarache J., concurring reasons), echoed by *R. v. Hape*, [2007] 2 S.C.R. 292 [*Hape*], at para. 103 (LeBel J., majority reasons) to support the more restrictive idea that, at least, police officers “are clearly government actors to whom, *prima facie*, the *Charter* would apply”.

57. For the thesis that it does not apply, see *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573 [*Dolphin Delivery*]. For the thesis that it applies, see *R. v. Rahey*, [1987] 1 S.C.R. 588 [*Rahey*].

58. On this matter, see P. HOGG, *supra* note 40, at 37-20 to 37-22.

1.2.2. According to Part II of the C.A. 1982

Discussing the burden of rights under Part II of the C.A. 1982 cannot be done without presenting a portrait of Canadian federalism.

At the time of the federation of British North American colonies in 1867, the legislative power over “Indians, and Lands reserved for the Indians” was attributed by the imperial legislator to the colonial central sphere of jurisdiction, by way of subsection 91(24) of the C.A. 1867. Before 1867, executive and legislative powers were allocated between the Empire and the colonies. The Empire retained full control over this allocation, so that it was not federalism, but “decentralization” towards the colonies. Legislative power over the Aboriginals, from 1750, was tied to what we now-days call the Defence. It then became a jurisdiction of its own. In 1860, as soon as the Imperial Parliament approved the colonial law entitled *An Act respecting the Management of the Indian Lands and Property*, the United Province of Canada (which would later be divided into two federated provinces, Ontario and Quebec, pursuant to section 6 of the C.A. 1867) was granted competence over Aboriginal Affairs.⁵⁹ Seven years later, the legislative powers, until then delegated by the Empire to the colonies, had to be allocated as a result of the federation of some of the British North American colonies. This allocation was taking place between, on the one hand, the colonies that were becoming federate entities, and on the other hand, a new sphere of power, the federal power. At the level of the legal relationship between London and British North America, however, little had changed. The Empire was still the grand master behind colonial constitutions, and the competent power with respect to commerce and intercolonial, imperial and international relationships.

The provision bestowing exclusive jurisdiction over Aboriginal peoples upon the central power, subsection 91(24) of the C.A.

59. *An Act respecting the Management of the Indian Lands and Property*, S.P.C. 1860, 23 Vict., c. 151.

1867, uses the word “Indians” only. In 1939, in the reference relating to “Eskimos”,⁶⁰ the Supreme Court unanimously held that the word “Indians”, in the context of this formal constitutional provision, includes the Inuits. In 1867, there were no Inuits in Canada, as they were living in Rupert’s Land and in Labrador, two territories that Canada acquired in 1870 and 1949, respectively. The transfer of Rupert’s Land from the Hudson’s Bay Company to the colony was meant to allow the expansion of some provinces’ frontiers, including Quebec, in 1898, and again in 1912. Since the expansion of Manitoba, Ontario and Quebec (in the last case, to encompass a territory inhabited by Inuits), the central power was refusing to recognize its jurisdiction (and responsibility) over Inuits. It was alleging that according to subsection 91(24), its competence extended only to “Indians”, but the evidence was overwhelming: colonial authorities had always considered the Inuits as a category of “Indians”. It is thus established, since that 1939 reference, that the federal power has constitutional jurisdiction over Amerindians and Inuits.

Meanwhile, the central power still refuses to recognize its jurisdiction over the Métis, even though some passages of the Eskimo reference clearly suggest that the central power has jurisdiction over all Aboriginal peoples, and Part II of the C.A. 1982 recognizes them as Aboriginal people. The Supreme Court has yet to pronounce on this issue. The Royal Commission on Aboriginal Peoples recommended an affirmative answer.⁶¹ Section 31 of the *Manitoba Act, 1870*, a statute which is part of the Constitution of Canada according to paragraph 52(2)*b*) of the C.A. 1982, recognizes an “Indian title” to the “half-breed residents”.⁶² Nevertheless, in *Blais* in 2003, the Supreme Court held that the Métis were not “Indians” within the meaning of paragraph 13 of the *Natural Resources Transfer Agreement* of Manitoba, incorporated as schedule

60. Reference whether “Indians” includes “Eskimo”, [1939] S.C.R. 104.

61. Canada, Royal Commission on Aboriginal Peoples, *Royal Commission Report on Aboriginal Peoples*, Ottawa / Royal Commission on Aboriginal Peoples, 1996, vol. 5.

62. *Manitoba Act, 1870*, 33 Vict., c. 3 (Canada), s. 31. See also *Manitoba Métis Federation Inc. v. Canada (A.G.)*, 2010 MBCA 71 (CanLII).

1 to the *Constitution Act, 1930*, but, at the same time, emphasized that it “leave[s] open for another day the question of whether the term “Indians” in s. 91(24) of the *Constitution Act, 1867* includes the Métis”.⁶³

It is critical, in this instance, to distinguish between constitutional law and ordinary law. According to constitutional law, the central power has jurisdiction over the Inuits and Amerindians at least, while its jurisdiction over the Métis is uncertain. Still according to the Constitution, “Lands reserved for the Indians” are not limited to reserves within the meaning of the *Indian Act* (the “I.A.”), but rather, encompass any land subject to an aboriginal title.⁶⁴ As regards ordinary law, the federal legislator made the I.A. applicable only to “Indians” as defined in the I.A. itself, not in the constitutional sense of the term. The I.A. only applies to persons who are registered under it or entitled to be so registered, while provisions pertaining to registration only allow Amerindians to do so, to the exclusion of Inuits and Métis. The central power’s limited exercise of its jurisdiction over “Indians”, however, may not be taken as a basis to delimit its extent. Pending a satisfactory answer, in Alberta, the Métis are regulated by a provincial statute, the *Metis Settlements Act*.⁶⁵ Its constitutionality has recently been reviewed by the Supreme Court on *Charter* grounds (equality rights and fundamental freedoms), but not on division of powers grounds.⁶⁶

Federal legislative power over Aboriginals is rather broad. As long as a federal statute is aimed specifically at the Aboriginals, it will, in all likelihood, be upheld as valid. Conversely, any provincial statute that addresses, on a non ancillary basis, Aboriginals *qua* Aboriginals, should normally be found to be invalid. Yet, nu-

63. *R. v. Blais*, [2003] 2 S.C.R. 236, at para. 36.

64. *Indian Act*, R.S.C. 1985, c. I-5. See *Delgamuukw*, *supra* note 30, at para. 174-176; *St. Catherine’s Milling and Lumber Co. v. the Queen*, (1888) 14 A.C. 49, at 59.

65. *Metis Settlements Act*, R.S.A. 2000 c. M-14.

66. *Alberta (Aboriginal Affairs and Northern Development) v. Cunningham*, [2011] 2 S.C.R. 670.

merous provincial provisions pertaining to Aboriginals have been recognized as having a valid incidental effect on a matter within federal jurisdiction. Furthermore, in practice, courts tend to uphold provincial statutes relating specifically to Aboriginals, provided that they do not intend to define Aboriginals' status or distinctiveness, or mainly purport to curtail their rights or to inflict special obligations on them.⁶⁷ It thus seems even more likely that a provincial statute incidentally aiming toward the protection of aboriginal or treaty rights would be deemed valid. That is how, in *Paul*, the Supreme Court held that "[t]he province of British Columbia has legislative competence to endow an administrative tribunal with the capacity to consider a question of aboriginal rights in the course of carrying out its valid provincial mandate".⁶⁸ All of which goes to say that the issue of the burden of rights correlate to the special rights of Aboriginal peoples cannot merely be reduced to the issue of legislative jurisdiction over "Indians".

Inasmuch as Aboriginal treaties are defined by their obligational content regarding the fundamental rights of an Aboriginal community *as such*, division of powers principles should lead us to the conclusion that only the federal government can be party to a treaty defining the status and rights of Aboriginals. In *Howard*, however, the Supreme Court oddly suggested that provinces could be competent to enter into aboriginal treaties addressing more than a cession of territory.⁶⁹ This seems hard to reconcile with the *Simon* and *Morris* cases, in which treaty rights were held to fall under the federal jurisdiction over "Indians and Lands reserved for the Indians".⁷⁰ The aforementioned cases never anticipated the

67. *R. v. Sutherland*, [1980] 2 S.C.R. 451; *Moosehunter v. R.*, [1981] 1 S.C.R. 282; *Dick v. R.*, [1985] 2 S.C.R. 309; *Lovelace v. Ontario*, [2000] 1 S.C.R. 950; *Kitkatla Band v. British Columbia (Minister of Small Business, Tourism and Culture)*, [2002] 2 S.C.R. 146; *Paul v. British Columbia (Forest Appeals Commission)*, [2003] 2 S.C.R. 585 [*Paul*].

68. See *Paul*, *supra* note 67, at para. 46.

69. *R. v. Howard*, [1994] 2 S.C.R. 299, at 308.

70. *Simon v. R.*, [1985] 2 S.C.R. 387 [*Simon*], at 411; *R. v. Morris*, [2006] 2 S.C.R. 915, at para. 43 (majority reasons) and at para. 91 (dissenting reasons).

possibility of a treaty with the Métis, over whom the federal jurisdiction is uncertain.

Treaty-making is a royal prerogative at common law; hence, to the question of which federal body or authority is competent to conclude treaties with Aboriginal communities, the answer is that it comes within the purview of the executive power, exercised through the minister. The treaty-making process is subject to very relaxed requirements, and even seems to do without conditions of form.⁷¹ The Supreme Court developed a doctrine on this matter that is analogous to the one pertaining to ostensible authority⁷². The minister may therefore engage the constitutional (and thus supra-legislative) responsibility of the state by entering into a treaty with an Aboriginal people.

The duty to respect aboriginal and treaty rights of the Aboriginal peoples is incumbent upon the “Crown” (both provincial and federal), equivalent to what continental science of law calls the “state”. Indeed, in *Van der Peet*, the Supreme Court held that section 35 of the C.A. 1982’s purpose is “the reconciliation of the pre-existence of aboriginal societies with the sovereignty of the Crown”.⁷³ In *Haida Nation*, the Supreme Court specified that “[t]his [normative] process of reconciliation flows from the Crown’s duty of honourable dealing toward Aboriginal peoples, which arises in turn from the Crown’s assertion of sovereignty over an Aboriginal people and *de facto* control of land and resources that were formerly in the control of that people”.⁷⁴

As for the duty to consult prior to the undertaking of actions that might adversely affect an Aboriginal right or title seriously claimed, albeit not yet formally recognized and delimited, the Supreme Court confirmed in *Haida Nation* that the burden lies

71. See *Simon*, *supra* note 70, at 400-401.

72. *R. v. Sioui*, [1990] 1 S.C.R. 1025, at 1040.

73. See *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507, at para. 31.

74. *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, [2004] 3 S.C.R. 511 [*Haida Nation*], at para. 32. See also *Mitchell v. M.N.R.*, [2001] 1 S.C.R. 911, at para. 9.

solely upon the Crown.⁷⁵ It thereby contradicted its previous statement in *Delgamuukw*, in which it suggested that this duty was also born by individuals.

That being said, notwithstanding the constitutional rules of federalism, the obligation to respect Aboriginal peoples' constitutional rights, including the duty to consult, is binding *mutatis mutandis* upon the provincial Crowns.⁷⁶ Thereby, as long as they come to terms with the "Sparrow test", provinces may curtail the exercise of such rights.⁷⁷

It should be noted in passing that the content of the Crown's duty to consult in Canadian constitutional law regarding Aboriginal peoples does not coincide perfectly with the international law principle of the duty to obtain the free and informed consent of indigenous peoples as set out in article 32 of the *United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*.⁷⁸

1.3. Categories of Rights

First, the *Charter* protects certain fundamental freedoms under its section 2: (a) "freedom of conscience and religion"; (b) "freedom of thought, belief, opinion and expression, including freedom of the press and other media of communication"; (c) "freedom of peaceful assembly"; and (d) "freedom of association". Compared to the freedoms guaranteed by articles 9 to 11 of the *European Convention on Human Rights* (the "ECHR")⁷⁹ or by articles 18 to 22 of the *International Covenant on Civil and Political*

75. *Haida Nation*, *supra* note 74, at para. 35.

76. *Id.*; *Rio Tinto Alcan Inc. v. Carrier Sekani Tribal Council*, [2010] 2 S.C.R. 650.

77. See *R. v. Côté*, [1996] 3 S.C.R. 139, at para. 87; *Delgamuukw*, *supra* note 30, at para. 160.

78. *United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, 2 October 2007, U.N. Doc. A/RES/61/295.

79. *Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, 4 November 1950, 213 U.N.T.S. 221, at 223, Eur. T.S. 5.

Rights (the “ICCPR”),⁸⁰ they have the same *object*, but not always the same *content*, according to the jurisprudence. Canadian case law on the freedoms of religion and of expression is plentiful. That relating to the freedom of association pertains mainly to collective labour relations, and is dauntingly unstable,⁸¹ while that relating to the freedom of peaceful assembly is, for all intents and purposes, nonexistent.

Then there are the “democratic rights” provided for by sections 3 to 5: the right for every citizen to vote and to be qualified to be elected in federal and provincial legislative elections (section 3), the setting of the maximum duration of federal and provincial legislative bodies to five years, except under special circumstances (section 4), and the obligation for federal and provincial legislative bodies to hold a sitting at least once every twelve months (section 5). Section 3 of the *Charter* has the same object than article 3 of the first Protocol to the ECHR and article 25 of the ICCPR.

Section 6 of the *Charter* sets out the “mobility rights” of citizens, who may enter, remain in and leave Canada, on the one hand (subsection 6(1)), and on the other hand, allows any citizen or permanent resident to move and gain livelihood anywhere in Canada (subsection 6(2)). Subsection 6(1) thus has the same object as articles 2 and 3 of the Protocol n° 4 to the ECHR and articles 12 and 13 of the ICCPR.

It is followed by sections 7 to 14, bestowing legal rights which correspond in part to those of article 2 to 8 of the ECHR, of article 1 of its Protocol n° 4, of its Protocol n° 6, of article 4 of its Protocol n° 7 and of its Protocol n° 13. They also overlap the rights

80. *International Covenant on Civil and Political Rights*, 19 December 1966, 999 U.N.T.S. 171, Can. T.S. 1976 No 47, 6 I.L.M. 289 (entered into force 23 March 1976, accession by Canada 19 May 1976).

81. *Reference Re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313; *Dunmore v. Ontario (A.G.)*, [2001] 3 S.C.R. 1016; *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Association v. British Columbia*, [2007] 2 S.C.R. 391 [*Health Services*]; *Ontario (A.G.) v. Fraser*, [2011] 2 S.C.R. 3 [*Fraser*].

set out in articles 6 to 11, 14, 15 and 17 of the ICCPR. Section 7 of the *Charter*, a general protection of everyone's right not to be deprived of life, liberty and security of the person, has been constructed by the Supreme Court in a broad and generous manner that extended its scope in such a way that it encompasses the freedom to make certain fundamental life choices.⁸²

Section 15 protects every individual's right to equality by way of a general protection against negative discrimination (subsection 15(1)), while expressly allowing positive discrimination (subsection 15(2)), which is not required to be temporary.⁸³ This section thus has the same object as article 14 of the ECHR, its Protocol n° 12 and articles 26 and 27 of the ICCPR.

At last, sections 16 to 23 set out a set of linguistic rights relating to Canada's two official languages: English and French.

It should be noted that, by virtue of section 33, federal and provincial legislators may derogate from the rights and freedoms provided for by sections 2 and 7 to 15 of the *Charter*. No material condition of urgency is required: in so doing, legislators only have to conform to purely formal conditions. In contrast, article 15 of the ECHR only allows derogation from rights that are not deemed "absolute" because of their utmost importance, such as the right to life (article 2, except for death resulting from lawful acts of war), the prohibition of torture and inhumane or degrading treatment (article 3), the prohibition of slavery and forced labour (article 4), and the protection against any punishment that is not provided for by law. Furthermore, derogatory measures may only be taken "in time of war or other public emergency threatening the life of the nation", "to the extent strictly required by the exigencies of the situation", and "provided that such measures are not inconsistent with [the state's] other obligations under international law". While

82. *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.)*, [1999] 3 S.C.R. 46, at para. 61; *Blencoe*, *supra* note 39; *R. v. Malmö-Levine / R. v. Caine*, [2003] 3 S.C.R. 571; *R. v. Clay*, [2003] 3 S.C.R. 735; *Canada (A.G.) v. PHS Community Services Society*, [2011] 3 S.C.R. 134.

83. *R. v. Kapp*, [2008] 2 S.C.R. 483 [Kapp].

article 4 of the ICCPR follows the same logic than the ECHR, the Constitution of Canada easily permits derogation not only from the fundamental freedoms and the equality rights, but also from legal rights, while it does not allow it for rights that are unquestionably more “relative”, such as the right to have one’s children educated in the official language of the minority (section 23). The foregoing tends to illustrate how the Constitution of Canada is at odds with international standards on this regard.⁸⁴

Another specificity of the *Charter* is the presence, in section one, of a general restriction of rights clause, rather than particular provisions relating to the restriction of each specific right.⁸⁵

As for Part II of the C.A. 1982, we already explained how subsection 35(1) recognizes two main categories of rights for Aboriginal peoples: aboriginal rights, and treaty rights. The first category encompasses “activity rights” and aboriginal title. According to subsection 35(3), the second category includes rights arising from the “modern treaties”, which are land claims agreements.

1.4. The *De Jure* Absence of a Hierarchy of Rights

It is a basic and uncontested principle of Canadian constitutional law that, except for provisions laying out the constitution-making power, “one [valid] part of the Constitution cannot be abrogated or diminished by another part of the Constitution”.⁸⁶ This

84. European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission), *Opinion on the protection of human rights in emergency situations*, Opinion no. 359 / 2005, adopted at its 66th Plen. Sess., reported in press release CDL-AD(2006)015, Strasbourg, 4 April 2006, online: <[http://www.venice.coe.int/docs/2006/CDL-AD\(2006\)015-e.pdf](http://www.venice.coe.int/docs/2006/CDL-AD(2006)015-e.pdf)>.

85. Marie DESCHAMPS, Maxime ST-HILAIRE & Pierre GEMSON, “The Cross-Fertilisation of Jurisprudence and the Principle of Proportionality: Process and Result from a Canadian Perspective”, to be published.

86. See *New Brunswick Broadcasting Co. v. Nova Scotia (Speaker of the House of Assembly)*, [1993] 1 S.C.R. 319 [N.B. Broadcasting] (McLachlin J., majority reasons, Lexum unpaginated electronic version); Reference re Bill 30, *An Act to Amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 S.C.R. 1148; *Adler v. Ontario*, [1996] 3 S.C.R. 609.

principle, however unwritten on the whole, has been recognized by the courts, and partial written expressions of it can be found in the supreme law. For instance, the right to equality granted by section 15 of the *Charter* may not be invoked against the fact that the law may vary from a province to another, since this is a normal consequence of federalism as laid out by the C.A. 1982.⁸⁷ Neither can the right to equality be invoked against the limited scope of the right to have one's children educated in the language of the minority conferred by section 23 of the C.A. 1867.⁸⁸ From the foregoing principle derives the principle of the absence of a hierarchy of constitutional rights and freedoms.

This latter principle, which is also recognized in international law pursuant to the *Vienna Declaration* of 1993⁸⁹ as a corollary to the principle of the indivisibility of human rights, was first articulated in Canadian law by the Supreme Court in *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.* in 1994:

The pre-Charter common law rule governing publication bans emphasized the right to a fair trial over the free expression interests of those affected by the ban. In my view, the balance this rule strikes is inconsistent with the principles of the Charter, and in particular, the equal status given by the Charter to ss. 2(b) and 11(d). It would be inappropriate for the courts to continue to apply a common law rule that automatically favoured the rights protected by s. 11(d) over those protected by s. 2(b). A hierarchical approach to rights, which places some over others, must be avoided, both when interpreting the Charter and when developing the common law. When the protected rights of

87. *Gosselin (Tutor of) v. Quebec (A.G.)*, [2005] 1 S.C.R. 238 [*Gosselin*].

88. The jurisprudence goes so far as to provide that "in a federal system, province-based distinctions do not automatically give rise to a presumption of discrimination", and that "differential application of federal law in different provinces can be a legitimate means of promoting and advancing the values of a federal system": *Haig v. Canada*; *Haig v. Canada (Chief Electoral Officer)*, [1993] 2 S.C.R. 995 (L'Heureux-Dubé J., Lexum unpaginated electronic version), referring to *R. v. S.(S)*, [1990] 2 S.C.R. 254.

89. *Vienna Declaration and Programme of Action*, U.N.G.A.O.R., 48th Sess., U.N. Doc. A/CONF.157 (1993) 23.

two individuals come into conflict, as can occur in the case of publication bans, Charter principles require a balance to be achieved that fully respects the importance of both sets of rights.⁹⁰

Courts have repeatedly confirmed the principle since.⁹¹ If two *Charter* rights seem to be at odds, a judge may not declare a general precedence of one over the other. He or she must strive to reconcile them in a way that will resolve the conflict, and if necessary, will firmly anchor the decision to the facts of the case, or will take the latter right in consideration in the process of verifying if an infringement to the former right is justified in a free and democratic society, according to section one of the *Charter*.⁹²

It would however be illusory to believe that this principle could possibly be implemented in all its theoretical purity, and *de facto* hierarchies have established themselves within national legal regimes, despite the prohibition in principle under international law.⁹³

By looking at the overarching structure of the *Charter*, one can observe at first that section 33 suggests an odd hierarchy by allowing, as mentioned in section 1.3 of this report, a derogation from rights that are recognized by international standards and common sense as being of the utmost importance, but not from

90. *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835, at 877 (emphasis added).

91. See *inter alia* *Reference re Same-Sex Marriage*, [2004] 3 S.C.R. 698, at para. 50; *Gosselin*, *supra* note 88; as cited by Louis-Philippe LAMPRON & Eugénie BROUILLET, « Le principe de non-hiérarchie entre droits et libertés fondamentaux : l'inaccessible étoile? », (2011) 41 *Revue générale de droit* 93, at para. 2.

92. *Ross v. New Brunswick School District No. 15*, [1996] 1 S.C.R. 825, at para. 73; *Trinity Western University v. British Columbia College of Teachers*, [2001] 1 S.C.R. 772, at para. 29-35; *Multani v. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, [2006] 1 S.C.R. 256, at para. 30; L.-P. LAMPRON & E. BROUILLET, *supra* note 91.

93. See Virginie SAINT-JAMES, « Hiérarchie et conciliation des droits de l'Homme » in Joël Andriantsimbazovina *et al.* eds., *Dictionnaire des droits de l'Homme*, Paris, P.U.F., 2008, at 477-478.

other rights of a manifest lesser importance. To our knowledge, this aberration stems from an unfortunate political and historical contingency, rather than strictly legal considerations.⁹⁴

Section 28 and subsection 35(4) of the C.A. 1982 turn gender equality into an inviolable principle, a principle that adds to the general equality right of section 15 in order to assure equality in the protection of rights and freedoms offered by the *Charter* and in the protection of the special rights of Aboriginal peoples offered by Part II of the C.A. 1982, independently from the other provisions of these instruments. Gender equality seems all the more to benefit from a special emphasis since section 33 of the *Charter* does not permit any derogation from section 28, and even less, if that is possible, from subsection 35(4), which is not part of the *Charter*.

A delicate matter also arises regarding the interactions between the predominantly individual rights protected by the *Charter* and the “collective” rights of Aboriginal peoples recognized and affirmed by Part II of the C.A. 1982. Section 25 of the *Charter* provides as follows:

The guarantee in this Charter of certain rights and freedoms shall not be construed so as to abrogate or derogate from any aboriginal, treaty or other rights or freedoms that pertain to the aboriginal peoples of Canada including
(a) any rights or freedoms that have been recognized by the Royal Proclamation of October 7, 1763; and
(b) any rights or freedoms that now exist by way of land claims agreements or may be so acquired.

To some extent, the principle according to which one part of the Constitution cannot abrogate or diminish another seems to manifest itself in this section. Up to now, the Supreme Court’s decisions on the matter have only comprised conflicting *obiter*

94. See Roy J. ROMANOW, John D. WHYTE & Howard A. LEESON, *Canada... Notwithstanding: the making of the Constitution, 1976-1982*, Toronto, Carswell / Methuen, 1984.

dicta. In his partially concurring reasons in *Kapp*, Justice Bastarache suggested not only that *Charter* individual rights and freedoms could not render invalid the special constitutional rights of Aboriginal peoples, but also that, according to the theory of the protective shield, the latter should systematically override the former.⁹⁵ This runs directly counter to international law principles on these matters, which is why our preference is for Justice Deschamps partially concurring reasons in the recent *Beckman* case:

In *Reference re Secession of Quebec*, 1998 CanLII 793 (SCC), [1998] 2 S.C.R. 217, at paras. 48-82, this Court identified four principles that underlie the whole of our constitution and of its evolution: (1) constitutionalism and the rule of law; (2) democracy; (3) respect for minority rights; and (4) federalism. These four organizing principles are interwoven in three basic compacts: (1) one between the Crown and individuals with respect to the individual's fundamental rights and freedoms; (2) one between the non-Aboriginal population and Aboriginal peoples with respect to Aboriginal rights and treaties with Aboriginal peoples; and (3) a "federal compact" between the provinces. [...]

The Aboriginal and treaty rights of the Aboriginal peoples of Canada are recognized and affirmed in s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*. The framers of the Constitution also considered it advisable to specify in s. 25 of that same Act that the guarantee of fundamental rights and freedoms to persons and citizens must not be considered to be inherently incompatible with the recognition of special rights for Aboriginal peoples. In other words, the first and second compacts should be interpreted not in a way that brings them into conflict with one another, but rather as being complementary [...].⁹⁶

95. *Kapp*, *supra* note 83, at para. 93-96 (Bastarache J., concurring reasons).

96. *Beckman v. Little Salmon/Carmacks First Nation*, [2010] 3 S.C.R. 103 [*Beckman*], at para. 97-98 (Deschamps J., concurring reasons) (emphasis added).

1.5. The Exhaustivity Issue in Formal Constitutional Codification

We will now turn to the relations between unwritten constitutional principles and constitutional provisions protecting human rights. Some unwritten principles were recognized by the jurisprudence as implied elements of the Constitution of Canada within the meaning of the C.A. 1982.

The Constitution of Canada, like the constitutions of many other countries,⁹⁷ is not only founded on, but also actually comprises, underlying and unwritten principles that nonetheless constitute rigid constitutional law. The *Reference re Secession of Quebec*, as aforementioned, rephrased some of the most important of these fundamental principles: constitutionalism and the rule of law; democracy; federalism; and respect for minority rights.⁹⁸ The *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court* had previously affirmed the existence of an unwritten, general and fundamental version of judicial independence.⁹⁹

Parliamentary privilege is a body of power and immunities (including to preserve the order of debates and to summon witnesses) that common law and English law (in this instance, the *Bill of Rights* of 1689) traditionally bestowed upon parliamentarians both individually and gathered in Chambers. It has also, in

97. Ronald M. DWORKIN, *Law's Empire*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 1986; Jeremy KIRK, "Constitutional Implications (I): Nature, Legitimacy, Classification, Examples", (2000) 24 *Melbourne University Law Review* 645; "Constitutional Implications (II): Doctrines of Equality and Democracy", (2001) 25 *Melbourne University Law Review* 24; Véronique CHAMPEIL-DESPLATS, *Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République : Principes constitutionnels et justification dans les discours juridiques*, Paris, Economica, 2001; Dieter GRIMM, "The Basic Law at 60 – Identity and Change" 11 *German Law Journal* 33-46 (2010), available at <http://www.germanlawjournal.com/index.php?pageID=11&artID=1230>.

98. *Secession of Quebec*, *supra* note 4, at para. 48-82.

99. *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of P.E.I.*; *Reference re Independence and Impartiality of Judges of the Provincial Court of P.E.I.*, [1997] 3 S.C.R. 3 [*Remuneration of Judges*] (Lamer C.J., majority reasons).

our opinion in a way as odd as it is perilous, been recognized as an underlying principle of the Constitution.¹⁰⁰

Finally, we must observe, as Justice Deschamps did in *Beckman*, that the honour of the Crown also holds a key position among these unwritten principles.¹⁰¹

Care must be taken not to confuse these unwritten principles with constitutional conventions. The latter are part of the political Constitution's structure, while the former are part of the legal constitution, formal and rigid. In the *Reference re Secession of Quebec* in 1998, the Supreme Court unanimously insisted on the following:

Underlying constitutional principles may in certain circumstances give rise to substantive legal obligations (have "full legal force", as we described it in the *Patriation Reference*, supra, at p. 845^[102]), which constitute substantive limitations upon government action. These principles may give rise to very abstract and general obligations, or they may be more specific and precise in nature. The principles are not merely descriptive, but are also invested with a powerful normative force, and are binding upon both courts and governments.¹⁰³

It remains to be determined how exactly an unwritten principle can intervene in the judicial and, more generally, legal debate, in order to produce such influential effects. These principles cannot do violence to the language of the supreme law they are meant to underlie and organize. The Supreme Court gave out this warning in the same 1998 case:

Given the existence of these underlying constitutional principles, what use may the Court make of them? In the *Provincial Judges Reference* [...], we cautioned that the

100. See *N.B. Broadcasting*, supra note 86.

101. *Beckman*, supra note 96 (Deschamps J., concurring reasons).

102. *Resolution to amend the Constitution*, supra note 2.

103. *Secession of Quebec*, supra note 4, at para. 54.

recognition of these constitutional principles [...] could not be taken as an invitation to dispense with the written text of the Constitution. On the contrary, we confirmed that there are compelling reasons to insist upon the primacy of our written constitution. A written constitution promotes legal certainty and predictability, and it provides a foundation and a touchstone for the exercise of constitutional judicial review.¹⁰⁴

Rather, an unwritten principle may serve to inform the choice of a provision's construction or to bridge the gaps in its language, as was the case in the reasons of the majority of the Supreme Court in the *Reference re Remuneration of Judges* in 1997, wherein the intervention of the principle of independence of the judiciary was subsidiary.¹⁰⁵

Yet, as described in Dicey's classic work,¹⁰⁶ the rule of law shall at first be construed as referring to formal principles such as the publicity of the law and the submission of all, from the humble citizen to the head of the government, to a single legal regime enforced by a unified system of ordinary courts. It shall also, however, be interpreted as including a corpus of material subjective rights commonly called the "English liberties". Insofar as this conception is accurate, it was inevitable that whether the rule of law, as an unwritten constitutional principle, could come into play to fill potential gaps in the *Charter's* provisions was a question that would arise before the Supreme Court. It so happened in 2005 with the *Imperial Tobacco* case. The Supreme Court then unanimously reduced the formal (or rigid) constitutional version of the rule of law to only a few elements of its classic doctrinal purview. As a result, the Court concluded that it would do violence to the language of the *Charter* to see in it gaps that could be filled by the

104. *Id.*, at para. 53.

105. See *Remuneration of Judges*, *supra* note 99 (Lamer C.J., majority reasons).

106. Albert Venn DICEY, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (1885), 10th ed., London, Macmillan, 1959.

“English liberties” constituting the material aspect of the rule of law in its doctrinal conception.¹⁰⁷

The thesis that the *Charter*’s constitutional codification of human rights is exhaustive can only stand for the field of formal or rigid constitutional law. No one questions the validity of federal and provincial quasi-constitutional statutes on human rights. Indeed, their validity is most likely confirmed by section 26 of the *Charter*, which provides that “[t]he guarantee in this Charter of certain rights and freedoms shall not be construed as denying the existence of any other rights or freedoms that exist in Canada”. Even when circumscribed to rigid constitutional law, however, this thesis must be balanced with that, prior to the *Charter*, of the implied bill of rights. The idea that Canada’s rigid legal constitution includes an unwritten charter of fundamental rights goes back to a series of *obiter dicta* rendered over a period extending from 1938 to 1997.¹⁰⁸ Ironically enough, the last of these *dicta* is found in the *Reference re Remuneration of Judges*, the case on which the Supreme Court, one year after, relied upon to declare (in the *Reference re Secession of Quebec*) that an unwritten principle may not do violence to the written language of the Constitution. The irony is that it is this 1998 decision, hence indirectly the 1997 one, that would be the foundation of the Supreme Court when holding in *Imperial Tobacco* that the corpus of rights protected by the *Charter* was exhaustive of the rigid constitutional law on the matter. This

107. *British Columbia v. Imperial Tobacco Canada Ltd.*, [2005] 2 S.C.R. 473, at para. 58, 60, 65.

108. *Reference Re Alberta Statutes – The Bank Taxation Act; The Credit of Alberta Regulation Act; and the Accurate News and Information Act*, [1938] S.C.R. 100, at 133-134 (Duff C.J.); *Saumur v. Quebec (City)*, [1953] 2 S.C.R. 299, at 331 (Rand J.), 353-354 (Kellock J.) and 363-374 (Locke J.); *Switzman v. Elbing and Quebec (A.G.)*, [1957] S.C.R. 285, at 307 (Rand J.) and 328 (Abbott J.); *Oil, Chemical and Atomic Workers, International Union, Local 16-601 v. Imperial Oil Ltd.*, [1963] S.C.R. 584, at 600 (Abbott J.); *Fraser v. P.S.S.R.B.*, [1985] 2 S.C.R. 455, at 462-463 (Dickson C.J.); *OPSEU*, *supra* note 46, at para. 39-44 (Dickson C.J., concurring reasons) and 143-152 (Beetz J., majority reasons); *Dolphin Delivery*, *supra* note 57, at 584 (McIntyre J.); *Remuneration of Judges*, *supra* note 99, at para. 102-103 (Lamer C.J.). On this matter, see HOGG, *supra* note 40, at 34-10 to 34-13.

divergence might be explained by the fact that the theory of the implied bill of rights only concerns the political freedom of expression, which it ties to the democratic structure of our parliamentary institutions, that is to say, to the principle of democracy, and not to the principle of the rule of law.

2. MATERIAL CONSTITUTIONAL PROTECTION: THE QUASI-CONSTITUTIONAL HUMAN RIGHTS STATUTES

Though “constitutional” in the material sense, the statutes that will be described in this section are ordinary statutes on the formal level. Their adoption is not an exercise of the constitution-making power. Consequently, they cannot set out the conditions of validity of statutes. They usually benefit, however, from specific rules of precedence that depart from the general principles of construction of statutes. In recognition of the importance of these statutes and their precedential status, the Supreme Court has dubbed them “quasi-constitutional”. According to the jurisprudence, this special status is gained by virtue of both their rules of precedence and their material content.¹⁰⁹ Contrary to the *Charter*, these statutes apply to both private law and public law interactions. Since they are ordinary statutes adopted in a federal system, they can only protect rights and freedoms relating to the sphere of power of the legislator who enacted them. Most of these statutes are accompanied by a specialized and often optional implementation mechanism.

109. *Insurance Corporation of British Columbia v. Heerspink*, [1982] 2 S.C.R. 145; *Ontario Human Rights Commission and O'Malley v. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 S.C.R. 536; *Robichaud v. Canada (Treasury Board)*, [1987] 2 S.C.R. 84.

2.1. In Federal Law

2.1.1. Laws of the Central Power

There are two federal quasi-constitutional statutes protecting human rights: the *Canadian Bill of Rights* of 1960¹¹⁰ (the “*Canadian Bill*”), and the *Canadian Human Rights Act* of 1977¹¹¹ (the “*Canadian Act*”).

The *Canadian Bill* protects rights and freedoms similar to those of the *Charter*. The former, however, in its paragraph 1(a), purports to protect the rights of individuals to enjoyment of property, whereas the latter, on this regard, is limited to section 8 protection against unreasonable search or seizure.

Section 2 of the *Canadian Bill* provides for construction directives and a precedence rule:

Every law of Canada shall, unless it is expressly declared by an Act of the Parliament of Canada that it shall operate notwithstanding the *Canadian Bill of Rights*, be so construed and applied as not to abrogate, abridge or infringe or to authorize the abrogation, abridgment or infringement of any of the rights or freedoms herein recognized and declared, and in particular, no law of Canada shall be construed or applied so as to [do something prohibited by paragraph (a) to (g)].

As for the *Canadian Act*, its purpose is to ensure equal opportunities and to eliminate discrimination with respect to employers and service providers operating in the federal jurisdiction. It applies to both private relationships and relationships between the state and legal or natural persons, insofar as these relationships pertain to the federal Parliament. Its subsection 66(1) provides that this act “is binding on Her Majesty in right of Canada,

110. *Canadian Bill of Rights*, S.C. 1960, c. 44.

111. *Canadian Human Rights Act*, R.S.C. 1985, c. H-6.

except in matters respecting the Yukon Government or the Government of the Northwest Territories or Nunavut”.

It deals particularly with the right to protection against discrimination. Its section 2 provides that its purpose is to give effect “to the principle that all individuals should have an opportunity equal with other individuals to make for themselves the lives that they are able and wish to have and to have their needs accommodated, consistent with their duties and obligations as members of society, without being hindered in or prevented from doing so by discriminatory practices” based on a list of unlawful grounds. The *Canadian Act* does not attempt to reach this objective by mean of a precedence rule, but rather by the implementation of a system of investigation, conciliation, settlement and sanction, composed of the Canadian Human Rights Commission established by its Part II, and of the Canadian Human Rights Tribunal established by its sections 48.1 to 48.9. This system will be further described in section 4.2.1 of this report.

Given their simultaneous application, partial inconsistencies may exist between these two statutes and the *Charter*. For instance, sections 12 (“publication of discriminatory notices”) and 13 (“hate messages”) of the *Canadian Act* prohibit certain discriminatory actions in a way that is incompatible with the case law relating to the protection of the freedom of expression under the constitutional *Charter*.¹¹²

112. In *Warman v. Lemire*, 2009 TCDP 26 (CanLII), a judge of the Canadian Human Rights Tribunal came to the following conclusion:
[TRANSLATION] I concluded that Mr. Lemire contravened section 13 of the Statute [...] in the case of the article intitled “AIDS Secrets”. I also concluded, however, that subsection 13(1) and subsections 54(1) and 54(1.1) are incompatible with paragraph 2(b) of the *Charter*, that guarantees freedom of thought, belief, opinion and expression. The limit imposed by these provisions is not a reasonable limit within the meaning of section one of the *Charter*. Since a formal declaration of invalidity cannot be pronounced by the Tribunal (see *Cuddy Chicks Ltd. v. Ontario (Commission des relations de travail)*, 1991 CanLII 57 (CSC), [1991] 2 S.C.R. 5), I simply refuse to apply these provisions for the purposes of the complaint filed against Mr. Lemire, and I am not issuing any remedial order

2.1.2. Territorial Laws

The three Canadian territories, whose jurisdiction derives, contrary to that of provinces, from the federal law and not from the supreme law, have each adopted a human rights statute. In the Yukon, the adoption of the *Human Rights Act*¹¹³ (the “*HRA of the Yukon*”) dates back to 1987.

Following the creation of Nunavut in 1999 from part of its former territory, the Northwest Territories adopted, in 2002, a new *Human Rights Act*¹¹⁴, and in 2003 Nunavut adopted its first statute with the same title¹¹⁵ (respectively, the “*HRA of the N.T.*” and the “*HRA of Nunavut*”). These two statutes came into force in 2004, thereby replacing the old *Fair Practices Act*, in force since 1990.

Whereas the *HRA of the N.T.* is silent on the matter, those of the Yukon and Nunavut provide particular rules for their precedence. All three of them expressly provide that they are binding upon the government of the territory.¹¹⁶

In conformity with formal constitution law, the human rights statute of each territory expressly provides that it does not infringe or abridge the rights recognized to Aboriginal peoples by section 35 of the C.A. 1982.¹¹⁷ Besides, the *HRA of the Yukon* must be “interpreted in a manner consistent with the preservation and enhancement of the multi-cultural heritage of the residents of the

against him (see *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin*, 2003 SCC 54 (CanLII), 2003 SCC 54, at paragraphs 26 and 27).

This decision was the subject of judicial review, the appeal of which took place on 13 December 2011 in front of the Federal Court of Appeal.

113. *Human Rights Act*, R.S.Y. 2002, c. 116 [*HRA of the Yukon*].

114. *Human Rights Act*, S.N.W.T. 2002, c. 18 [*HRA of the N.T.*].

115. *Human Rights Act*, S.Nu. 2003, c. 12 [*HRA of Nunavut*].

116. *HRA of the N.T.*, *supra* note 114, s. 4; *HRA of the Yukon*, *supra* note 113, s. 38; *HRA of Nunavut*, *supra* note 115, s. 6.

117. *HRA of the N.T.*, *supra* note 114, s. 2; *HRA of the Yukon*, *supra* note 113, s. 1; *HRA of Nunavut*, *supra* note 115, s. 3-4.

Yukon”, pursuant to its section 2, which is almost identical to section 27 of the *Charter*.¹¹⁸

The *HRA of Nunavut* is somewhat unique in the sense that, pursuant to its section 2, its application must take place within the framework of *Inuit Qaujimajatuqangit*, “a collective term commonly used in Nunavut to define all values associated with traditional Inuit culture”.¹¹⁹ Section one of Nunavut’s *Education Act* gives a few examples of *Inuit Qaujimajatuqangit*, including “Inuuqatigiitsiarniq (respecting others, relationships and caring for people)”, “Pijitsirniq (serving and providing for family or community, or both)”, and “Aajiiqatigiinni (decision making through discussion and consensus)”.¹²⁰

These three statutes’ main purposes are to promote equality of opportunities and to provide protection against discrimination based on a limitative list of enumerated grounds in the fields of employment, the supply of goods and services to the public, and tenancy. They also contain protections against harassment and discriminatory intimidation. Only the Northwest Territories and Nunavut laws also protect against publications that express or imply discrimination, or incite to it.¹²¹ Similarly to the *Charter*, the three statutes expressly exclude positive discrimination from their scope of application.¹²¹ Their respective lists of enumerated

118. About s. 27 of the *Charter*, see *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697 [*Keegstra*] (Lexum unpaginated electronic version). For examples of application, see *inter alia* *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713, at 758; *Big M Drug Mart*, *supra* note 11, at para. 99; *A. (L.L.) v. B. (A.)*, [1995] 4 S.C.R. 536, at para. 63; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143 (McIntyre J.), at 171; *R. v. Tran*, [1994] 2 S.C.R. 951 (Lexum unpaginated electronic version).

119. See “General Information”, online: Nunavut Human Rights Tribunal <<http://www.nhrt.ca/>> (Consulted on 10 March 2012).

120. *HRA of the N.T.*, *supra* note 114, s. 13; *HRA of Nunavut*, *supra* note 115, s. 14.

121. *HRA of the N.T.*, *supra* note 114, s. 67; *HRA of the Yukon*, *supra* note 113, s. 13; *HRA of Nunavut*, *supra* note 115, s. 7(2).

grounds are, except for some particularities, identical.¹²² In addition to protection against discrimination, the *HRA of the Yukon* also provides for a bill of rights that resembles the *Canadian Bill*.

2.2. In Provincial Law

Each of the ten provinces has endowed itself with a human rights statute. As with the territorial statutes, all of these provincial statutes provide, at a minimum, protection against discrimination based on a limitative list of enumerated grounds, in the fields of employment, the supply of goods and services to the public, and tenancy. Saskatchewan and Quebec stand out, because they adopted statutes protecting a broader range of rights.

Except for British Columbia, where it would have been of no use given section 14 of its *Interpretation Act*,¹²³ all of these statutes expressly provide that they are binding upon the Crown of their respective province (or the state, in the case of Quebec). With the exception of Nova Scotia and New Brunswick, each of them provides for its precedence over other statutes and regulations of the province, whether prior or future.

Leaving aside the rather odd and definitely colourable 1946 *Alberta Bill of Rights*¹²⁴ which the following year was held unconstitutional by the Privy Council on division of powers grounds – for notably relating to “banking” without being severable¹²⁵ –, Saskatchewan acted as a precursor by adopting, as early as 1947, the *Saskatchewan Bill of Rights*, the first statute in the history of Canada to deal with human rights in a global way. Similarly to the *Racial Discrimination Act* adopted by the Ontario legislator three years before, however, it was a penal statute: its enforcement was

122. See Northwest Territories Human Rights Commission and Yukon Human Rights Commission, *Know Your Rights: Human Rights in the Northwest Territories and Yukon*, June 2011, at 7-17.

123. *Interpretation Act*, R.S.B.C. 1996, c. 238, s. 14.

124. *An Act Respecting the Rights of Alberta Citizens*, S.A. 1946, c. 11. This Act was an attempt at “quasi-constitutionalizing” the Social Credit’s program.

125. *Alberta (A.G.) v. Canada (A.G.)*, [1947] A.C. 503 (P.C.).

only effected by way of conviction and fines. Its implementation was therefore hampered by the requirement of a proof beyond reasonable doubt, and its logic remained alien to the indemnification of the person whose rights had been infringed. Provinces then progressively adopted statutes providing for mediation and reparation, and setting up implementation mechanisms composed of commissions and jurisdictional bodies, inspired by the New York model.¹²⁶ This led, in 1951, to the adoption of the *Saskatchewan Human Rights Commission Act*. In 1979, Saskatchewan “codified” and unified its human rights legislation by adopting the *Saskatchewan Human Rights Code*.¹²⁷ While its Part II protects against discrimination in the same way other provincial statutes do, its Part I consists of a general bill of rights.

It was Ontario, however, which was the first province, in 1962, to actually codify its various human rights statutes in a single instrument called the *Human Rights Code*.¹²⁸ which established a commission.

Nova Scotia adopted its first *Human Rights Act* in 1963, and endowed it with a commission in 1967. This statute underwent a major overhaul in 1991.¹²⁹

New Brunswick’s *Human Rights Act* was originally adopted in 1967, replaced in 1971, and significantly revised and modernised in 2011.¹³⁰

In 1968, Prince Edward Island adopted the *Human Rights Code*, replaced in 1975 by the current *Human Rights Act*.¹³¹

-
126. Brooke JEFFREY & Philip ROSEN, “The Protection of Human Rights in Canada” (1979) 2:3 *Canadian Parliamentary Review* 37.
127. *Saskatchewan Human Rights Code*, S.S. 1979, c. S-24.1.
128. *Human Rights Code*, R.S.O. 1990, c. H.19.
129. *Human Rights Act*, R.S.N.S. 1989, c. 214.
130. *Human Rights Act*, R.S.N.B. 2011, c. 171.
131. *Human Rights Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. H-12.

Newfoundland and Labrador's *Human Rights Code* was first adopted in 1969, and replaced in 2010 by the *Human Rights Act*.¹³² Although it generally provides for its precedence, in accordance with section 35 of the C.A. 1982, it gives way to statutes and agreements of implementation of Aboriginal land claims agreements.¹³³

Alberta adopted the *Individual's Rights Protection Act* in 1972, since renamed the *Alberta Human Rights Act*.¹³⁴

British Columbia's *Human Rights Code* was adopted in 1973, and reviewed comprehensively in 1984.¹³⁵

In 1974, Manitoba adopted *The Human Rights Act*, replaced in 1987 by *The Human Rights Code*.¹³⁶

Finally, Quebec's *Charter of human rights and freedoms*¹³⁷ (the "*Quebec Charter*") was adopted in 1975. Like the other provincial statutes on the matter, the Quebec Charter applies to private relationships as well as to those involving the state,¹³⁸ while affecting only, of course, "those matters that come under the legislative authority of Quebec".¹³⁹ It provides for its precedence and, as is the case for some other quasi-constitutional human rights statutes, for a possibility of express derogation from it.¹⁴⁰ When in doubt on the interpretation of another statute of the Quebec legislature, however, before concluding that the *Quebec Charter* takes precedence over such a statute, the latter should be interpreted as

132. *Human Rights Act*, S.N.L. 2010, c. H-13.1 [HRANL].

133. *Id.*, s. 4 and 7, relating to the *Voisey's Bay Inuit Impacts and Benefits Agreement*, the *Voisey's Bay Innu Impacts and Benefits Agreement*, and the *Labrador Inuit Land Claims Agreement Act*.

134. *Alberta Human Rights Act*, R.S.A. 2000, c. A-25.5. About the 1946 *Alberta Bill of Rights*, see *supra* notes 124-125.

135. *Human Rights Code*, R.S.B.C. 1996, c. 210.

136. *The Human Rights Code*, C.C.S.M. c. H175.

137. *Charter of human rights and freedoms*, R.S.Q. c. C-12 [Quebec Charter].

138. *Id.*, s. 54.

139. *Id.*, s. 55.

140. *Id.*, s. 52.

being in keeping with the former.¹⁴¹ The *Quebec Charter* stands out from the crowd of provincial statutes on this matter, because it protects a more comprehensive range of fundamental rights, including certain rights that are unique to Quebec.¹⁴² There is, for instance, the right to assistance, and its corollary obligation to aid any person whose life is in peril, under certain conditions.¹⁴³ The *Quebec Charter* also protects political rights (the right of petition to the National Assembly¹⁴⁴ and the right to be candidate and to vote¹⁴⁵), as well as judicial rights whose object is, in essence, the same as that of the Canadian *Charter's* legal rights.¹⁴⁶ It distinguishes itself even further by the protection that it bestows upon a wide variety of economic and social rights, including every child's right to protection, ethnic minorities' right to maintain and develop their cultural life, and every person's right to free public education, to information, and to live in a healthful environment in which biodiversity is preserved.¹⁴⁷

Moreover, the protection against discrimination might be of a wider extent under the *Quebec Charter* than under other instruments. Inspired by the ECHR, the *Quebec Charter* protects, in addition to the more general right to equality,¹⁴⁸ the more specific right to an equal recognition and exercise of one's human rights and freedoms.¹⁴⁹ The corresponding provision of the Canadian *Charter* only relates to gender equality.¹⁵⁰

141. *Id.*, s. 53.

142. *Id.*, s. 1-9.

143. *Id.*, s. 2.

144. *Id.*, s. 21.

145. *Id.*, s. 22.

146. *Id.*, s. 23-38.

147. *Id.*, s. 39-48. On this matter, see Pierre BOSSET & Lucie LAMARCHE eds., *Droit de cité pour les droits économiques, sociaux et culturels – La Charte québécoise des droits et libertés en chantier*, Yvon Blais, 2011.

148. *Quebec Charter*, *supra* note 137, s. 10-20.1.

149. *Id.*, s. 10.

150. *Id.*, s. 28.

3. THE ROLE OF SUPRANATIONAL LAW: A MATERIAL SOURCE OF INCONSTANT AUTHORITY

Supranational law's only authority, in Canadian law, is as a material source of law, not as a formal one. On this basis, it exerts a varying authority, based on an undetermined number of factors. It encompasses not only treaties that were ratified by Canada but have yet to be incorporated in its domestic law,¹⁵¹ but also values and principles enshrined in international law, and by the international society.¹⁵² The Supreme Court sometimes speaks equally of the two.¹⁵³

This relative authority has, until now, only been recognized with regard to supranational law relating to human rights, in cases where the *Charter* was invoked. As Ghislain Otis pointed out, however, constitutional rights of Aboriginal peoples are not any less important than those protected by the *Charter*, making it hard to justify a limitation of supranational law's authority to the latter.¹⁵⁴

Regarding the way this authority operates, the Supreme Court qualified it as a "rule of construction",¹⁵⁵ and as an "aid in interpreting".¹⁵⁶ In the same way that unwritten constitutional principles, or even pursuant to such a principle, unincorporated supranational law can intercede in case of gaps or ambiguities in

151. See *Health Services*, *supra* note 81, at para. 70 (about the *Charter* only); *Ordon Estate v. Grail*, [1998] 3 S.C.R. 437 [*Ordon*]; *Daniels v. White*, [1968] S.C.R. 517 [*Daniels*]; *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law v. Canada (A.G.)*, [2004] 1 S.C.R. 76, at para. 31.

152. *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817 [*Baker*], at para. 70; *R. v. Sharpe*, [2001] 1 S.C.R. 45, at para. 175-176.

153. *Hape*, *supra* note 56, at para. 53; *Fraser*, *supra* note 81, at para. 75.

154. Ghislain OTIS, « Les réparations pour violation des droits fonciers des peuples autochtones : leçons de la Cour interaméricaine des droits de l'homme », (2009) 39:1 *Recherches amérindiennes au Québec* 99.

155. See *Daniels*, *supra* note 151, at 541.

156. *Baker*, *supra* note 152, at para. 70; *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Canadian Association of Internet Providers*, [2004] 2 S.C.R. 427, at para. 149 (LeBel J.).

domestic positive law.¹⁵⁷ The Supreme Court has also spoken of a “presumption of conformity” of domestic law with international law. This expression, in reality, represents a presumption according to which only compelling reasons can permit an interpretation of domestic law that runs contrary to international law.¹⁵⁸ Legal authorities tried to distinguish between ratified and unratified treaties with respect to this matter, considering the former as the basis of a persuasive authority, compared to the merely informative authority of the latter, which would be tantamount to the authority of foreign law.¹⁵⁹ However good this idea may seem to be, it is by no means self-evident that it is reflected in the current jurisprudence of the Supreme Court. In fact, this jurisprudence refers much more willingly to the ECHR, in which Canada will never be a party, than to the *American Convention on Human Rights*,¹⁶⁰ to which it could accede as a member of the Organization of American States.

Suffice it to say that supranational law constitutes a material source of Canadian constitutional law, the influence of which is modulated by a myriad of factors: the signature or ratification of

157. See *Schavernoch v. Canada (Foreign Claims Commission)*, [1982] 1 S.C.R. 1092, at 1098. See also *Keegstra*, *supra* note 118, at 750; *Slaight*, *supra* note 38, at 1056-1057; *Capital Cities Communications Inc. v. Canadian Radio-Television Commission*, [1978] 2 S.C.R. 141, at 173; *Daniels*, *supra* note 151, at 540-541; *Inland Revenue Commissioners v. Collco Dealings Ltd.*, [1961] 1 All E.R. 762, [1962] A.C. 1.

158. *Health Services*, *supra* note 81, at para. 70; *Hape*, *supra* note 56, at para. 54; *Ordon*, *supra* note 151, at para. 137; *Daniels*, *supra* note 151.

159. France HOULE & Noura KARAZIVAN, « Les rapports de relevance juridique entre les ordres législatifs canadien et international », (2008) 1 *Revue québécoise de droit constitutionnel* 1 (online); France HOULE, « La légitimité constitutionnelle de la réception directe des normes du droit international des droits de la personne en droit interne canadien », (2004) 45 *Les Cahiers de droit* 295; Jutta BRUNNÉE & Stephen J. TOOPE, “A Hesitant Embrace: The Application of International Law by Canadian Courts”, (2002) *Canadian Yearbook of International Law* 3.

160. *American Convention on Human Rights*, 22 November 1969, 1144 U.N.T.S. 123.

the instrument, its prescriptive or programmatic nature, its customary recognition, its object, etc.¹⁶¹

4. JURISDICTIONAL ENFORCEMENT

4.1. Of Constitutional Rights

Subsection 52(1) of the C.A. 1982 provides that “The Constitution of Canada is the supreme law of Canada, and *any law* that is inconsistent with the provisions of the Constitution is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect.” In this context, “of no force or effect” does not mean inoperative, but rather, “invalid”.¹⁶² By virtue of many of its provisions, the Charter is in some respect of a greater purview than subsection 52(1) of the C.A. 1982. Pursuant to its subsection 32(1), it allows the review of any action of the federal and provincial governments, so that the rights it protects are enforceable against measures of individual scope that cannot necessarily be qualified as legal norms, or *law*.

In Canada, constitutional judicial review is decentralized. It developed as a natural extension of the rule of law, beginning as a control of the conformity of colonial legal rules to British imperial law. The higher courts, that is to say, provincial and territorial Superior or Supreme Courts, the Federal Court (to a large extent), the provincial, territorial and federal Courts of Appeal, and the Supreme Court of Canada (the final instance in all fields), are competent for judicial review, including constitutional review, and their decisions are effective *erga omnes*. Subject to the rules of *res judicata* and *rationæ loci* (territorial jurisdiction), a higher court’s

161. For further research on the subject, see Stéphane BEAULAC, « Interlégalité et réception du droit international en droit interne canadien et québécois » in JurisClasseur Québec, loose-leaf ed., coll. « Droit public », *Droit constitutionnel*, Montréal, LexisNexis Canada, 2011; « Le droit international et l’interprétation législative : oui au contexte, non à la présomption », in O.E. FITZGERALD *et al.* eds., *Règle de droit et mondialisation : rapports entre le droit international et le droit interne*, Cowansville, Yvon Blais, 2006, 413-454; Gibran Van Ert, *Using International Law in Canadian Courts*, 2nd ed., Toronto, Irwin Law, 2008.

162. *Re Manitoba Language Rights*, *supra* note 8, at para. 52.

determination that a generally binding norm is invalid shall apply to all, and not only between the parties. The lower courts, such as the Provincial Courts, hold an indirect and ancillary jurisdiction for judicial review. Their decisions are only effective *inter partes*, and create or declare rights of individual scope. Administrative bodies and decision makers empowered to determine questions of law are also entitled to apply constitutional law in the manner of a lower court, but their conclusions in that respect can easily be reviewed by higher courts. Since it relates to review on the issue of validity, the foregoing only concerns judicial decisions based on rigid constitutional law. Decisions based purely on flexible constitutional law can only be a source of law of a general scope inasmuch as they contribute to the jurisprudence, following the principle of *stare decisis*.

The “normal” method of constitutional review, at least theoretically, is to allege unconstitutionality in a specific pending dispute, whether civil or criminal, or in the review process of an act of the administration that may concretely affect the plaintiff. In practice, however, a more abstract form of review may take place in one of two ways: by referral procedure, or by taking advantage of the relaxing in recent years of the conditions of recognition of a public interest standing.

While an appeal takes place in the ordinary procedure of litigation, a reference is a special procedure of an advisory nature, whereby a government asks a court for its opinion. In theory, a reference opinion is neither binding nor precedential.¹⁶³ Judicial practice, however, suggest that Canadian courts rely equally on appeal decisions and reference opinions.¹⁶⁴ In any event, both of these contribute to a formal source of unwritten constitutional law of general scope: the jurisprudence.

163. *Re Criminal Code*, (1910), 43 S.C.R. 434, at 436. See also *Ontario (A.G.) v. Canada (A.G.) (Reference Appeal)*, [1912] A.C. 571; Gerald RUBIN, “The Nature, Use and Effect of Reference Cases in Canadian Constitutional Law” (1959-1960) 6 *McGill Law Review* 168.

164. *Ontario (A.G.) v. Canada Temperance Federation*, [1946] A.C. 193, at 206.

Beyond the mere validity review process, section 24 of the *Charter* allows a person whose rights have been violated, denied, or infringed in any other way, to seek reparation:

(1) Anyone whose rights or freedoms, as guaranteed by this Charter, have been infringed or denied may apply to a court of competent jurisdiction to obtain such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances.

(2) Where, in proceedings under subsection (1), a court concludes that evidence was obtained in a manner that infringed or denied any rights or freedoms guaranteed by this Charter, the evidence shall be excluded if it is established that, having regard to all the circumstances, the admission of it in the proceedings would bring the administration of justice into disrepute.

The range of remedies that may be obtained under subsection 24(1),¹⁶⁵ which the Supreme Court considers as “a cornerstone upon which the rights and freedoms guaranteed by the *Charter* are founded”,¹⁶⁶ is as broad as the tribunal’s general jurisdiction to grant remedies¹⁶⁷ combined with, in the case of a higher court with inherent jurisdiction, the equity dictum *ubi jus ibi remedium*¹⁶⁸ enable it to be: new trial, acquittal, new hearing, stay of proceedings,¹⁶⁹ reduction of sentence, declaratory judgment, injunction or other form of mandatory order,¹⁷⁰ damages,¹⁷¹ and so forth, including costs against the Crown.¹⁷²

165. See H. JEAN & G. LAPORTE, *supra* note 9, at para. 85-137.

166. *R. v. 974649 Ontario Inc.*, [2001] 3 S.C.R. 575, at para. 20 (the “*Dunedin*” case).

167. *Id.*

168. This maxim means “where there is a right, there is a remedy”, or “where there is a wrong, there is a remedy”. See *inter alia* 3 William Blackstone Commentaries on the Laws of England §23.

169. *R. v. Bellusci*, 2012 SCC 44.

170. *Canada (A.G.) v. PHS Community Services Society*, [2011] 3 S.C.R. 134, at para. 141-153.

171. About the recently recognized possibility to obtain damages pursuant to subsection 24(1), see *Vancouver (City) v. Ward*, [2010] 2 S.C.R. 28 [*Ward*].

172. *R. v. 974649 Ontario Inc.*, *supra* note 166.

It is however important to make a distinction between the higher and the lower courts on this issue. The former are always competent to grant remedies pursuant to subsection 24(1) (though they have full discretion to refuse),¹⁷³ and even the legislator may not curtail this jurisdiction,¹⁷⁴ whereas the latter, including administrative tribunals, may do so only if empowered by statute to grant remedy of the kind that is sought.¹⁷⁵

The availability of damages as a remedy under subsection 24(1) of the *Charter* was only recently confirmed in *Ward* in 2010.¹⁷⁶ It must be understood that damages pursuant to this provision are awarded at the expense of the Crown or of the public entity called into question and to which the *Charter* applies, if it owns a patrimony; but not at the expense of their servants, agents, employees, contractors, or any other actors to which the *Charter* does not apply.¹⁷⁷

Except in presence of bad faith, abuse of power or gross negligence, the state may not be held liable in damages under subsection 24(1) of the *Charter* for an injury resulting from the adoption or application of a legislative provision that was not yet declared unconstitutional.¹⁷⁸ Regarding actions of the executive power, however, this “immunity” can only come into play when the action was determined by and attributable to the impugned legislative provision.¹⁷⁹

173. *Mills v. La Reine*, [1986] 1 S.C.R. 863, at 894-896.

174. *Rahey*, *supra* note 57; *R. v. Smith*, [1989] 2 S.C.R. 1120, at 1129.

175. *R. v. Conway*, [2010] 1 S.C.R. 765, at para. 82.

176. *Ward*, *supra* note 171.

177. *Id.*, at para. 22. In this case, the provincial Crown was deemed liable in damages under subsection 24(1) of the *Charter* for the action of municipal police officers.

178. *Mackin v. New Brunswick (Minister of Finance)*; *Rice v. New Brunswick*, [2002] 1 S.C.R. 405, at para. 78 (Gonthier J., majority reasons). Justice Gonthier referred to *Welbridge Holdings Ltd. v. Greater Winnipeg*, [1971] S.C.R. 957 and *Central Canada Potash Co. v. Government of Saskatchewan*, [1979] 1 S.C.R. 42.

179. See *Ward*, *supra* note 171, at para. 41.

Finally, in order to exclude evidence pursuant to subsection 24(2), it must be established that, “having regard to all the circumstances”, the admission of such evidence would “bring the administration of justice into disrepute”. According to *Grant*, when performing this analysis, a court must “assess and balance the effect of admitting the evidence on society’s confidence in the justice system”, having regard to three factors: “the seriousness of the Charter-infringing state conduct”, “the impact of the breach on the Charter-protected interests of the accused”, and “society’s interest in the adjudication of the case on its merits”.¹⁸⁰

4.2. Of Quasi-Constitutional Rights

Quasi-constitutional statutes on human rights always are (except for the *Canadian Bill*) the basis of an implementation system comprising one or two specialized bodies: either a tribunal of the “direct access” model accompanied or not by a commission, or a commission combined with a jurisdictional body.

Human rights commissions are mandated to receive complaints from individuals or groups of individuals regarding violations of the rights protected by their respective empowering statute. They promote alternative forms of dispute resolution. Commissions’ mandate to defend human rights usually allows them to file complaints on their own initiative when the public interest requires it. Some commissions may give advisory opinions or issue declaratory judgments determining the discriminatory nature of an action or an omission.

Beyond a few minor differences, the complaint process is generally the same in every system composed of a commission combined with a jurisdictional body. The first step is the examination and investigation of the complaint by the Commission, during which mediation is encouraged between the parties. The Commission may, at this stage, dismiss a complaint on various grounds,

180. See majority reasons in *R. v. Grant*, [2009] 2 S.C.R. 353, at para. 71 (McLachlin and Charron JJ.), rewording the criteria of *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265.

in which case the complainant may apply to the jurisdictional body for a review of that decision. If the Commission determines that it is warranted by the situation, it transfers the complaint to that body.

These jurisdictional bodies, whether they are a tribunal, a panel of adjudicators, or a board of inquiry, are independent entities that deal with complaints referred to them, and with applications for review of the Commissions' decisions to dismiss complaints. If they agree with a complainant, they may command the other party to cease all violations of the complainant's rights, and order various corrective measures, such as indemnification or the granting of what was discriminatorily refused. The decisions of these bodies, which sometimes have a judicial tribunal status, are usually as binding and enforceable as a higher court's decision would be, but they are subject to appeal, or, failing that, to judicial review, in front of the superior or appellate court.

In most provinces, when a Commission transfers a complaint to a jurisdictional body, the Commission does not represent complainants before that body: its role is to represent the public interest in an objective manner. Some Commissions, however, may represent the complainant for all procedures.

In the "direct access" model, on the other hand, tribunals hear, in an adversarial process, the disputes that are brought before them by individuals alleging a violation of their rights.

Often, complainants are not prevented from seeking enforcement before the ordinary courts of law, and they may choose between the two procedural avenues.

Violation of the human rights statute is a penal offence in a majority of provinces and territories, while breach of an order rendered pursuant to it almost always is. Such an offence is punishable on summary conviction by way of monetary fine. In some provinces and territories, such as Yukon, however, only wilful obstruction or interference with a person acting under the authority

of the Act, retaliation or threat of retaliation, and report of false information to the Commission constitute penal offences.¹⁸¹

4.2.1. In Federal Law

As aforementioned in section 2.1.1 of this report, the *Canadian Act* established the Canadian Human Rights Commission (the “CHRC”) and the Canadian Human Rights Tribunal (the “CHRT”).

The CHRC has a dual mandate, since it also ensures compliance with the *Employment Equity Act*.¹⁸² It began its work in 1978, the year following the adoption of the *Canadian Act*.¹⁸³ It is currently chairing the International Coordinating Committee of National Institutions for the Promotion and Protection of Human Rights, within the United Nations. The CHRC renders between 600 and 2000 decisions each year.¹⁸⁴

A National Aboriginal Initiative was put in place in order to coordinate “Commission activities related to First Nations and Aboriginal issues”, and to “foster a dialogue on how to incorporate the unique context of First Nations communities into human rights protection mechanisms”.¹⁸⁵

When the CHRC considers that a complaint is justified and that the mediation process is not yielding any result, it refers the complaint to the CHRT. The CHRT then holds a hearing and renders a judgment. The CHRT is the only body that has express jurisdiction to determine if an action is discriminatory pursuant to the *Canadian Act*. The CHRC and CHRT’s decisions may be judi-

181. *HRA of the Yukon*, *supra* note 113, s. 29-32.

182. *Employment Equity Act*, S.C. 1995, c. 44.

183. See “About us: Our Mandate”, online: Canadian Human Rights Commission <<http://www.chrc-ccdp.ca/>> (Consulted on 17 March 2012).

184. See “Resolving Disputes: Tools and Resources”, online: Canadian Human Rights Commission <<http://www.chrc-ccdp.ca/>> (Consulted on 17 March 2012).

185. “Expanding Knowledge: National Aboriginal Initiative”, online: Canadian Human Rights Commission <<http://www.chrc-ccdp.ca/>> (Consulted on 17 March 2012).

cially reviewed by the Federal Court of Canada.¹⁸⁶ The CHRT usually renders between 40 and 65 decisions each year.¹⁸⁷

4.2.2. In Territorial Law

The *HRA of the N.T.* and the *HRA of the Yukon* both provide for a system composed of a commission combined with a jurisdictional body.¹⁸⁸ In Yukon, the latter is a panel of adjudicators, called a board of adjudication to hear the complaints.¹⁸⁹ In the Northwest Territories, it is an adjudication panel.¹⁹⁰

Any complaint relating to individuals or groups concerned by the *Indian Act* must, in Yukon, be referred to the Canadian Human Rights Commission. Some First Nations, however, are claiming exclusive jurisdiction over this matter by virtue of Chapter 13 of the Yukon self-government agreements. This claim is currently the subject of discussions between the Yukon Human Rights Commission, the Canadian Human Rights Commission and the First Nations.¹⁹¹

The *HRA of Nunavut*, for its part, has established the Nunavut Human Rights Tribunal (the "NHRT"), on the direct access model.¹⁹² In Nunavut, there is no commission mandated to conduct investigations for the complainants or to promote public awareness about human rights, and the NHRT has no staff whose function would be to investigate or to help complainants gather

186. See "About the CHRT: Jurisdiction – Canadian Human Rights Act", online: Canadian Human Rights Tribunal <<http://chrt-tcdp.gc.ca/>> (Consulted on 17 March 2012).

187. See "Tribunal Decisions", online: Canadian Human Rights Tribunal <<http://chrt-tcdp.gc.ca/>> (Consulted on 17 March 2012).

188. *HRA of the N.T.*, *supra* note 114, parts 3-5; *HRA of the Yukon*, *supra* note 113, parts 3-4.

189. *HRA of the Yukon*, *supra* note 113, s. 22 and ff.

190. *HRA of the N.T.*, *supra* note 114, s. 48.

191. See "About us: The Yukon Human Rights Commission", online: Yukon Human Rights Commission <<http://www.yhrc.yk.ca/>> (Consulted on 12 March 2012).

192. *HRA of Nunavut*, *supra* note 115, s. 16.

evidence. It is up to the parties to provide the NHRT with the relevant information, and it is on the sole basis of this information that the NHRT will render its judgment. At the time of this report, the NHRT, which receives about one application per month, has conducted only two hearings.¹⁹³

4.2.3. In Provincial Law

Except Ontario and British Columbia, all provinces chose a system composed of a commission combined with various jurisdictional bodies: the Saskatchewan Human Rights Tribunal, Alberta Human Rights Tribunals, the Manitoba Human Rights Board of Commissioners, the Labour and Employment Board appointed by the Minister to act as a Board of Inquiry in New Brunswick, Boards of Inquiry appointed by the Chief Adjudicator on the request of the Chairperson of the Commission in Newfoundland and Labrador, Boards of Inquiry appointed by the Chief Judge of the Provincial Court of Nova Scotia, and Human Rights Panels consisting of one or more Commissioners of the Prince Edward Island Human Rights Commission.

Ontario and British Columbia substituted a direct access system for their prior commission system. In British Columbia, parties apply to the Human Rights Tribunal by way of complaint. The tribunal offers mediation in order to resolve their dispute. It holds a hearing only in the event of failure in the mediation process.¹⁹⁴ In the absence of a commission, a minister of the government is responsible to develop promotion and awareness programs for the public. A non-profit organization, the British Columbia Human Rights Coalition, was formed to overcome the lack of a commission. It promotes human rights and helps individuals to file their complaints before the tribunal.¹⁹⁵ Ontario's system, for its

193. See "Decisions of the Nunavut Human Rights Tribunal", online: Nunavut Human Rights Tribunal <<http://www.nhrt.ca/>> (Consulted on 13 March 2012).

194. *Human Rights Code*, R.S.B.C. 1996, c. 210, s. 30.

195. See "About us", online: The B.C. Human Rights Coalition, Your Rights to Know <<http://www.bchrcoalition.org/>> (Consulted on 17 March 2012).

part, includes, since 2008, the Ontario Human Rights Commission and a direct access tribunal, the Human Rights Tribunal of Ontario.¹⁹⁶ Complaints must be filed directly to the tribunal, by way of application. The Commission's mandate, since 2008, is "to promote, protect and advance human rights through research, education and policy development",¹⁹⁷ and it is no longer involved in the complaint or investigation process.

Quebec is among the provinces that adopted a commission based system. The *Quebec Charter* is thus implemented and enforced, in addition to the judicial courts, by the *Commission des droits de la personne et de la jeunesse* (the "CDPDJ") established by its Part II, and by the Quebec Human Rights Tribunal (the "QHRT") established by its Part VI, which came into force in 1990. The CDPDJ ensures the promotion and protection of the rights protected by the *Quebec Charter*, and of the children rights protected by the *Youth Protection Act*¹⁹⁸ (the "YPA") and the *Youth Criminal Justice Act*.¹⁹⁹ It is also responsible for the application of the *Act respecting equal access to employment in public bodies*.²⁰⁰ The CDPDJ fulfills all the usual mandates devoted to a human rights commission, as described above. When it identifies circumstances that could foster discrimination, it is competent to implement employment equity programs and affirmative action programs to remedy the situation.²⁰¹ It is empowered to investigate any situation where it has reasons to believe that equality rights or children's rights have been violated, whether upon an application or on its own initiative. It must provide assistance in filing complaints to individuals, groups and organizations.²⁰²

196. *An Act to amend the Human Rights Code*, S.O. 2006, c. 30.

197. See Ontario Human Rights Commission, online: <<http://www.ohrc.on.ca/>> (Consulted on 17 March 2012).

198. *Youth Protection Act*, R.S.Q. c. P-34.1.

199. *Youth Criminal Justice Act*, S.C. 2002, c. 1.

200. *An Act respecting equal access to employment in public bodies*, R.S.Q. c. A-2.01.

201. *Quebec Charter*, *supra* note 137, s. 86 and ff.

202. *Id.*, s. 72.

The filing of a complaint to the CDPDJ or the beginning of an investigation stay the limitation period of any civil suit relating to the same facts.²⁰³ In all cases, the CDPDJ investigates and encourages mediation between the parties. It can refuse to act on various grounds, including in the case of a frivolous or vexatious complaint and in the case of impossibility to gather sufficient evidence. Such a dismissal must be rendered in a written decision explaining to the complainant the other recourses at his disposition, if applicable.²⁰⁴ If the complaint is neither dismissed nor settled in mediation, the CDPDJ has the discretion to decide if it will be deferred to the QHRT or to an adjudicator.

The QHRT is a “specialized, autonomous and independent judicial Tribunal [that] has as its mandate to hear and decide disputes in the areas of discrimination, harassment, exploitation of the elderly and of handicapped persons, and affirmative action programs”.²⁰⁵ Its creation was meant to optimize the accessibility and efficiency of Quebec’s human rights jurisdictional process, by allotting the adjudication of complaints to a specialized body.²⁰⁶ The QHRT does not function on the direct access model. Complainants must, therefore, file their complaint with the CDPDJ first.²⁰⁷ If the latter decides to bring the case to the QHRT, it will act as the representative of the complainant,²⁰⁸ in contrast to the vast majority of commissions, which only stand for public interest. If the CDPDJ concludes instead that the complaint should not be referred to a tribunal, the *Quebec Charter* provides that the complainant may still take it to the QHRT, at his or her own expense,²⁰⁹ but it is settled case law that the QHRT shall be validly

203. *Id.*, s. 76.

204. *Id.*, s. 77-78.

205. See “The Human Rights Tribunal”, online: The Courts of Quebec <<http://www.tribunaux.qc.ca/>> (Consulted on 22 March 2012).

206. See “About the Tribunal: History”, online: The Courts of Quebec <<http://www.tribunaux.qc.ca/>> (Consulted on 22 March 2012).

207. *Quebec Charter*, *supra* note 137, s. 74 and 111, at para. 2.

208. *Id.*, s. 80.

209. *Id.*, s. 84.

seized if, and only if, the CDPDJ was nonetheless of the opinion that it had some merit.²¹⁰

The QHRT holds a hearing of the complaint. If it rules that there was an unlawful violation of a right protected by the *Quebec Charter*, it can order any remedy relating to the cessation of such violation and compensation for the injury resulting therefrom. No maximum is set for these damages. If the violation was intentional, punitive damages may also be awarded.²¹¹ This decision can be appealed to the Quebec Court of Appeal, on permission of one of its judges.²¹²

The CDPDJ is also vested with the power to investigate acts or attempts of retaliation, as well as other breaches of the *Quebec Charter*, and to report them to the Attorney General and to the Director of Criminal and Penal Prosecutions.²¹³ Violating the prohibition of discrimination of sections 10 to 19, or the prohibition of exploitation of the elderly and the disabled of section 48 constitutes a penal offence.²¹⁴ This is also the case with the taking of reprisals, and the obstruction of the work of the CDPDJ or of one of its member. The CDPDJ has jurisdiction to prosecute on its own initiative.²¹⁵

CONCLUSION

Even if quasi-constitutional protection of human rights has been a reality for a few decades already, their codification into the supreme law of Canada in 1982 proved to be a significant step forward. The benefits of quasi-constitutional protection mainly concentrated in the field of private law relations. As the Supreme Court's jurisprudence relating to the *Charter* developed, the pro-

210. *Hajjage v. McGill University*, 2012 QCCA 1272 (CanLII); *Ménard v. Rivet*, 1997 QCCA 9973 (CanLII).

211. *Id.*, s. 49.

212. *Id.*, s. 132.

213. *Id.*, s. 71(9).

214. *Id.*, s. 134.

215. *Id.*, s. 136.

tection of the person against the action of the state, including the legislator, increased noticeably. This is particularly true for the fundamental freedoms of expression and religion, and for the legal rights. The picture is more mixed, however, regarding democratic rights. In contrast with the liberal interpretation of universal suffrage that led it to deem unjustified the privation of the right to vote of inmates serving a sentence of imprisonment of two years or more²¹⁶, the Supreme Court refused to recognize the principle of equal suffrage, by preferring an ambiguous notion of right to “effective representation”²¹⁷. This notion nevertheless contributed, through its interactions with the electoral equal opportunity principle, to the highest court holding that requiring all political parties to present candidates in at least 50 electoral ridings in order to be allowed to register under the election law was unconstitutional. It must be understood that registration procured some benefits, including, apart from financial and fiscal benefits, to have the name of the party appear on the ballots next to the candidates’ names.²¹⁸

The constitutional *Charter* does not protect economic and social rights *per se*, which, in addition, are often weakly protected by flexible constitutional law.²¹⁹ Indirect formal constitutional protection of union rights pursuant to the freedom of association granted by paragraph 2(d) of the *Charter* might be conceivable, but the Supreme Court’s case law on this matter could hardly be more unstable.²²⁰ A secondary route that could be taken by economic rights to accede to the supreme law is that of the right to security of the person under section 7. The Supreme Court, however, while theoretically leaving the door ajar for that possibility, tightly closed it in practice.²²¹

216. *Sauvé v. Canada (Chief Electoral Officer)*, [2002] 3 S.C.R. 519.

217. *Reference re Provincial Electoral Boundaries (Sask.)*, [1991] 2 S.C.R. 158.

218. *Figueroa v. Canada (A.G.)*, [2003] 1 S.C.R. 912.

219. On this matter, see P. BOSSET & L. LAMARCHE, *supra* note 147.

220. *Supra* note 81, and its corresponding text.

221. *Gosselin*, *supra* note 88, at para. 81-83.

Section one of the *Charter*, which allows the state to justify, under some conditions, the restriction of a right or freedom protected by the *Charter*, leaves a margin of appreciation as wide as that recognized by the main national and supranational human rights jurisdiction. The Supreme Court's decision in *R. v. Oakes* generated a phenomenon of cross-fertilisation of the jurisprudence.²²² Section 33 of the *Charter*, which permits the suspension of some guarantees, has practically never been used, except by Quebec, which, indeed, never consented to the 1982 constitutional revision, and made extensive use of section 33 until 1993.²²³

Part II of the C.A. 1982, relating to special rights of Aboriginal peoples, had huge systemic repercussions, even if this field of state relations with the First Nations revealed some limitations. While Native Peoples have won some disputes about their aboriginal or treaty rights to engage in certain activities, the case law relating to the aboriginal title limited itself to better defining the issues in order to invite the state to a little more good will in its efforts to settle aboriginal title claims out of court by entering into

222. M. DESCHAMPS, M. ST-HILAIRE & P. GEMSON, *supra* note 85.

223. Saskatchewan used Section 33 in order to protect a back-to-work legislation (*The SGEU Dispute Settlement Act*, S.S. 1984-85-86, c. 111, s. 9) and to neutralize the effects of a decision of the Saskatchewan Court of Appeal that deemed the statute to be a breach of freedom of association. The Supreme Court finally ruled in favor of the province, making this suspension of rights useless. Alberta planned to use Section 33 in its Bill 26 of 1998. The derogation would have allowed to limit the indemnity payable to victims of a provincial program of sterilization. Public opposition, however, forced the government to back away. In 2000, in reaction to *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3, that held that the law should give the same benefits to *de facto* spouses than to other spouses, the Albertan legislator used Section 33 to protect a statute providing that marriage could only be celebrated between a man and a woman. The Alberta *Marriage Act*, R.S.A. 2000, c. M-5, still provides at its paragraph 1(c) that " 'marriage' means a marriage between a man and a woman". Its paragraph 2(a), however, that provided that "[t]his Act operates notwithstanding (a) the provisions of sections 2 and 7 to 15 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms", ceased to have effects on 23 March 2005, five years after its coming into force, as provided for by Section 33.

treaties.²²⁴ The fairness of the national treaties negotiation process, however, is seriously questioned by experts, and is currently under review by the Inter-American Commission on Human Rights.²²⁵ The Supreme Court's continued hesitance on how to conceive the relation between the Charter's individuals rights and freedoms and Part II of the C.A. 1982's Aboriginal peoples special rights, revealed by the aforementioned dissenting and concurring reasons, is also a source of concern. It is hoped, at least by us, that when the issue will truly arise in front of the Supreme Court, it will choose the approach suggested by Justice Deschamps in *Beckman* over the one suggested by Justice Bastarache in *Kapp*.²²⁶

The Canadian human rights system is very easy to implement through litigation. This can probably be explained, on the one hand, by the coexistence of commissions²²⁷ and specialized tribunals responsible for the application of quasi-constitutional statutes, and on the other, by the decentralized nature of constitutional review. This is only true on the strictly legal level, however, and financial accessibility to justice is another issue. The 2011 edition of the *Rule of Law Index* published by the World Justice Project gave Canada a 76% grade regarding accessibility to criminal justice, and 66% regarding accessibility to civil justice. This places Canada at the 10th and 16th rank, respectively, on a total of 66 ranked countries.²²⁸ Among countries with an equivalent level of revenues, Canada was still 10th and 16th on a total of 23. It

224. On this matter, see Sylvette GUILLEMARD & Maxime ST-HILAIRE, 1982-2001. Vingt ans de grands arrêts de la Cour suprême du Canada : 45 décisions choisies, présentées et commentées, Wilson & Lafleur, 2002, at 170-176.

225. *Hul'qumi'num Treaty Group v. Canada*, Inter-Am. C.H.R. n° 592/07, admissibility decision of 30 October 2009, online: <www.htg-humanrights.bc.ca/petition%20592-07.pdf>.

226. *Supra* note 96, and its corresponding text.

227. They are also responsible for non contentious implementation of human rights and freedoms, including promotion.

228. World Justice Project, *Rule of Law Index 2011* at 14, online: The World Justice Project <<http://worldjusticeproject.org/rule-of-law-index/>> (Consulted on 2 April 2012).

needs to be pointed out, however, that one of the criteria of this index is the accessibility to “informal justice”.

RDUS

Revue de DROIT
UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : L'INFLUENCE DU JUGE BASTARACHE DANS LES AFFAIRES DE
DROIT LINGUISTIQUE À LA COUR SUPRÊME DU CANADA

Auteur(s) : Gaétan MIGNEAULT

Revue : RDUS, 2012, volume 42, numéro 3

Pages : 571-628

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/10281>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/10281>

Page vide laissée intentionnellement.

L'INFLUENCE DU JUGE BASTARACHE DANS LES AFFAIRES DE DROIT LINGUISTIQUE À LA COUR SUPRÊME DU CANADA

par Gaétan MIGNEAULT*

La majeure partie de la carrière de Me Michel Bastarache, avant son accession à la magistrature en 1995, a été consacrée à la défense des droits des minorités linguistiques. Il fut aussi un acteur principal pour l'intégration de la langue française à la pratique du droit dans les provinces de common law, dont le Nouveau-Brunswick. Son implication s'est faite auprès des deux paliers gouvernementaux, des barreaux provinciaux, des établissements d'enseignement et au sein d'organismes des minorités linguistiques. Il a constamment fait la promotion de l'idéologie universelle et égalitaire des protections linguistiques, de leur caractère collectif et d'un rôle judiciaire accru dans leur réalisation. Son intérêt pour les droits linguistiques s'est poursuivi suite à sa nomination à la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick (1995) puis à la Cour suprême du Canada (1997). Les positions prises au long de sa carrière colorent les motifs qu'il a produits en matière linguistique. Cependant, son influence dans le domaine demeure tributaire des prononcés rendus par les formations antérieures et, en ce sens, ses motifs ne se démarquent pas substantiellement de ses prédécesseurs. Son talon d'Achille se retrouve dans ses motifs de Charlebois (2005) où, incapable de rallier une majorité de la Cour, il aurait transformé l'interprétation de la Loi sur les langues officielles (du Nouveau-Brunswick).

An important aspect of the career of Me Michel Bastarache, prior to his being called to the bench in 1995, has been dedicated to the advancement of the rights of linguistic minorities. He has also played an important role integrating the French language into the practice of law in New Brunswick as well as in the other common law provinces. His involvement has included both levels of government, various provincial bars, educational institutions and organizations regrouping linguistic minorities. He has consistently promoted the universal and egalitarian ideals inherent in linguistic guarantees, their collective character and a greater role for the judiciary in their implementation. His interest relating to language rights continued following his appointment to the New Brunswick Court of Appeal in 1995 and his elevation to the Supreme Court of Canada in 1997. The positions taken in the course of his career have colored his reasoning in matters of linguistic rights. However, his influence in this field has remained dependent upon precedents rendered by previous panels and accordingly, his reasons for judgment have not substantially deviated from those of his predecessors. His Achilles' heel may be found in his analysis in Charlebois [2005], where, unable to write for the majority of the Court, he was powerless to alter the interpretation of the Official Languages Act (of New Brunswick).

*. L'auteur est membre praticien du Barreau du Nouveau-Brunswick. Il remercie Me Pierre Ouellette, Me Julie Richard-Gorman, Me Maya Hamou et les évaluateurs anonymes de la revue pour leurs commentaires sur une version préliminaire de l'article. Le contenu demeure toutefois son entière responsabilité.

SOMMAIRE

Introduction	573
Sa carrière	576
Ses penchants idéologiques	584
i) <i>Une protection à caractère universel et égalitaire...</i>	584
ii) <i>Une approche collectiviste</i>	586
iii) <i>Un rôle judiciaire accru</i>	589
Son influence sur la jurisprudence en droit linguistique	591
i) <i>Évaluation quantitative de la participation du juge Bastarache</i>	592
ii) <i>Évaluation qualitative de la participation du juge Bastarache</i>	597
a) <i>Renvoi relatif à la sécession du Québec (1998)</i>	598
b) <i>R c. Beaulac (1999)</i>	601
c) <i>Arsenault-Cameron c. Île-du-Prince-Édouard (2000)</i>	605
d) <i>R c. Mac (2002) et R c. Daoust (2004)</i>	608
e) <i>Charlebois c. Saint-Jean (2005)</i>	610
f) <i>Forum des maires de la Péninsule acadienne (2005)</i>	617
g) <i>SAANB c. GRC (2008)</i>	618
Conclusion	621
Tableau 1	624
Tableau 2	626
Tableau 3	627

Introduction

La plupart des étudiants et des praticiens en droit linguistique connaissent les travaux de l'honorable juge Bastarache. Il fut impliqué en la matière tout au long de sa carrière et y a produit une quantité importante d'ouvrages. En guise de synthèse, je propose cette analyse quant à son influence sur la jurisprudence de la Cour suprême du Canada dans le domaine. Sans vouloir minimiser son engagement et son érudition envers une cause lui tenant évidemment à cœur, peu de motifs autoritaires écrits de sa plume ont dévié substantiellement des prononcés rendus par ses prédécesseurs. Son pouvoir de persuasion a surtout résidé dans sa capacité de saisir au vol divers concepts pour les rattacher aux questions linguistiques soumises au tribunal. En fait, ses prononcés sur la liberté d'association et la négociation collective¹ peuvent se qualifier de plus avant-gardistes, à mon avis, que ceux en droit linguistique.

Il faut admettre que la personne du juge Bastarache n'a pas toujours fait unanimité². C'est sûrement dû en partie à sa propre analyse critique de la position de ses prédécesseurs³. Homme de principes d'abord, il s'est prononcé sans ambages contre des arguments perçus comme contraires à ses convictions. En

-
1. L'arrêt *Health Services and Support – Facilities Subsector Bargaining Assn c. Colombie-Britannique*, [2007] 2 R.C.S. 391, a renversé un courant jurisprudentiel en invoquant notamment des précédents établis par le juge Bastarache dans des affaires où il a rallié une majorité de la cour : *Delisle c. Canada (Sous-procureur général)*, [1999] 2 R.C.S. 989; *Dunmore c. Ontario (PG)*, [2001] 3 R.C.S. 1016.
 2. Michel HÉLIE, « Michel Bastarache's Language Rights Legacy » (2009) 47 SCLR (2nd) 377, p. 407; Rosaire MORIN, « Regards sur l'actualité », *L'Action nationale*, vol 88, n° 1 (janvier 1998), 95 pp. 105-106.
 3. Voir Cristin SCHMITZ, « Bastarache explains dissents in one-third of SCC decisions », *The Lawyers Weekly*, vol. 20, n° 34 (19 janvier 2001), 17 [Schmitz, « Bastarache »]; « SCC wrong forum for native land claims: Bastarache », *The Lawyers Weekly*, vol. 20, n° 34 (19 janvier 2001), 20; « Bastarache's candid comments bring both high praise and condemnation », *The Lawyers Weekly*, vol 20, n° 36 (2 février 2001); John JAFFEY, « Judicial Council rejects 2 complaints over Bastarache interview comments », *The Lawyers Weekly*, vol. 20, n° 44 (30 mars 2001).

revanche, certains n'ont pas hésité à mettre en cause son impartialité sur les enjeux linguistiques⁴. D'autres sont allés jusqu'à questionner son intégrité intellectuelle en la matière, lui attribuant une volonté d'accomplir ses visées de progression et d'avancement sans égard aux circonstances⁵. Ceci pour dire que les opinions sur ceux défendant les droits linguistiques peuvent être aussi partagées que celles sur le débat de fond lui-même.

Le texte suivant remet dans leur contexte les prononcés du juge Bastarache en droit linguistique. À cette fin, un bref survol de sa carrière et de ses penchants idéologiques avant son accession à la magistrature sont présentés. Ceci fait mieux comprendre l'origine des positions prises dans ce domaine telles que révélées par une analyse des motifs produits lors de son séjour à la Cour suprême du Canada. Dans son contexte, son œuvre paraît moins controversée et davantage comme une application naturelle du droit formulé par ses prédécesseurs, depuis le comité judiciaire du Conseil privé de Londres. Il est alors plus facile d'évaluer son influence sur cette jurisprudence. Malgré une préférence pour la dimension égalitaire et collective des protections linguistiques, ceci n'a pas entraîné une révision des principaux concepts idéologiques en la matière.

Pour les fins de ce travail, l'influence se définit comme la capacité du magistrat de faire jurisprudence autour d'un concept juridique novateur. L'application mécanique de principes déjà établis pose habituellement peu de défis. Au même titre, une opinion dissidente peut formuler des idées entérinées par des formations ultérieures, mais de son temps, son auteur n'a pas été en mesure d'y rallier un quorum pour leur donner valeur de précédent. Leur adoption subséquente peut, en fait, dépendre

-
4. Voir notamment *Arsenault-Cameron c. Île-du-Prince-Édouard*, [1999] 3 R.C.S. 851.
 5. Voir Jacques POTRAS, *The Right Fight: Bernard Lord and the Conservative Dilemma*, Fredericton, Goose Lane Editions, 2004, pp. 104-106. Pour une critique plus modérée, voir C. Michael MACMILLAN, *The Practice of Language Rights in Canada*, Toronto, University of Toronto Press, 1998, pp. 150-151.

davantage de l'influence de l'individu réussissant à s'exprimer au nom de la cour que de la force du concept initial. Par conséquent, l'influence du juge Bastarache est mesurée à l'aide d'une comparaison quantitative de sa participation aux jugements et une analyse qualitative de ses motifs. Le nombre de décisions en la matière étant faible, tout test statistique n'ajouterait pas substantiellement à la valeur du travail, mais il serait difficile d'atteindre l'objectif fixé sans une pondération de l'activité judiciaire. À ce titre, ses taux de participation aux prononcés et aux opinions majoritaires sont décrits et pour mieux en apprécier l'impact, ils sont exposés dans une perspective élargie, incluant l'ensemble des jugements en la matière. Cette partie est importante pour offrir une mesure objective (consistante et uniforme) de l'influence et pour éviter une vision télescopique du sujet étudié.

Cependant, une mesure purement quantitative ne tiendrait pas compte adéquatement de la valeur des motifs produits et serait ainsi incomplète. L'archétype du juge influent est sûrement celui qui renverse d'un seul trait un courant jurisprudentiel bien établi mais ces cas sont plutôt rares. La réforme du droit se fait, la plupart du temps, graduellement et il faut pouvoir tenir compte de ce facteur dans une évaluation de ce genre. L'analyse qualitative permet ainsi d'évaluer le caractère novateur des arguments présentés. Ceci peut seulement se faire en replaçant les motifs actuels dans le contexte des prononcés précédents sur une matière. Le magistrat s'écartant notablement d'une philosophie ancrée en y ralliant une majorité de ses compères peut être qualifié de plus influent que celui répétant ses prédécesseurs sans rien y ajouter. Il est par conséquent important d'éviter une vision télescopique gonflant artificiellement la contribution du sujet étudié en excluant le contexte dans lequel une opinion est formulée. Auparavant toutefois, il importe de considérer brièvement les origines du juriste.

Sa carrière

Sans entrer dans tous les détails, il est possible et utile de retracer les grandes lignes de la carrière du juge Bastarache avant son accession à la magistrature. Après son diplôme en droit civil de l'Université de Montréal, en 1970, il a participé à la traduction du recueil des lois⁶ commandée par la *Loi sur les langues officielles du Nouveau-Brunswick*⁷. À cet égard, il a côtoyé d'autres juristes francophones impliqués dans l'avancement des droits linguistiques dans la province⁸. Cette expérience le disposait sûrement à pleinement apprécier la notion d'équivalence de concepts juridiques en français et en anglais et leur interaction dans les lois. En ce sens, ce séjour permet d'expliquer l'importance que le juriste a attribuée à l'interprétation croisée dans ses motifs rendus à la Cour suprême du Canada.

Il a aussi fait ses armes tôt dans le mouvement associatif acadien. Notamment, à la suite de son séjour dans la capitale provinciale, il fut président de la Société nationale des Acadiens (SNA) de 1974 à 1977, après en avoir été le secrétaire général en 1973⁹. Étant l'un des plus anciens regroupements francophones des provinces maritimes, son existence remontant aux premières conventions nationales (1880-1890), l'organisme se dévoue à la défense des intérêts de la communauté minoritaire. Sous sa présidence, la structure de l'institution a été réformée selon une formule fédérative. Ses seuls membres devenaient alors la Société Saint-Thomas d'Aquin de l'Île-du-Prince-Édouard, la Fédération acadienne de la Nouvelle-Écosse et la Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick¹⁰. Un parallèle intéressant peut être tracé

6. Andrew GRAY et Eleni YIANNAKIS, « Language, Culture and Interpretation: An Interview with Mr. Justice Michel Bastarache », (2000) 58 U of T Fac L Rev 73, pp. 75-76.

7. LNB 1969, ch. 14, art. 7 [LLO 1969].

8. Nouveau-Brunswick, Assemblée législative, *Journal des débats (Hansard)*, 1 (8 avril 1981) p. 608 (Joseph Z. Daigle); R c. Voisine, [1984], 57 RNB (2^e) 38, par. 10-29 (CBR).

9. Maurice BASQUE et Éric SNOW, *La Société nationale de l'Acadie*, Moncton, Éditions de la Francophonie, 2006, pp. 163-167 et 242.

10. *Id.*, p. 167.

entre cette expérience et son avis exprimé en 2001 par rapport à la liberté d'association :

À mon avis, la notion même d'« association » reconnaît les différences qualitatives entre individu et collectivité. [...] Le même raisonnement s'applique, mais d'une façon limitée, à la liberté syndicale : étant donné que les besoins et priorités des syndicats tendent à se distinguer de ceux de leurs membres individuels, ils ne peuvent fonctionner si la loi protège exclusivement ce qui pourrait être des « activités licites d'un individu ». La loi doit plutôt reconnaître que certaines activités syndicales – les revendications collectives auprès de l'employeur, l'adoption d'une plate-forme politique majoritaire, le regroupement en fédérations syndicales – peuvent être au cœur de la liberté d'association même si elles ne peuvent exister au niveau individuel. [...] Cela veut dire simplement que certaines activités collectives doivent être reconnues pour que la liberté de constituer et de maintenir une association ait un sens¹¹.

La SNA opère en vertu de cette formule fédérative, encore aujourd'hui, bien que d'autres membres corporatifs se soient ajoutés depuis¹². Il ne faut pas confondre cette institution à la Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick qui a vu le jour en 1972. Le juge Bastarache fut également impliqué auprès d'autres organismes de la minorité, dont la Fédération des francophones hors Québec, peu après sa mise sur pied en 1975¹³, puis Assomption-Vie où il a agi à titre de vice-président¹⁴ puis président de 1989 à 1994¹⁵.

11. *Dunmore, préc.*, note 1, par. 17; les soulignés sont ajoutés.

12. *Basque et Snow, préc.*, note 9, p. 179.

13. *Id.*, p. 234.

14. Voir Michel BASTARACHE, « Le point de vue d'un Acadien sur la crise constitutionnelle », *L'Action nationale*, vol 67, n^{os} 3-4 (1997), 193 p. 193 [Bastarache, « point de vue »]; GRAY et YIANNAKIS, *préc.*, note 6, p. 76.

15. Donald POIRIER, « Le rôle des universitaires dans le développement de la common law en français » (2001) 42 C de D 571, p. 592.

Après son séjour à la présidence de la SNA, il s'est joint, en juillet 1978, au premier corps professoral de l'école de droit établie à l'Université de Moncton¹⁶. Il en est devenu le doyen de 1980 jusqu'à la fin juin 1983 dans des conditions jugées difficiles¹⁷. En tant que membre facultaire, renforcé sûrement par l'expérience acquise dans la traduction des lois provinciales, il a participé à la préparation de lexiques en français pour les principaux domaines de la common law¹⁸, sans oublier sa contribution à la production d'un précis du droit des biens réels¹⁹. Il a aussi siégé au comité du Barreau pour l'intégration des langues officielles à la pratique du droit²⁰. Il a donc participé au premier plan de l'effort de francisation de la common law au Nouveau-Brunswick.

Il occupait toujours ses fonctions à l'école de droit lorsque le Conseil des ministres du gouvernement du Nouveau-Brunswick a adopté une directive, le 26 juin 1980, mandatant une étude de la *LLO 1969*²¹. Le groupe chargé de cette responsabilité était composé de Bernard Poirier, son président, d'un fonctionnaire, Martin Thériault, et de deux professeurs de droit, M^e Michel

-
16. Jacques VANDERLINDEN, *Genèse et jeunesse d'une institution : l'école de droit de l'Université de Moncton*, Moncton, Université de Moncton, 1998, p. 53; POIRIER, *id.*, p. 574; Pierre PATENAUE, « The Université de Moncton's Common Law School: A Unique Experience », (1980) 6 *Dalhousie LJ* 390, p. 392.
 17. VANDERLINDEN, *id.*, pp. 78-80.
 18. Michel BASTARACHE, Gérard SNOW et D.G. REED, *Vocabulaire de la common law – Procédure civile – Preuve* (tome 3), Moncton, Centre universitaire de Moncton, 1983; Michel BASTARACHE, « Teaching the Common Law in the French Language », (1983) 7 *Dalhousie LJ* 348, p. 350 [Bastarache, « teaching »]; POIRIER, préc., note 15, p. 575; PATENAUE, préc., note 16, p. 394.
 19. Michel BASTARACHE et Andréa BOUDREAU OUELLET, *Précis du droit des biens réels*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1993.
 20. Comité sur l'intégration des langues officielles à la pratique du droit, *Rapport final*, Fredericton, Barreau du Nouveau-Brunswick, 1981. Voir aussi Michel BASTARACHE, « La situation du français dans les tribunaux du Nouveau-Brunswick : dix-sept ans après l'ouverture de l'École de droit », (1997) 1 *RCLF* 263, p. 271. [Bastarache, « tribunaux »]; BASTARACHE, « teaching », préc., note 18, pp. 350-351.
 21. Préc., note 7, reproduite dans LRNB 1973, ch. O-1.

Bastarache et Me Robert Kerr²². À la page 20 du rapport, la contribution de notre sujet est décrite :

Monsieur Bastarache a accepté de coordonner les travaux et de rédiger le rapport du groupe d'étude. Il a assumé, de même que Monsieur Kerr[,] la responsabilité de recherches particulières; un certain nombre d'autres recherches ont aussi été embauchés [sic] à forfait²³.

Le rapport fut remis au premier ministre le 31 mars 1982, pour ensuite fonder des consultations extensives de 1984 à 1986²⁴. Il proposait une réorganisation administrative des services publics provinciaux et ses critiques furent très partagées. Mieux connu sous le nom de *Rapport Poirier-Bastarache*, il fut éventuellement placé sur les tablettes, mais non sans avoir créé beaucoup de remous²⁵. La notion de bilinguisme institutionnel formulée dans l'ouvrage est revenue régulièrement par la suite, avant et après sa nomination à la plus haute instance judiciaire canadienne.

Auteur et chercheur prolifiques, il a publié et contribué à de nombreux travaux à caractère juridique²⁶. Activiste, il a suivi et

22. Voir Direction des langues officielles, *Vers l'égalité des langues officielles au Nouveau-Brunswick*, Fredericton, Gouvernement du Nouveau-Brunswick, 1982, p. 19. [*Rapport Poirier-Bastarache*]; VANDERLINDEN, préc., note 16, p. 146.

23. *Rapport Poirier-Bastarache*, id., p. 20.

24. Voir Gaétan MIGNEAULT, « La progression des droits linguistiques au Nouveau-Brunswick dans une perspective historique globale », (2007) 52 RD McGill 83, pp. 114-115. [Migneault, « progression »].

25. Il fut aussi à la source d'un amendement à la *Loi sur les assurances*, LRNB 1973, ch. I-12 : *Loi modifiant la Loi sur les assurances*, LNB 1982, ch. 32, art. 1; Migneault, « progression », id., pp. 111-112.

26. Voir Michel BASTARACHE, « Droits linguistiques et culturels des Acadiens de 1713 à nos jours », dans *Les Acadiens des Maritimes*, sous la direction de Jean Daigle, Moncton, Centre d'études acadiennes, 1980, 371 [Bastarache, « Acadiens »]; « L'interprétation judiciaire des garanties linguistiques : un tour d'horizon », (1986) 17 *Égalité : Revue acadienne d'analyse politique* 137; « Bilinguisme et le système judiciaire » et « Le principe d'égalité des langues officielles », dans *Les droits linguistiques au Canada*, sous la direction de Michel Bastarache, Montréal, Éditions Yvon

débatu plusieurs projets d'un intérêt particulier pour la minorité francophone du Nouveau-Brunswick : on peut mentionner le rapatriement de la Constitution²⁷, l'adoption de la loi 88²⁸ (*Loi reconnaissant l'égalité des deux communautés linguistiques officielles au Nouveau-Brunswick*²⁹) ou encore les ententes du lac

Blais, 1986, 119 et 499; « Les droits linguistiques dans le domaine scolaire : Guide d'interprétation de l'article 23 de la *Charte canadienne des droits et libertés* » (1986) 19 *Égalité : Revue acadienne d'analyse politique* 147; « Dualité canadienne, spécificité du Québec : contradiction ou complémentarité? » (1987-1988) 22 *Égalité : Revue acadienne d'analyse politique* 39 [Bastarache, « dualité canadienne »]; « Les droits scolaires des minorités linguistiques provinciales : l'article 23 de la *Charte canadienne des droits et libertés* », dans *Charte canadienne des droits et libertés* (2^e éd.), sous la direction de Gérard-A. Beaudoin et Edward Ratushny, Montréal, Wilson & Lafleur, 1989, 757; « Language Rights in the Supreme Court of Canada: the Perspective of Chief Justice Dickson » (1991) 20 Man LJ 392 [Bastarache, « Dickson »]; « Le principe d'égalité des langues officielles », dans *Vers un aménagement linguistique de l'Acadie du Nouveau-Brunswick : Actes du symposium de Moncton* (3, 4 et 5 mai 1990), sous la direction de Catherine Phlipponneau, Moncton, Centre de recherche en linguistique appliquée, 1991, 37 [Bastarache, « principe d'égalité »]. Voir aussi Michel BASTARACHE et Michel SAINT-LOUIS, « De l'égalité formelle à l'égalité réelle entre les deux communautés linguistiques du Nouveau-Brunswick » (1982) 7 *Égalité : Revue acadienne d'analyse politique* 15; André TREMBLAY et Michel BASTARACHE, « Les droits linguistiques », dans *Charte canadienne des droits et libertés* (2^e éd.), sous la direction de Gérard-A. Beaudoin et Edward Ratushny, Montréal, Wilson & Lafleur, 1989, p. 721; Michel BASTARACHE et Andréa BOUDREAU OUELLET, « Droits linguistiques et culturels des Acadiens et des Acadiennes de 1713 à nos jours », dans *L'Acadie des Maritimes*, sous la direction de Jean Daigle, Moncton, Chaire d'études acadiennes, 1993, 385; BASTARACHE et BOUDREAU OUELLET, préc., note 19.

27. Michel BASTARACHE, « Dualism and Equality in the New Constitution », (1981) 30 RD UNB 27 (une version française de cet article paraît dans Mourad Ali-Khodja et Annette Boudreau, *Lectures de l'Acadie : une anthologie de textes en sciences humaines et sociales, 1960-1994*, Montréal, Éditions Fides, 2009, 419 [Bastarache, « dualisme »]); BASTARACHE, « point de vue », préc., note 14; POIRIER, préc., note 15, pp 585-586.
28. Michel BASTARACHE, « La valeur juridique du projet de loi reconnaissant l'égalité des deux communautés linguistiques officielles au Nouveau-Brunswick » (1981) 22 C de D 455 [Bastarache, « loi 88 »].
29. LNB 1981, ch. O-0.1

Meech et de Charlottetown³⁰. Il y a joué différents rôles, outre celui d'observateur. Notamment, il fut un « inspirateur et architecte »³¹ de la loi 88³²; il fut aussi consulté par le Comité spécial de l'Assemblée législative sur l'*Accord constitutionnel de 1987*³³ et par la Commission du Nouveau-Brunswick sur le fédéralisme canadien³⁴. Il a en plus coprésidé le comité national du « Oui » lors du référendum de 1992³⁵. Avocat, il a comparu en cour, dont à la Cour suprême du Canada, pour représenter divers organismes francophones. Parmi ses clients, on compte l'Association canadienne-française de l'Alberta³⁶, l'Association culturelle franco-canadienne de la Saskatchewan³⁷, le Comité de parents pour l'éducation en français³⁸, la Commission nationale des parents francophones³⁹, le Conseil d'éducation de langue française du comté de Simcoe (en Ontario)⁴⁰, le Conseil scolaire n° 32 (au Nouveau-Brunswick)⁴¹, le Conseil scolaire francophone d'Ottawa-

-
30. Michel BASTARACHE, « L'Accord constitutionnel de 1987 et la protection des minorités francophones hors Québec » (1988-89) 34 RD McGill 119; « L'impact de l'entente du Lac Meech sur les minorités linguistiques provinciales » (1989) 38 RD UNB 217 [Bastarache, « impact »].
31. VANDERLINDEN, préc., note 16, p. 154.
32. POIRIER, préc., note 15, p. 585.
33. Nouveau-Brunswick, Comité spécial de l'Accord constitutionnel de 1987, *Rapport définitif sur la modification constitutionnelle de 1987*, Fredericton, Assemblée législative, 1989 (remerciements et Annexe F); BASTARACHE, « impact », préc., note 30.
34. *Rapport de la Commission du Nouveau-Brunswick sur le fédéralisme canadien*, Fredericton, Commission du Nouveau-Brunswick sur le fédéralisme canadien, janvier 1992, pp. 50 et 52.
35. HÉLIE, préc., note 2, p. 407; MORIN, préc., note 2, p. 106.
36. *R c. Mercure*, [1988] 1 R.C.S. 234, p. 244; *Mahe c. Alberta*, [1990] 1 R.C.S. 342, p. 348.
37. *Mercure*, id.
38. *Reference re Minority Language Educational Rights* (1988), 69 Nfld & PEIR 236, p. 239.
39. *Renvoi relatif à la Loi sur les écoles publiques (Man)*, art. 79(3), (4) et (7), [1993] 1 R.C.S. 839, p. 843.
40. *Marchand c. Simcoe County Board of Education (No 2)* (1987), 61 OR (2e) 651, p. 651 (HCJ).
41. *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick c. Minority Language School Board No 50* (1986), 76 RNB (2e) 406 (CA).

Carleton⁴², la Fédération des francophones hors Québec⁴³ et la Société franco-manitobaine⁴⁴. À la lumière de ces instances, sa pratique s'est concentrée dans des causes linguistiques.

Le juge Bastarache ne partage pas l'avis « que les meilleurs candidats à la magistrature sont toujours les personnes qui figurent au rang des meilleurs plaideurs »⁴⁵. Au contraire, « le bon juge a une vaste expérience personnelle et professionnelle, qu'il met à profit pour trancher les litiges avec sensibilité et compassion »⁴⁶. Ainsi, il ne percevait pas son peu d'expérience en litige comme un obstacle lorsqu'il était nommé à la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick en 1995, ni lors de son accession à la Cour suprême du Canada le 30 septembre 1997⁴⁷, en remplacement du juge La Forest. Cependant, en plus de ses fonctions judiciaires, il a continué à participer activement à la réflexion juridique après sa nomination à la magistrature⁴⁸,

42. *Ottawa Roman Catholic Separate School Board c. Ottawa-Carleton French-Language School Board* (1989), 68 OR (2d) 635, p. 636.

43. *Mercure*, préc., note 36.

44. *Ordonnance relative aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 2 R.C.S. 347, p. 348; *Ordonnance relative aux droits linguistiques au Manitoba*, [1990] 3 R.C.S. 1417, p. 1417; *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1992] 1 R.C.S. 212, p. 215; *Renvoi relatif à la Loi sur les écoles publiques (Man)*, préc., note 39.

45. Michel BASTARACHE, « Judicial Selection and Merit » (1996) 45 RD UNB 21 p 22 [Bastarache, « nomination »].

46. *Arsenault-Cameron* (1999), préc., note 4, par. 3, citant *R c S (RD)*, [1997] 3 R.C.S. 484, par. 119. Voir aussi « L'apogée d'une vie », *Bulletin des Anciens et Amis de l'Université de Moncton*, n° 103 (janvier 1998), 5.

47. « Juges de la Cour suprême du Canada », [1997] 3 R.C.S. iii.

48. Voir BASTARACHE, « nomination », préc., note 45; BASTARACHE, « tribunaux », préc., note 20; Michel BASTARACHE, « The Challenge of the Law in the New Millennium » (1998) 25 Man LJ 411; « Quelques réflexions sur le 'bijuridisme' et son rapport avec le bilinguisme et le biculturalisme » (1998), *Le Bulletin des Avocats*, vol 14, n° 3 (1998), 1; « Le rôle des universitaires et de la théorie juridique dans le processus judiciaire de prise de décision », *Le Bulletin des Avocats*, vol 15, n° 3 (1999), 1; « La force créatrice du droit pour solutionner les problèmes contemporains » (1999) 2 RCLF 167 [Bastarache, « force créatrice »]; « The Interpretation of Human Rights: the Challenge » (2001) 50 RD UNB 3 [Bastarache, « défi »]; « L'enseignement du droit à l'heure où les tribunaux sont appelés à redéfinir la démocratie canadienne » (2003) 5 RCLF 17

surtout par le biais d'allocutions, mais aussi par certains ouvrages⁴⁹. Il fut aussi président du comité de rédaction de la *Revue du Barreau canadien* de 1998 à 2005⁵⁰. Néanmoins, son séjour à la Cour suprême du Canada fut relativement bref, car un communiqué de presse du 9 avril 2008 annonçait sa retraite après seulement dix ans⁵¹.

Depuis son retrait de la Cour suprême du Canada, le juge Bastarache est retourné en pratique privé où il continue d'œuvrer, notamment, dans le domaine des droits linguistiques⁵². Il a aussi repris l'enseignement en acceptant un poste de professeur associé à la Faculté de droit de l'Université de Moncton⁵³. Il a plus récemment présidé la Commission d'enquête sur le processus de nomination des juges de la Cour du Québec, des cours municipales et des membres du Tribunal administratif du Québec

-
- [Bastarache, « enseignement du droit »]; « L'égalité réelle des communautés de langue officielle du Canada » (2005) 7 RCLF 7 [Bastarache, « égalité réelle »]; « La Charte canadienne des droits et libertés, reflet d'un phénomène mondial? » (2007) 48 C de D 735 [Bastarache, « phénomène mondial »]; « La jurisprudence de la Cour suprême en matière de développement durable » (2007) 9 RCLF 5.
49. Voir Michel Bastarache, « The Canadian Charter of Rights and Freedoms: Domestic Application of Universal Values » (2003) 19 SCLR 371; Michel Bastarache, dir., *Language Rights in Canada* (2^e éd), Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2004; « Le contrôle judiciaire : développements récents et changements prévisibles » (2005) 84 R du B can 75 [Bastarache, « contrôle judiciaire »]; Michel BASTARACHE, Naïomi METALLIC, Regan MORRIS et Christopher ESSERT, *The Law of Bilingual Interpretation*, Markham, LexisNexis Canada, 2008.
50. « La Revue du Barreau canadien », (1998) 77 R du B can (nos 3 et 4) ii; « La Revue du Barreau canadien », (2005) 84 R du B can (no 3) ii.
51. « Communiqué de presse », en ligne : <http://csc.lexum.umontreal.ca/fr/news_release/2008/08-04-09/08-04-09.html> (site consulté le 9 avril 2008).
52. Jessica ÉBACHER, « Michel Bastarache reprend du service » *L'Acadie Nouvelle* (23 août 2008); Jessica ÉBACHER, « Réforme de la santé : Bastarache, un atout de poids pour les francophones », *L'Acadie Nouvelle* (26 août 2008); Megan O'Toole, « Bastarache presence doesn't bode well for Grits – Mockler » *The Daily Gleaner* (27 août 2008).
53. « Michel Bastarache est nommé professeur associé à la faculté de droit », *Le Juriste : Bulletin d'information de la Faculté de droit*, vol 28 (2009), 2.

dont le rapport a été remis en janvier 2011⁵⁴. Ainsi, à l'instar de son parcours avant sa nomination, il demeure engagé dans les causes lui tenant à cœur.

Ses penchants idéologiques

Une considération des travaux mentionnés ci-dessus révèle une œuvre évidemment très complexe. Il n'est pas l'objet de cette étude de la traiter de façon exhaustive. Il est toutefois possible de retracer quelques liens entre ces divers écrits et les positions prises dans les motifs rédigés de sa plume en matière linguistique. Au risque de trop simplifier l'analyse, nous pouvons regrouper en trois grandes catégories ses penchants idéologiques en la matière : 1) un accent sur la nature égalitaire et universelle des protections linguistiques, 2) une approche davantage collectiviste et 3) un rôle judiciaire accru. Chacun de ces éléments est abordé dans l'optique d'accorder des droits et des remèdes plus efficaces aux revendications des groupes minoritaires. Le premier vise une approche idéologique légitimant le sujet; le second applique une méthode pour réaliser, dans les faits, l'idéal du premier; et finalement, le troisième concerne la sanction opportune des deux autres.

i) Une protection à caractère universel et égalitaire

Dans son analyse des questions linguistiques, le juge Bastarache se fonde sur le concept du droit à l'égalité pour définir leur portée et les effets juridiques en découlant⁵⁵. Il invoque ainsi une idéologie égalitaire, inspirée de valeurs universelles, pour interpréter l'objet des protections culturelles⁵⁶. Plus particulièrement, elles sont « considérées comme une sous-catégorie du droit des minorités, qui est lui-même associé au droit

54. Michel BASTARACHE, *Rapport de la Commission d'enquête sur le processus de nomination des juges de la Cour du Québec, des cours municipales et des membres du Tribunal administratif du Québec*, Québec, Gouvernement du Québec, 2011.

55. BASTARACHE, « loi 88 », préc., note 28, pp. 459-461.

56. Voir BASTARACHE, « Dickson », préc., note 26, pp. 395-396.

à l'égalité, lequel est universellement reconnu »⁵⁷. À son avis, il « est donc possible d'affirmer que les droits linguistiques sont, au Canada, des droits fondamentaux même s'ils se distinguent des droits de la personne généralement reconnus dans les grandes conventions internationales, et qu'ils sont issus de compromis politiques »⁵⁸. Ceci dit, il n'est pas suffisant de réaliser une égalité dans le droit (égalité formelle), il faut encore traduire cette égalité dans les faits (égalité réelle)⁵⁹. À cette fin, il trace un parallèle avec la protection de l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*⁶⁰.

Cet aspect de ses travaux revient dans ses prononcés à titre de juge. Notamment, dès ses premiers motifs sur le sujet, l'idéologie égalitaire et universelle des droits linguistiques est reprise. Plus particulièrement, il écrivait, dans *Beaulac*, que :

L'égalité n'a pas un sens plus restreint en matière linguistique. En ce qui concerne les droits existants, l'égalité doit recevoir son sens véritable. Notre Cour a reconnu que l'égalité réelle est la norme applicable en droit canadien. Quand on instaure le bilinguisme institutionnel dans les tribunaux, il s'agit de l'accès égal à des services de qualité égale pour les membres des collectivités des deux langues officielles au Canada⁶¹.

Puis, un peu plus loin :

Ce paragraphe [16(1) de la *Charte*] confirme l'égalité réelle des droits linguistiques constitutionnels qui existent à un moment donné. L'article 2 de la *Loi sur les langues officielles* a le même effet quant aux droits reconnus en vertu de cette loi. Ce principe d'égalité réelle a une signification. Il signifie notamment que les droits

57. BASTARACHE, « phénomène mondial », préc., note 48, p. 741.

58. *Id.*; voir aussi MACMILLAN, préc., note 5, pp. 11-22 et 163-177.

59. BASTARACHE, « loi 88 », préc., note 28, pp. 457-458 et 459-61; BASTARACHE, « principe d'égalité », préc., note 26, p. 38.

60. Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [*Charte*].

61. *R c. Beaulac*, [1999] 1 R.C.S. 768, par. 22.

linguistiques de nature institutionnelle exige des mesures gouvernementales pour leur mise en œuvre et créent, en conséquence, des obligations pour l'État [...]. Il signifie également que l'exercice de droits linguistiques ne doit pas être considéré comme exceptionnel, ni comme une sorte de réponse à une demande d'accommodement⁶².

La notion d'égalité fut aussi un élément important de l'analyse dans l'affaire *Arsenault-Cameron* traitant du droit à l'instruction dans la langue de la minorité⁶³. Cependant, il ne s'agit pas d'une matière controversée puisque la norme de l'égalité réelle a été appliquée bien avant son accession à la magistrature⁶⁴. Elle a aussi été expliquée dans *DesRochers*⁶⁵, rendu après la retraite du juge Bastarache. Ainsi, selon la nature et l'objet d'un service gouvernemental, il peut être nécessaire de tenir compte des besoins des communautés linguistiques officielles dans son élaboration et sa livraison.

ii) Une approche collectiviste

La notion d'égalité invoquée par le juge Bastarache se fonde sur une approche collectiviste plutôt qu'individualiste aux droits linguistiques⁶⁶. Comme il l'expliquait lors d'un symposium tenu en 1990,

Dans une démocratie véritable, par conséquent, il ne s'agit pas simplement de traiter tous les individus d'une façon juste, mais de reconnaître que ceux-ci appartiennent à des communautés, à des minorités, à des groupes sociaux qui doivent pouvoir, d'une façon collective, participer aux affaires publiques. Dans ce genre de démocratie communautaire, chaque citoyen est important, il va sans

62. *Id.*, par. 24.

63. *Arsenault-Cameron c. Île-du-Prince-Édouard*, [2000] 1 R.C.S. 3, par. 31 et 50.

64. *Mahe*, préc., note 36.

65. *DesRochers c. Canada (Industrie)*, [2009] 1 R.C.S. 194, par. 51-56.

66. Voir BASTARACHE, « égalité réelle », préc., note 48; BASTARACHE, « Dickson », préc., note 26, pp. 395 et 398-400.

dire, mais la structure sociale est considérée comme un élément fondamental de la démocratie elle-même⁶⁷.

Dans le cadre de discussions concernant le rapatriement de 1982 et la *Charte*, il a fait l'éloge des droits collectifs pour la communauté francophone. Le seul concept de droit individuel est insuffisant, à son avis, pour assurer la pérennité de la minorité linguistique. Ce fut sa principale critique envers les protections constitutionnelles proposées⁶⁸. La viabilité de l'État canadien dépend de sa capacité de reconnaître un degré de dualisme dans ses lois et ses institutions.

Mais ce dualisme ne peut pas être limité à la reconnaissance constitutionnelle de droits linguistiques; il doit s'étendre à la reconnaissance de communautés nationales distinctes de façon à leur assurer un statut juridique, une sécurité culturelle et une représentativité véritables⁶⁹.

En ce sens, il adopte une notion de dualisme fondée sur la communauté d'appartenance et non un dualisme politique en fonction d'un découpage géographique. L'objectif est d'assurer aux groupes linguistiques une sécurité culturelle définie comme « l'engagement de l'État à protéger la langue et la culture des deux communautés nationales et à leur fournir les moyens essentiels à leur développement économique, social et culturel »⁷⁰. Ceci le mène à suggérer une révision fondamentale des structures fédérales afin de mieux tenir compte de la présence francophone au Canada. Son approche collectiviste se traduit par une préférence envers une dualité institutionnelle dans certains secteurs. Encore lors des consultations entourant l'entente du lac Meech, le manque de clarté par rapport au caractère collectif des

67. BASTARACHE, « principe d'égalité », préc., note 26, p. 42.

68. Voir BASTARACHE, « dualité canadienne », préc., note 26.

69. BASTARACHE, « dualisme », préc., note 27, p. 422. Voir aussi BASTARACHE, « point de vue », préc., note 14.

70. *Id.*, p. 423.

principes proposés fut l'une de ses principales objections⁷¹. Il est possible de rattacher à cette philosophie ses commentaires reliés à la *Loi reconnaissant l'égalité des deux communautés linguistiques officielles au Nouveau-Brunswick*⁷².

La distinction entre une approche individualiste et collectiviste n'est pas anodine⁷³. Comme le juge Bastarache explique dans les motifs produits dans *Dunmore*, « la collectivité a une existence propre et ses besoins et priorités diffèrent de ceux de ses membres individuels. Ainsi, par exemple, on ne peut donner substance à une collectivité linguistique si la loi protège uniquement la liberté d'expression individuelle »⁷⁴. Un droit collectif est à caractère politique, conférant à la communauté visée un droit de regard sur les affaires la concernant⁷⁵, d'où la revendication d'institutions sous son contrôle. En l'absence d'une structure formelle de gestion par la collectivité, le juge Bastarache donne à ses chefs le principal rôle de porte-parole : « Ceux-ci [les groupes sociaux] s'expriment entre autres par leurs leaders, qui par la formulation de leurs messages influencent énormément la pensée collective. C'est pourquoi il importe d'en tenir compte si l'on veut arriver à comprendre ce groupe »⁷⁶.

Le penchant collectiviste du juge Bastarache transparait encore dans les motifs qu'il a rédigés en matière linguistique. D'abord, dans *Beaulac*, il a précisé « l'importance des droits linguistiques comme soutien des collectivités de langue officielle et de leur culture »⁷⁷. Puis, en résumant certains arrêts, il explique que :

71. BASTARACHE, « impact », préc., note 30, p. 225; BASTARACHE, « dualité canadienne », préc., note 26.

72. Préc., note 29; BASTARACHE, « loi 88 », préc., note 28.

73. MACMILLAN, préc., note 5, pp. 23-33; Joseph Eliot MAGNET, « Collective Rights, Cultural Autonomy and the Canadian State » (1986) 32 RD McGill 170, pp. 173-175 et 184.

74. *Dunmore*, préc., note 1, par. 17.

75. BASTARACHE, « dualisme », préc., note 27, pp. 424-426; MAGNET, préc., note 73, pp. 176-177 et 184.

76. BASTARACHE, « force créatrice », préc., note 48, p. 171.

77. *Beaulac*, préc., note 61, par. 17.

Ces déclarations témoignent du fait qu'il n'existe pas de contradiction entre la protection de la liberté individuelle et de la dignité personnelle et l'objectif plus étendu de reconnaître les droits des collectivités de langue officielle. L'objectif de protéger les minorités de langue officielle, exprimé à l'art. 2 de la *Loi sur les langues officielles*, est atteint par le fait que tous les membres de la minorité peuvent exercer des droits indépendants et individuels qui sont justifiés par l'existence de la collectivité⁷⁸.

Quoique plus subtile, l'inspiration revient dans l'arrêt *Arsenault-Cameron*⁷⁹. Premièrement, l'accent placé sur le droit de gestion de la minorité et le rôle de la commission scolaire francophone, au lieu des normes minimales de l'art. 23 de la *Charte*⁸⁰, suggère une approche plus communautaire; un droit collectif se caractérise surtout par un pouvoir de contrôle sur les institutions concernées. Deuxièmement, l'importance accordée à la présence francophone dans la région sous étude, au lieu d'une stricte considération du nombre d'étudiants en jeu⁸¹, supporte la même observation.

iii) *Un rôle judiciaire accru*

Le juge Bastarache accorde au judiciaire un rôle de régulateur social important : « les tribunaux exercent avant tout une fonction sociale »⁸². Ailleurs, il ajoute : « Je continue de croire que nous cherchons de façon pragmatique à développer le droit

78. *Id.*, par. 20.

79. Préc., note 63, par. 29. Voir BASTARACHE, « égalité réelle », préc., note 48, p. 16.

80. Voir Gaétan MIGNEAULT, « Arsenault-Cameron : une occasion manquée » (2000) 45 RD McGill 1023 [Migneault, « Arsenault-Cameron »].

81. Voir Gaétan MIGNEAULT, « À propos du nombre pertinent » (2003) 48 RD McGill 651 [Migneault, « nombre pertinent »].

82. BASTARACHE, « enseignement du droit », préc., note 48, p. 25. Voir aussi Donald POIRIER, « La participation des juristes de la Faculté de droit de l'Université de Moncton à la progression de l'Acadie vers la modernité », dans *La modernité en Acadie*, sous la direction de Ghislain Clermont et Janine Gallant, Moncton, Chaire d'études acadiennes, 2005, 173, pp. 177-180.

d'une façon respectueuse des besoins de toutes les personnes de façon à éviter dans la mesure du possible la violence et les affrontements »⁸³. L'efficacité des tribunaux repose sur leur légitimité au sein des communautés assujetties à leur autorité. Toujours à son avis, « dans une société qui se veut inclusive, il faut favoriser le dialogue et surtout tenir compte de l'existence des groupes sociaux de toute nature »⁸⁴. Ainsi, le « système juridique doit aussi prendre note de la confiance du groupe envers d'autres groupes ou institutions s'il espère parvenir à susciter chez ses membres une telle confiance envers lui »⁸⁵. En façonnant des remèdes originaux aux problèmes actuels, les juges contribuent à une paix sociale durable. En d'autres mots, « les juges ont un rôle dans la définition de l'ordre moral et politique, et c'est là une nécessité puisque ce sont ces mêmes valeurs qui protègent les citoyens contre l'État »⁸⁶. À cet égard, il s'encourage de « l'étendue croissante du contrôle judiciaire »⁸⁷ au Canada.

Pour la réalisation de l'égalité des communautés linguistiques officielles, le juge Bastarache a constamment prôné une place primordiale pour le droit et les tribunaux⁸⁸. Notamment, lorsque le projet d'une charte constitutionnelle était à l'étude, il exprimait l'opinion sans équivoque que :

La charte doit être appuyée par un mécanisme de mise en œuvre très efficace de façon à assurer que justice sera faite de façon impartiale et expéditive, sans que la partie lésée soit pénalisée économiquement et socialement parce qu'elle réclame le respect de ses droits⁸⁹.

Le thème revient dans son étude dénonçant le caractère déclaratoire du projet de loi reconnaissant l'égalité des deux

83. BASTARACHE, « force créatrice », préc., note 48, p. 170.

84. *Id.*, p. 171.

85. *Id.*, pp. 171-172.

86. BASTARACHE, « enseignement du droit », préc., note 48, p. 25.

87. BASTARACHE, « contrôle judiciaire », préc., note 49, p. 75. Voir aussi BASTARACHE, « défi », préc., note 48.

88. GRAY et YIANNAKIS, préc., note 6, p. 79.

89. BASTARACHE, « dualisme », préc., note 27, p. 425.

communautés linguistiques officielles au Nouveau-Brunswick⁹⁰. Dans ces circonstances, son appui à l'opinion dans *Doucet-Boudreau*⁹¹ favorable à un pouvoir judiciaire de réparation étendu n'est pas surprenant. Il n'hésitait pas non plus, dans les motifs initiaux produits ailleurs, d'invoquer l'abolition du programme national des contestations judiciaires pour justifier une ordonnance de dépens⁹²; ces motifs étaient révisés après la réception d'un avis informant la Cour de la participation financière du programme dans la cause⁹³.

Son influence sur la jurisprudence en droit linguistique

Il peut être assez difficile en temps normal d'évaluer l'impact réel d'un juge sur la jurisprudence de la Cour suprême du Canada en n'importe quelle matière puisque ses arrêts sont typiquement rendus par des formations de 5, 7 ou 9 juges. Ceci est d'autant plus compliqué dans le domaine linguistique où il semble y avoir deux tendances s'entrecoupant : 1) la rédaction de motifs par le ou l'un des juges provenant de la juridiction d'où émane la cause, puis 2) la production de jugements unanimes et souvent anonymes⁹⁴. Par exemple, à ce dernier égard, des 40 principaux arrêts prononcés sur fond de droit linguistique entre 1974 et 2011, 33 (ou 82,5 pour cent) ont été rendus à l'unanimité. De ces 33 jugements, à peu près la moitié (16) ont été signés au nom de « la Cour », dont plus de deux-tiers (11 sur 16) proviennent du Québec. Une illustration utile de cette dynamique s'obtient des affaires *Ford*⁹⁵, *Devine*⁹⁶ et *Irwin Toy*⁹⁷, entendues en

90. BASTARACHE, « loi 88 », préc., note 28.

91. *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (ministre de l'Éducation)*, [2003] 3 R.C.S. 3.

92. *Société des Acadiens et Acadiennes du Nouveau-Brunswick Inc. c. Canada*, [2008] 1 R.C.S. 383, par. 27 (le passage supprimé se lisait : « Vu l'abolition du Programme national des contestations judiciaires, qui se serait appliqué à un cas comme celui-ci »).

93. Voir Cristin SCHMITZ, « Reasons disappear from Supreme Court decision », *The Lawyers Weekly*, vol. 28, n° 29 (28 novembre 2008).

94. Teresa SCASSA, « Language of Judgment and the Supreme Court of Canada », (1994) 43 RD UNB 169, pp. 173-175.

95. *Ford c. Québec (PG)*, [1988] 2 R.C.S. 712.

96. *Devine c. Québec (PG)*, [1988] 2 R.C.S. 790.

bloc du 16 au 20 novembre 1987 et impliquant la liberté d'expression. Alors que l'arrêt dans les deux premières (dé battues sur un fond linguistique) a été rendu le 15 décembre 1988 par « la Cour », le dernier (visant l'expression commerciale) a été rendu le 27 avril 1989 par un banc divisé à trois contre deux. Les instances ont généralement été tranchées par des formations de 7 et 9 juges, respectivement 21 et 14 des 40 jugements, pour 87,5 pour cent du total. Cette proportion monte à plus de 92 pour cent en tenant compte des causes entendues par une formation complète, mais avec un juge absent au prononcé final. Le tableau 1 en annexe résume cette information.

Néanmoins, malgré la difficulté évidente d'isoler l'influence d'un membre de la Cour suprême du Canada sur un courant jurisprudentiel particulier, il vaut la peine d'entreprendre l'exercice. Il s'effectue en deux temps : d'abord, par une étude quantitative de la participation aux jugements, puis, une évaluation qualitative des prononcés produits. Afin de maintenir une perspective globale, une certaine comparaison est faite avec l'ensemble des arrêts rendus sur un fond de droit linguistique. L'objectif n'est évidemment pas de peindre le juge Bastarache comme le meilleur ou le pire de sa catégorie, mais seulement d'insuffler une consistance et une uniformité à l'analyse. Une vision télescopique du sujet risquerait de biaiser l'enquête puisque concentrer sur un élément hors contexte tend à surestimer sa contribution à l'œil de l'observateur.

i) Évaluation quantitative de la participation du juge Bastarache

Ainsi, une analyse de quelques statistiques permet de se faire une idée préliminaire de l'influence du juge Bastarache sur la jurisprudence linguistique de la Cour suprême du Canada. Une simple comparaison générale sans tenir compte de la participation du magistrat ne révèle pas une différence marquée dans les instances étudiées, sauf dans la composition de la Cour.

97. *Irwin Toy Ltd c. Québec (PG)*, [1989] 1 R.C.S. 927.

Notamment, la proportion des arrêts rendus à l'unanimité en son absence n'est pas substantiellement différente de celle où il a participé au jugement, soit respectivement 81,5 et 84,6 pour cent. Cependant, la part des motifs signés au nom de « la Cour » est inférieure en sa présence, c'est-à-dire 36,4 pour cent (4 sur 11), comparativement à 54,5 pour cent (12 sur 22). Pendant ses quelque dix années sur le banc, les questions linguistiques ont plus souvent été entendues par une formation complète : 7 sur 14, comparativement à 7 sur 26. L'inverse est observé concernant les audiences de sept juges : 7 sur 14 entre 1998 et 2008, comparativement à 14 sur 26. Ces différences reflètent probablement davantage un changement de pratique au sein de la Cour qu'une influence quelconque du juge Bastarache.

Nous obtenons un portrait plus précis de son influence possible en tenant compte de sa participation aux jugements. Des arrêts recensés en droit linguistique entre 1998 et 2008, il a été absent à un seul : *Forum des maires de la Péninsule acadienne*⁹⁸. Ses circonstances sont particulières et elles sont discutées plus loin. Il a rédigé des motifs dans sept des treize instances où il a été présent; quatre autres ont été signés par « la Cour », d'où l'argument qu'il a aussi contribué à leur production. Par conséquent, selon ce barème, il a été impliqué dans la rédaction des motifs dans 84,6 pour cent des jugements. À ce dernier égard, il se démarque clairement puisque les seuls autres juges à avoir été autant actifs dans le domaine sont les juges Laskin et Dickson, le premier devenu juge en chef le 27 décembre 1973⁹⁹ et le second le 19 avril 1984¹⁰⁰. En utilisant les mêmes critères, ceux-ci ont respectivement produit des motifs dans 100 et 83,3 pour cent des arrêts les impliquant. À titre de comparaison, les juges Beetz et Wilson, aussi relativement engagés, en ont signés respectivement 73,3 et 71,4 pour cent. Par contre, après le juge Laskin (présent 5 fois uniquement), le juge Bastarache a siégé le moins souvent sur

98. *Forum des maires de la Péninsule acadienne c. Canada (Agence d'inspection des aliments)*, [2005] 3 R.C.S. 906 [*Forum des maires*].

99. « Juges de la Cour suprême du Canada », [1973] R.C.S. iii.

100. « Juges de la Cour suprême du Canada », [1984] 1 R.C.S. iii.

des questions linguistiques : 13 instances comparativement à 18, 15 et 14 pour les autres (voir le tableau ci-dessous).

Il semble donc que le juge Bastarache ait été le deuxième plus actif de la Cour suprême du Canada depuis 1974 dans les instances contenant des aspects linguistiques. Ceci ne garantit pas pour autant la pertinence de ses interventions ni son influence; une analyse qualitative et contextuelle des motifs fournis est nécessaire, telle que produite ci-dessous. Cependant, il s'est retrouvé en dissidence une seule fois, comparativement à 2 et 3 fois respectivement pour les juges Dickson et Wilson. Ainsi, ses opinions n'ont pas fait autorité 9,1 pour cent du temps et celles de ses homologues ne l'ont pas fait 13,3 et 30 pour cent du temps. Par contre, les juges Laskin et Beetz ont été dans la majorité chaque fois. Sur la base de cette seule statistique, ces deux derniers ont été plus influents en matière de droit linguistique que tout autre juge; ils sont suivis, en ordre décroissant, des juges Bastarache, Dickson puis Wilson.

Le tableau suivant résume l'information discutée ci-dessus concernant les cinq juges en question :

Nombre d'instances (#)	Participation aux jugements (#) (%)		Dissidence (%)
Dickson (18)	Dickson (15)	Laskin (100)	Laskin (0)
Beetz (15)	Beetz (11)	Bastarache (84,6)	Beetz (0)
Wilson (14)	Bastarache (11)	Dickson (83,3)	Bastarache (9,1)
Bastarache (13)	Wilson (10)	Beetz (73,3)	Dickson (13,3)
Laskin (5)	Laskin (5)	Wilson (71,4)	Wilson (30)

Dans chaque colonne, les juges sont classés en ordre décroissant quant à leur influence potentielle. Un argument peut être formulé à l'effet que la pertinence de la mesure s'accroît plus

elle se situe à droite dans le tableau. En donnant un poids identique à chacune des colonnes, l'influence agrégée du juge Bastarache se situe au troisième rang, à égalité avec le juge Laskin, dans la jurisprudence en droit linguistique. Même en utilisant un indice doublant la valeur des entrées en se déplaçant vers la droite, celui-ci reste au troisième rang, derrière les juges Laskin et Beetz s'appropriant respectivement les premier et deuxième rangs.

Les statistiques discutées ci-dessus pour chacun des juges peuvent être représentées graphiquement. Il s'y trouve le nombre d'instances où ils ont siégé, leur participation aux jugements, le

cas échéant, puis les fois où ils ont fait jurisprudence. En plus de l'information recensée ci-dessus pour les cinq magistrats, celle pour quelques autres a été ajoutée afin d'étendre l'illustration. Une considération des prononcés majoritaires sur l'ensemble des causes tranchées confirme le classement précédent où le juge en chef Laskin arrive premier (100 pour cent), suivi des juges Beetz (79 pour cent), Bastarache (77 pour cent), Dickson (72 pour cent) et Lamer (63 pour cent). La juge Charron, retraitée en 2011, arrive au sixième rang (60 pour cent), avant la juge Wilson (50 pour cent). Ceci dit, selon ce barème, le juge Bastarache fut le plus influent de tous les membres de la Cour suprême du Canada y siégeant en sa présence.

Pour ce qui concerne les demandes d'autorisation d'appel dans les affaires à caractère linguistique, près d'une quarantaine ont été recensées pour la période de 1998 à 2008. Le tableau 3 en annexe présente cette information. Le juge Bastarache y a participé 24 fois (64,9 pour cent), en plus d'une fois où il fut impliqué au début sans faire partie de la formation finale. Sauf pour les causes Westmount (28869), Baie d'Urfé (28870) et Hampstead (28893), traitées par une pleine formation, les autres ont été tranchées par des bancs de trois magistrats. En supposant une assignation aux dossiers parfaitement aléatoire, le juge Bastarache aurait dû, en théorie, contribuer au tiers (33,3 pour cent) des demandes; sa participation est presque le double. L'autorisation a été accordée dix fois en sa présence, pour une proportion de 41,7 pour cent, comparativement à seulement 3 fois (23 pour cent) en son absence. Ces quelques données suggèrent aussi une influence de sa part à ce niveau.

Un dernier commentaire à formuler avant de passer à une analyse qualitative des motifs fournis par le juge Bastarache lors de son séjour à la Cour suprême du Canada concerne la dynamique linguistique prévalant au pays avant 1995, par opposition à celle prévalant depuis. Plusieurs indices suggèrent un climat politique canadien plus chargé de 1980 à 1995

qu'autrement¹⁰¹. Que ce soit le rapatriement, les discussions constitutionnelles sur les ententes du lac Meech et de Charlottetown, les deux référendums au Québec ou les séquelles de la trilogie de 1986 jusqu'à *Mercurie*¹⁰², *Ford*¹⁰³ et *Devine*¹⁰⁴, le débat linguistique paraît avoir été plus volatile à ce moment que depuis 1997 lorsque le juge Bastarache est entré à la plus haute instance judiciaire du pays. Ce facteur peut avoir influencé les prononcés de la Cour¹⁰⁵ et il faudrait idéalement en tenir compte même s'il est pratiquement impossible de lui attribuer une valeur quantifiable. En présentant un climat plus posé, il peut avoir été plus facile de produire des arrêts unanimes et favorables en la matière et il semble effectivement y avoir eu, proportionnellement, plus d'arrêts rendus à l'unanimité depuis 1995 (88,2 pour cent) qu'auparavant (73,9 pour cent).

ii) *Évaluation qualitative de la participation du juge Bastarache*

Les données ci-dessus révèlent un magistrat définitivement actif dans le domaine des droits linguistiques. Le juge Bastarache est parmi les juges de la Cour suprême du Canada à s'être prononcés le plus souvent en la matière. La plupart du temps, il a été en mesure de s'exprimer au nom d'une majorité de la formation. Il s'est retrouvé en dissidence une seule fois, offrant la troisième meilleure fiche à cet égard depuis le début des années 1970. De son temps, il s'est clairement démarqué de ses confrères et consœurs. Cependant, il faut aussi étudier la mesure dans laquelle ses prononcés ont divergé de l'état du droit en vigueur. Sans cette analyse, il est difficile d'apprécier la qualité de sa participation aux arrêts de droit linguistique. L'analyse s'arrête sur les prononcés écrits de sa main ayant une incidence dans le domaine.

-
101. Gaétan MIGNEAULT, *Les Acadiens du Nouveau-Brunswick et la Confédération*, Lévis, Francophonie, 2009, pp. 215-244 [Migneault, « Confédération »].
102. Préc., note 36.
103. Préc., note 95.
104. Préc., note 96.
105. Voir Kent ROACH et Robert J. SHARPE, *Brian DICKSON : A Judge's Journey*, Toronto, University of Toronto Press, 2003.

a) *Renvoi relatif à la sécession du Québec (1998)*

Malgré l'absence de questions typiquement de droit linguistique dans ce renvoi, étant plutôt concerné d'une déclaration unilatérale d'indépendance de la province du Québec, plusieurs auteurs l'ont quand même considéré à ce titre. Cette interprétation découle probablement de deux observations. D'abord, le discours séparatiste s'articule généralement sur fond d'arguments à caractère linguistique et culturel, tout comme le débat concernant le droit de veto¹⁰⁶. Ensuite, dans les motifs de son opinion unanime et anonyme, la Cour suprême du Canada s'arrête au concept de protection des minorités, identifié comme l'un des quatre principes structurels en jeu dans l'instance¹⁰⁷. Cet aspect des motifs est attribué à l'influence du juge Bastarache. En effet, celui-ci a affirmé depuis que « le respect des droits des minorités au Canada est devenu une des pierres angulaires de la culture juridique canadienne »¹⁰⁸ dont le « caractère universel [tient une] grande place dans l'évolution du droit constitutionnel canadien »¹⁰⁹.

Il n'est pas clair, à la lecture de l'arrêt, le rôle que peut ou doit jouer le principe de la protection des minorités dans une déclaration d'indépendance, mais la Cour s'en sert quand même dans le but d'éclairer la discussion. Il est certain par contre que la formation de 1998 n'est pas la première à avoir formulé cette vision de la Constitution canadienne. Déjà en 1932, dans le *Renvoi relatif à l'aéronautique*, le comité judiciaire du Conseil privé acceptait que

Dans la mesure où l'Acte [de l'Amérique du Nord britannique] renferme un compromis en vertu duquel les provinces primitives consentaient à se fédérer, il est important de ne pas perdre de vue que le maintien des

106. *Renvoi relatif à l'opposition du Québec à une résolution pour modifier la Constitution*, [1982] 2 R.C.S. 793.

107. *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, par. 38, 41, 49 et 79-82.

108. BASTARACHE, « phénomène mondial », préc., note 48, p. 740.

109. *Id.*

droits des minorités était une des conditions auxquelles ces minorités consentaient à entrer dans la fédération et qu'il constituait la base sur laquelle toute la structure allait par la suite être érigée¹¹⁰.

Tel que reconnu dans le renvoi de 1998, la structure fédérale du Canada démontre une préoccupation évidente envers la protection des intérêts divergents au pays¹¹¹. Cependant, le principe n'est pas limité aux minorités linguistiques. Il est en fait possible d'argumenter, comme il a été fait ailleurs¹¹², que ce concept permet d'expliquer plusieurs arrêts de la Cour suprême du Canada prononcés en matière de droit constitutionnel et de droit administratif. Notamment, les affaires *Union Colliery*¹¹³, *Saumur*¹¹⁴, *Switzman*¹¹⁵ et *Roncarelli*¹¹⁶ sont consistantes avec cette vision de la Constitution. Dans ces circonstances, le principe de protection des minorités ne constitue pas un bouleversement de l'état du droit.

Un deuxième élément à prendre en compte dans l'analyse de l'impact de cette opinion dans les mœurs constitutionnelles canadiennes est un article publié dans le numéro de mars-juin 1997 de la *Revue du Barreau canadien*. Cet ouvrage semble avoir grandement assisté la rédaction des motifs de la Cour suprême du Canada. Dans leur article, les professeurs House et Malkin ont produit une carte routière que la formation unanime et anonyme

110. *In re The Regulation and Control of Aeronautics in Canada*, [1932] 1 DLR 58, p. 65 (Cp), traduction du *Renvoi relatif à la compétence du Parlement relativement à la Chambre haute*, [1980] 1 R.C.S. 54, p. 71.

111. Voir aussi MAGNET, préc., note 73, pp. 171-172; Jean-François GAUDREAU-DESBIENS et Danielle PINARD, « Les minorités en droit public canadien » (2003-04) 34 R.D.U.S. 197, pp. 201-202.

112. MIGNEAULT, « Confédération », préc., note 101, pp. 124-127.

113. *Union Colliery Co of British Columbia c. Colombie-Britannique (PG)*, [1899] AC 580 (Cp).

114. *Saumur c. City of Québec*, [1953] 2 R.C.S. 299.

115. *Switzman c. Ebling*, [1957] R.C.S. 285.

116. *Roncarelli c. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121.

paraît avoir suivie assez fidèlement¹¹⁷. Ils y ont expressément discuté la notion de protection des minorités, en plus des autres principes invoqués par le tribunal. Les auteurs sont un peu plus explicites sur l'usage de ce principe et, à leur avis, « dissolution of Canadian society would be unconstitutional unless provision is made for the continued respect of minority rights »¹¹⁸. L'allégation est plutôt forte et pourrait ne pas être partagée de tous, dont la Cour qui ne paraît pas l'avoir portée aussi loin.

Sauf dans les affaires *Lalonde* et *Tremblay* soulevant un enjeu de droit administratif par rapport à l'élimination de certains droits acquis d'une communauté¹¹⁹, la jurisprudence depuis 1998 accorde au principe de la protection des minorités un rôle minimal puisqu'il ne s'est pas effectué une transformation dans l'approche judiciaire où il a été plaidé¹²⁰. Des demandes d'autorisation d'appel à la Cour suprême du Canada ont été présentées pour plusieurs de ces arrêts; elles ont toutes été rejetées¹²¹. L'aspect linguistique était présent surtout dans *Lalonde*, *Baie d'Urfé*, *Charlebois*, *Tremblay*, *Mackenzie* et *Giroux*. Jusqu'à date, le principe a continué de servir comme antérieurement, c'est-à-dire à titre d'outil d'interprétation de la Constitution¹²² et des responsabilités administratives. Le mandat législatif de deux

117. Robert HOUSE et Alissa MALKIN, « Canadians Are a Sovereign People: How the Supreme Court Should Approach the Reference on Quebec Secession » (1997) 76 R. du B. can. 186, pp. 208-210 et 220-223.

118. *Id.*, p. 208.

119. *Lalonde c. Ontario (Commission de restructuration des services de santé)* (2001), 56 OR (3^e) 577 (CA); *Tremblay c. Lakeshore (City)*, [2003] OJ n° 4293 (C div).

120. *Baie d'Urfé (Ville) c. Québec (PG)*, [2001] JQ n° 4821 (CA); *Charlebois c. Moncton (Ville)* (2001), 242 RNB (2^e) 259 (CA) [*Charlebois* (CA)]; *R c. Mackenzie*, [2004] NSJ n° 23 (CA); *Giroux c. Ontario (ministre des Services aux consommateurs et aux entreprises)*, [2005] OJ n° 2570 (C div); *Melanson c. Nouveau-Brunswick (PG)* (2007), 310 RNB (2^e) 356, par. 10 (CA); *Association du Barreau canadien c. Colombie-Britannique* (2008), 290 DLR (4th) 617, par. 29-30 et 42-47 (CA).

121. Voir [2001] 3 R.C.S. xi (*Baie d'Urfé*); [2005] 1 R.C.S. xii (*Mackenzie*); [2006] 1 R.C.S. ix (*Giroux*); [2007] 3 R.C.S. xii (*Melanson*); [2008] 2 R.C.S. vi (*Association du Barreau canadien*).

122. Voir *Solski (Tuteur de) c. Québec (PG)*, [2005] 1 R.C.S. 201, par. 7.

organismes a été expliqué à l'aide du principe, mais aucune loi invasive n'a encore été déclarée invalide comme lui contrevenant. Une autre série de causes¹²³ confirme cette tendance en restreignant la force contraignante des principes sous-jacents formulés dans le *Renvoi sur la sécession du Québec*, sauf pour l'indépendance judiciaire qui semble s'être taillée une place à part (mais dont les motifs ont été rendus avant 1998¹²⁴). Par conséquent, il peut être précipité d'inclure l'opinion formulée dans ce renvoi comme élément d'une « nouvelle trilogie »¹²⁵ en matière de droit linguistique.

b) *R. c. Beaulac* (1999)

S'il est une cause pour laquelle le nom du juge Bastarache sera retenu, c'est sûrement celle-ci. Ses commentaires incidents et concourants ont expressément désapprouvé les motifs prononcés par la majorité dans l'arrêt antérieur *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick*¹²⁶. Leur impact n'est pas encore bien défini¹²⁷, mais la Cour a manifestement rejeté la pertinence de la doctrine du compromis politique dans l'interprétation des droits linguistiques¹²⁸. Cependant, il importe de noter que le ratio du

123. *Babcock c. Canada (PG)*, [2002] 3 R.C.S. 3, par. 54-57, entérinant certains motifs de la Cour d'appel fédérale dans *Singh c. Canada (PG)*, [2000] 3 CF 185 (CAF); *Colombie-Britannique c. Imperial Tobacco Canada Ltée*, [2005] 2 R.C.S. 473, par. 57-77; *Colombie-Britannique (PG) c. Christie*, [2007] 1 R.C.S. 873. Voir aussi *Bacon c. Saskatchewan Crop Insurance Corp.*, [1999] 11 WWR 51, pp. 60-66 (CA Sask), autorisation d'appel à la Cour suprême du Canada refusée ([2000] 1 R.C.S. vi).

124. *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3.

125. Michel BASTARACHE, « Introduction », dans *Les droits linguistiques au Canada* (2^e éd.) (traduction), sous la direction de Michel Bastarache, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2004, 1, p. 31; Michel DOUCET, « Les droits linguistiques : une nouvelle trilogie » (2000) 49 RD UNB 3.

126. *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick c. Association of Parents for Fairness in Education*, [1986] 1 R.C.S. 560.

127. Voir Gaétan MIGNEAULT, « L'interprétation des droits linguistiques » (2003) 82 R du B can 191, pp. 209-212 [Migneault, « interprétation »].

128. *Id.*, pp. 193-195; Denise G. RÉAUME, « The Demise of the Political Compromise Doctrine: Have Official Language Use Rights Been Revived? » (2002) 47 RD McGill 593.

juge Beetz en 1986 était plutôt équivoque; rien n'y avait été dit pour écarter ou varier les six arrêts rendus de 1975 à 1985, tous unanimes, ayant appliqué une analyse de l'objet à l'art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*¹²⁹ et son équivalent au Manitoba¹³⁰. De plus, l'année suivante, la juge Wilson, écrivant pour une majorité, avait reconnu qu'il était « loisible à la Cour d'insuffler la vie à un compromis clairement exprimé »¹³¹. Aussi, en 1990, traitant du droit à l'enseignement dans la langue de la minorité, le juge en chef Dickson écrivait que dans « l'interprétation de cet article [23], comme dans l'interprétation de toute disposition de la Charte, il est primordial de prendre en considération son objet sous-jacent »¹³². Encore dans le *Renvoi relatif à la Loi sur les écoles publiques (Man)*, le juge en chef Lamer exprimait l'opinion que « les tribunaux devraient adopter une analyse fondée sur l'objet lorsqu'ils interprètent les droits »¹³³. Dans ces circonstances, le commentaire du juge Beetz prend un sens plus nuancé.

Le juge Bastarache a aussi reconnu l'ambiguïté découlant de l'opinion prononcée par son homologue en 1986. En traçant son survol de la jurisprudence, il affirme que « trois arrêts portant sur les droits linguistiques devant les tribunaux paraissent avoir renversé la tendance à adopter une interprétation libérale des garanties linguistiques constitutionnelles »¹³⁴. Ne sachant trop quoi en tirer, voici ce qu'il en dit : « Dans la mesure où l'arrêt *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick*, précité, aux pp. 579 et 580, préconise une interprétation restrictive des droits linguistiques, il doit être écarté »¹³⁵. Par conséquent, l'incertitude

129. 30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.).

130. Les 6 arrêts sont : *Jones c. Nouveau-Brunswick (PG)*, [1975] 2 R.C.S. 182; *Blaikie c. Québec (PG)*, [1979] 2 R.C.S. 1016; *Forest c. Manitoba (PG)*, [1979] 2 R.C.S. 1032; *Blaikie c. Québec (PG)*, [1981] 1 R.C.S. 312; *Québec Protestant School Boards c. Québec (PG)*, [1984] 2 R.C.S. 66; *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721.

131. *Renvoi relatif au projet de loi 30, An Act to amend the Education Act (Ont)*, [1987] 1 R.C.S. 1148, p. 1176.

132. *Mahe*, préc., note 36, p. 361; le souligné est ajouté.

133. *Renvoi relatif à la Loi sur les écoles publiques (Man)*, préc., note 39, p. 850.

134. *Beaulac*, préc., note 61, par. 16; le souligné est ajouté.

135. *Id.*, par. 25; le souligné est ajouté.

entourant les motifs du juge Beetz sur cet aspect de la question ne pouvait en faire un arrêt très convaincant ou autoritaire¹³⁶. À tout événement, ces commentaires n'avaient vraisemblablement pas pour effet d'écarter la méthodologie de l'analyse de l'objet établie l'année précédente dans *Big M Drug Mart*. Celle-ci contenait déjà une réserve interne en précisant l'importance « de ne pas aller au-delà de l'objet véritable du droit ou de la liberté en question et de se rappeler que la *Charte* n'a pas été adoptée en l'absence de tout contexte »¹³⁷. L'affaire *Beaulac* mettait un terme à l'équivoque générée par les commentaires du juge Beetz et en ce sens, la clarification de 1999 était bienvenue. La position était reconfirmée à l'unanimité l'année suivante dans *Arsenault-Cameron*¹³⁸.

Il faut cependant admettre que le résultat obtenu dans la trilogie de 1986 a essentiellement donné une valeur de droit négatif à la protection linguistique en matière judiciaire contenue à l'art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, à l'art. 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*¹³⁹ et au par. 19(2) de la *Charte*¹⁴⁰, l'équivalent à peu près d'une liberté d'expression. Alors que la majorité avertissait de ne pas confondre les droits linguistiques aux principes de justice fondamentale, une pareille distinction avec l'al. 2b) de la *Charte* était négligée¹⁴¹. Peu après, en 1988, la Cour suprême du Canada paraît avoir accepté et appliqué une telle distinction entre la liberté d'expression et les droits linguistiques¹⁴². La contribution du juge Bastarache, avec *Beaulac*, a confirmé le caractère positif de ces derniers :

Les droits linguistiques ne sont pas des droits négatifs, ni des droits passifs; ils ne peuvent être exercés que si les

136. Voir *Fraser c. Ontario (PG)*, 2011 CSC 20, par. 52-97 (McLachlin et Lebel) & 129-39 (Rothstein).

137. *R c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, p. 344.

138. Préc., note 63, par. 27.

139. 33 Vict., ch. 3 (Canada), validée par *Loi constitutionnelle de 1871*, 34 & 35 Vict., ch. 28 (R.-U.).

140. Préc., note 60.

141. MAGNET, préc., note 73, p. 180; MIGNEAULT, « interprétation », préc., note 127, pp. 207-209.

142. *Ford*, préc., note 95, p. 751.

moyens en sont fournis. Cela concorde avec l'idée préconisée en droit international que la liberté de choisir est dénuée de sens en l'absence d'un devoir de l'État de prendre des mesures positives pour mettre en application des garanties linguistiques¹⁴³.

Puis, un peu plus loin :

[...] l'existence de droits linguistiques exige que le gouvernement satisfasse aux dispositions de la Loi en maintenant une infrastructure institutionnelle adéquate et en fournissant des services dans les deux langues officielles de façon égale. Comme je l'ai dit plus tôt, dans un cadre de bilinguisme institutionnel, une demande de service dans la langue de la minorité de langue officielle ne doit pas être traitée comme s'il y avait une langue officielle principale et une obligation d'accommodement en ce qui concerne l'emploi de l'autre langue officielle. Le principe directeur est celui de l'égalité des deux langues officielles¹⁴⁴.

Ceci dit, l'affaire ne visait pas le droit constitutionnel d'un justiciable d'être compris dans sa langue par le juge président à son procès ou les moyens institutionnels à prendre à cette fin; il était question de l'interprétation à donner à des dispositions du *Code criminel* quant au choix linguistique d'un accusé. Il n'est pas dit que la position adoptée dans la trilogie de 1986 serait renversée si la Cour suprême du Canada devait la reconsidérer et, le cas échéant, une analyse en fonction des principes rétablis devrait être menée au lieu de s'en remettre strictement à la jurisprudence antérieure. Par contre, l'impact de *Beaulac* sur la jurisprudence dans d'autres domaines est moins évident¹⁴⁵. En ce sens, l'arrêt est équivoque et les implications du bilinguisme institutionnel ont été abordées par la Cour dans un autre contexte en 2009¹⁴⁶, en l'absence du juge Bastarache.

143. *Beaulac*, préc., note 61, par. 20.

144. *Id.* par. 39.

145. Une analyse plus détaillée se trouve dans Migneault, « interprétation », préc., note 127, pp. 209-211.

146. *DesRochers*, préc., note 65.

Cependant, d'ores et déjà, le droit d'utiliser une langue officielle dans les procédures judiciaires n'est pas absolu, tel que révélé par les motifs du juge Bastarache dans l'arrêt unanime *Peters*¹⁴⁷. Malgré la disposition du *Code criminel*¹⁴⁸ exigeant l'utilisation par la Couronne de la langue de l'accusé, un témoin peut encore être interrogé dans une autre langue afin de vérifier sa capacité linguistique, lorsque la fiabilité de sa preuve en dépend, sans pour autant engager la protection constitutionnelle. Les motifs de *Beaulac* n'ont pas influencé le débat à ce niveau. Un autre aspect digne de mention est l'application de l'interprétation libérale aux droits linguistiques d'origine législative¹⁴⁹, mais leur caractère quasi constitutionnel était déjà reconnu par la Cour suprême du Canada depuis *Jones*¹⁵⁰. En fait, la principale préoccupation adressée dans *Beaulac* est l'usage fait antérieurement de l'art. 16 de la *Charte* pour limiter l'interprétation constitutionnelle¹⁵¹ et non législative. Néanmoins, peu importe sa portée jurisprudentielle, cet arrêt a indéniablement donné un nouveau souffle aux causes linguistiques¹⁵².

c) *Arsenault-Cameron c. Île-du-Prince-Édouard* (2000)

En partant, le premier élément traité lors de l'audience fut une motion du gouvernement intimé demandant la récusation du

147. *R c. Peters*, [2001] 1 R.C.S. 997, par. 3.

148. LRC 1985, ch. C-46, art. 530.1.

149. *Lavigne c. Canada (Commissaire aux langues officielles)*, [2002] 2 R.C.S. 773, par. 21-23.

150. Préc., note 130.

151. Roger BILODEAU, « Une analyse critique de l'affaire *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick* et l'avenir précaire du bilinguisme judiciaire au Canada » (1986) 32 RD McGill 232; Luc HUPPÉ, « Droit constitutionnel – article 16 de la *Charte des droits et libertés* – égalité de statut des langues officielles – une intention ou une obligation? : *Société des Acadiens c. Association of Parents* » (1988) 67 R du B can 128.

152. Voir Basil CHIASSON, « L'interprétation judiciaire des droits linguistiques au Canada à l'aube d'une nouvelle époque », *Le Bulletin des Avocats*, vol 15, n° 3 (été 1999), 10; Roger BILODEAU, « Regard sur la jurisprudence récente et imminente en matière de droits linguistiques : une nouvelle vague? », *Le Bulletin des Avocats*, vol 15, n° 3 (été 1999), 15; RÉAUME, préc., note 128.

juge Bastarache. On y alléguait une crainte de partialité de sa part. Elle fut rejetée dans de brefs motifs, refusant la prétention que le magistrat était incapable de faire preuve de neutralité afin de résoudre le litige sur la base du dossier soumis à la Cour¹⁵³. Peut-être dans le but d'assouvir une perception défavorable, les motifs de jugement ont été signés de la main conjointe des juges Major et Bastarache¹⁵⁴. Il est intéressant de remarquer que ces deux individus agissaient pour des parties opposées dans l'affaire *Mahe*, entendue le 14 juin 1989¹⁵⁵.

Quant à la cause comme telle, elle visait l'établissement d'une école primaire à Summerside, à l'Île-du-Prince-Édouard, au lieu du transport scolaire fourni. Le conseil scolaire francophone désirait y offrir des classes, mais ses efforts avaient été court-circuités par le ministre de l'Éducation qui considérait adéquat les services disponibles à Abram-Village. Des enquêtes avaient révélé un nombre potentiel d'inscriptions à Summerside entre 49 et 155 enfants pour les classes de la première à la sixième année. La principale problématique constitutionnelle en jeu était de déterminer si ces nombres justifiaient, en vertu du critère numérique de l'art. 23 de la *Charte*, un enseignement sur les fonds publics à cet endroit. Plutôt que de répondre directement à cette question, les juges Major et Bastarache ont invoqué le droit de gestion de la minorité linguistique pour accorder l'autorité au conseil scolaire et rejeter l'interférence du ministre dans les circonstances discutées. Ainsi, la Cour a abordé la matière sous l'angle du droit administratif sans éclairer davantage la portée de l'art. 23¹⁵⁶.

Dans leurs motifs, les juges Major et Bastarache ont repris un bon nombre des principes déjà formulés dans le cadre du droit à l'instruction dans la langue de la minorité. Entre autres, ils ont confirmé la notion d'égalité réelle applicable dans ces cas,

153. Voir préc., note 4.

154. Lors d'un colloque à l'Université de Moncton, en mai 2010, le juge Bastarache exprimait le même avis.

155. *Mahe*, préc., note 36, p. 348.

156. Voir MIGNEAULT, « Arsenault-Cameron », préc., note 80.

l'utilisation du nombre pertinent défini dans *Mahe* et du caractère géographique de la protection, sans compter évidemment le concept du droit de gestion. Cependant, la formation semble avoir mis un accent sur l'existence d'une communauté francophone importante à Summerside, nonobstant le nombre potentiel d'inscriptions. Ceci peut être perçu comme une variation philosophique mineure en la matière puisque l'exercice ne s'est pas limité à une considération stricte du nombre d'étudiants en jeu¹⁵⁷. Ces développements sont qualifiés de « extremely significant element in the role of the courts as instruments of change in the law »¹⁵⁸, mais ils n'ont pas renversé l'approche individualiste de la jurisprudence rendue auparavant. La méthode utilisée par la Cour a quand même été à la source d'une certaine confusion dans la collectivité¹⁵⁹, schisme ayant facilement pu être évité en répondant directement à la question soulevée, et les jugements inférieurs rendus depuis¹⁶⁰ sont retournés à l'approche des nombres formulée dans *Mahe*.

Il est aussi intéressant de noter le résultat obtenu dans *Solski*¹⁶¹, signé par « la Cour ». Comme dans *Arsenault-Cameron*, une méthode de droit administratif est suivie. Quoique la formation s'arrête plus rigoureusement sur un exercice d'interprétation du par. 23(2) de la *Charte*, le sens de la disposition législative en cause a été central au jugement. En permettant une analyse qualitative du parcours scolaire d'un élève pour mesurer son rattachement à la communauté minoritaire, une discrétion est accordée aux autorités provinciales de déterminer l'admissibilité à l'enseignement en anglais au Québec. L'aspect communautaire (rattachement culturel) y a aussi joué un rôle important, mais la méthode de droit administratif a encore permis à la formation d'éviter la question des normes minimales

157. MIGNEAULT, « nombre pertinent », préc., note 81, p. 667.

158. BASTARACHE, « défi », préc., note 48, p. 9.

159. MIGNEAULT, « Arsenault-Cameron », préc., note 80, p. 1034 (note 55).

160. Voir *Doucet-Boudreau c. Nova Scotia (Department of Education)* (2000), 185 NSR (2^e) 246, par. 200-201 (CS); *Chubbs c. Terre-Neuve et Labrador* (2004), 237 Nfld & PEIR 146, par. 11-40 (CS TN&L).

161. *Solski*, préc., note 122.

de l'art. 23 de la *Charte*. Le prononcé ultérieur dans *Nguyen*¹⁶², rendu depuis la retraite du juge Bastarache, revient à une approche plus stricte de droit constitutionnel. Cependant, face au résultat découlant de l'arrêt *Solski*, l'impact de ce jugement risque encore d'être restreint. Les dispositions contestées limitaient simplement le pouvoir discrétionnaire des personnes chargées de l'évaluation du parcours scolaire des étudiants pouvant être admis dans les écoles de la minorité anglophone du Québec. La conclusion de l'affaire ajoute la fréquentation des établissements privés non subventionnés à l'analyse devant être menée par les autorités scolaires, mais sans garantir l'accès à l'éducation en anglais.

d) *R c. Mac* (2002) et *R c. Daoust* (2004)

Le principe de l'interprétation croisée des lois bilingues est loin d'être nouveau; il est reconnu sous le régime de l'art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* depuis déjà longtemps¹⁶³. Cependant, il a reçu plus d'attention de la Cour suprême du Canada sous la plume du juge Bastarache. Il est à noter que depuis 1982, la règle a reçu un statut constitutionnel par le biais de l'art. 18 de la *Charte*, conférant aux deux versions une force égale. D'abord, dans *Mac*¹⁶⁴, où il était question de l'interprétation à donner à un terme du *Code criminel*, de brefs motifs ont permis de résoudre l'ambiguïté avec l'assistance de sa version française. Le même exercice était à l'honneur dans l'affaire *Daoust*¹⁶⁵ concernant encore le *Code criminel*. Alors qu'il était question d'une version ambiguë dans la première, l'enjeu dans la seconde visait deux versions claires mais inconciliables. Néanmoins, dans chaque cas, la Cour unanime a accepté le sens de la version française, commun aux deux.

162. *Nguyen c. Québec (Éducation, Loisir et Sport)*, [2009] 3 R.C.S. 208, par. 23-36.

163. *Blachford c. McBain* (1892), 20 R.C.S. 269, pp. 274-275; *R c. Dubois*, [1935] R.C.S. 378, pp. 401-403.

164. *R c. Mac*, [2002] 1 R.C.S. 856.

165. *R c. Daoust*, [2004] 1 R.C.S. 217.

L'affaire *Daoust* présente un intérêt additionnel. Dans ses motifs, le juge Bastarache, au nom de la Cour unanime, a expliqué les étapes à suivre dans l'interprétation croisée. Premièrement, il faut déterminer s'il y a antinomie¹⁶⁶. « Si les deux versions sont absolument et irréductiblement inconciliables, il faut alors s'en remettre aux autres principes d'interprétation »¹⁶⁷. S'il « y a ambiguïté, c'est-à-dire si une ou les deux versions de la loi sont "raisonnablement susceptible[s] de donner lieu à plus d'une interprétation" [...], il faut tenter de concilier les deux versions, c'est-à-dire chercher le sens qui est commun aux deux versions »¹⁶⁸, ce qui « favorisera la version qui n'est pas ambiguë, la version qui est claire »¹⁶⁹. « Si aucune des deux versions n'est ambiguë, ou si elles le sont toutes les deux, le sens commun favorisera normalement la version la plus stricte »¹⁷⁰. Ensuite, à la deuxième étape, il faut « vérifier si le sens commun ou dominant est conforme à l'intention législative suivant les règles ordinaires d'interprétation »¹⁷¹. La Cour semble, pour la première fois, avoir tracé une méthode à l'interprétation des lois bilingues, ce qui lui donne un caractère novateur. En y rassemblant une formation unanime, le juge Bastarache démontre une influence notable. Depuis cet arrêt, un livre est paru sur le sujet dans lequel le juge Bastarache a participé¹⁷². L'approche établie dans *Daoust* constitue maintenant le modèle à suivre pour l'interprétation des lois bilingues¹⁷³.

166. *Id.*, par. 27.

167. *Id.*

168. *Id.*, par. 28.

169. *Id.*

170. *Id.*, par. 29.

171. *Id.*, par. 30.

172. BASTARACHE, METALLIC, MORRIS et ESSERT, préc., note 49.

173. Voir *Medovarski c. Canada (ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2005] 2 R.C.S. 539, par. 24-26; *R c S.A.C.*, [2008] 2 R.C.S. 675, par. 14-16; *Robichaud c. Pharmacie acadienne de Beresford Ltée* (2008), 328 RNB (2^e) 205, par. 23 (CA); *R c L'Espinay* (2008), 228 CCC (3d) 129, par. 26 (CA CB); *Friesen (Brian Neil) Dental Corp c. Manitoba (Director of Companies Office)*, 2011 MBCA 20, par. 26.

e) *Charlebois c. Saint-Jean* (2005)

Cette affaire visait principalement l'interprétation du terme « institution » retrouvé à la *Loi sur les langues officielles*¹⁷⁴ et son extension aux municipalités. En réponse à une requête de l'appelant cherchant des déclarations linguistiques, la Ville de Saint-Jean avait présenté une motion préliminaire demandant son rejet; le document et l'affidavit à l'appui étaient uniquement en anglais. L'appelant s'y était objecté en plaçant une obligation de la municipalité, à titre d'institution, de les produire dans la langue de la partie civile en vertu de l'art. 22¹⁷⁵. Toutefois, pour bien saisir la portée de la cause, il importe d'étudier d'abord son contexte. Trois éléments en particulier valent la peine d'être considérés, dont l'appelant lui-même. Celui-ci s'est forgé une réputation dans la communauté juridique pouvant ne pas être très flatteuse. Notamment, déjà en 1995, un juge de la Cour du Banc de la Reine du Nouveau-Brunswick cernait le caractère avec lequel les tribunaux devaient composer :

[...] il est allégué essentiellement (et, en toute honnêteté, ces allégations semblent bien fondées) que Mario Charlebois a régulièrement et continuellement intenté des poursuites judiciaires et déposé des motions contre les requérants (et d'autres personnes), lesquelles poursuites ont été sommairement rejetées ou radiées pour le motif qu'elles étaient frivoles ou vexatoires ou qu'elles constituaient un usage abusif de la procédure judiciaire¹⁷⁶.

Donc, en partant, il fallait anticiper des difficultés procédurales. En effet, même si l'une des questions visait expressément les documents de la province, le procureur général du Nouveau-Brunswick était ajouté comme simple intervenant à la Cour d'appel, puis à la Cour suprême du Canada au lieu de

174. LNB 2002, ch. O-0.5 [LLO 2002].

175. *Id.*

176. *Dieppe (Ville) c. Charlebois* (1995), 163 RNB (2^e) 394, par. 5 (CBR).

partie intimée¹⁷⁷. Ensuite, seule l'interprétation de la *LLO 2002* avait été débattue et tranchée : aucun argument constitutionnel n'a été en jeu dans l'instance. Sauf à l'exception, la Cour ne se penche pas sur des questions qui n'ont pas été traitées aux paliers inférieurs¹⁷⁸.

Un deuxième facteur contextuel à prendre en compte est l'arrêt unanime de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick impliquant le même individu, rendu le 20 décembre 2001¹⁷⁹. En se fondant, entre autres, sur les motifs du juge Bastarache dans *Beaulac*, la formation a refusé d'y reconnaître comme autoritaire le jugement de la Cour suprême du Canada concernant l'application de l'art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* aux arrêtés municipaux au Québec¹⁸⁰. Il y a deux faits intéressants à prendre en compte à cet égard. D'abord, la cause de 1981 jugée non déterminante par la Cour d'appel avait été mentionnée en chambre¹⁸¹ lors du débat concernant l'adoption des par. 16(2) à 20(2) de la *Charte*. Deuxièmement, le juge en chef de la province, auteur des motifs de 2001, était le chef de l'opposition lorsque ces dispositions étaient débattues en 1981; il est aussi celui ayant

177. Voir *Nouveau-Brunswick (PG) c. Flood* (2007), 314 RNB (2^e) 107, par. 11 (CA).

178. Voir *Northern Telecom Ltd c. Communications Workers of Canada*, [1980] 1 R.C.S. 115, pp. 139-141; *Quebec Protestant School Boards*, préc., note 130, pp. 90-91; *Rio Hotel Ltd c. Nouveau-Brunswick (Commission des licences et permis d'alcool)*, [1987] 2 R.C.S. 59, p. 83; *Vickery c. Cour suprême de la Nouvelle-Écosse (Protonotaire)*, [1991] 1 R.C.S. 671, p. 679; *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (PG)*, [1996] 3 R.C.S. 480, pp. 492-493.

179. *Charlebois* (CA), préc., note 120.

180. *Blaikie* (1981), préc., note 130.

181. Nouveau-Brunswick, Assemblée législative, *Journal des débats (Hansard)*, 2 (8 avril 1981), p. 611 (Joseph Z. Daigle). Un auteur avait critiqué la *LLO 1969*, préc., note 7, comme n'étant pas généreuse dans le contexte municipal; voir BASTARACHE, « point de vue », préc., note 14, p. 195 (note 2); BASTARACHE, « Acadiens », préc., note 26, pp. 409-410. Voir *Synoptic Report of the Proceedings of the Legislative Assembly of the Province of New Brunswick*, 2 (4 décembre 1968), p. 708 (L'hon. Louis J. Robichaud). L'enchâssement constitutionnel de 1982 visait l'élévation des protections législatives existantes hors de la portée du législateur : MIGNEAULT, « progression », préc., note 24, pp. 106-107.

abordé le sujet. Par conséquent, la nouvelle définition offerte à l'expression « lois [...] de la législature » n'a pas retenu l'interprétation donnée sous l'art. 133 même si tout désaccord du constituant avec l'arrêt *Blaikie* (1981) aurait pu être remédié facilement avant l'extension de ce régime au Nouveau-Brunswick. Ironiquement, le même juge a accepté, dans les motifs menant au nouvel appel, que le par. 18(2), entre autres, tirait sa source de cette autre disposition¹⁸².

Au cours de l'audience devant la Cour suprême du Canada, les appelants ont procédé sur la base que la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick, en 2001, avait défini les obligations constitutionnelles provinciales et que la *LLO 2002* adoptée subséquemment visait seulement à les mettre en œuvre¹⁸³. Le principal enjeu devenait donc la mesure dans laquelle les valeurs constitutionnelles devaient servir à l'interprétation de la loi même lorsque le sens proposé pouvait autrement faire violence à son libellé et à l'intention originale du législateur (s'inspirant à ce titre de la séparation naturelle existant entre les municipalités et les autorités provinciales)¹⁸⁴. Indirectement, il était aussi question de l'avertissement unanime servi par la Cour suprême du Canada, dans *Stoffman*¹⁸⁵, de ne pas confondre le test applicable en matière linguistique à celui applicable sous le régime de l'art. 32 de la *Charte*.

Lors des arguments oraux, le juge Bastarache a été relativement actif. Il a alors proposé de comparer les art. 27, 28 et

182. *Charlebois c. Saint Jean (Ville)* (2004), 275 RNB (2^e) 203, par. 29 (CA).

183. Voir Michel DOUCET et Mark POWER, « *Charlebois c. Saint John (ville)* : phare d'une régression en matière de droits linguistiques? » (2006) 8 RCLF 383. Les auteurs représentaient l'AJEFNB à la Cour suprême du Canada.

184. Les municipalités ne sont pas des « agents » des gouvernements provinciaux : *Loi sur les municipalités*, LRNB 1973, ch. M-22, art. 3, 4 et 9; *Loi sur les élections municipales*, LNB 1979, ch. M-21.01; *Blaikie* (1981), préc., note 130, p. 324; *Fédération Franco-ténoise c. Canada*, [2001] 3 CF 641, par. 37 et 42 (CAF); *R c. St-Jean*, [1987] NWTR 118 (CSY).

185. *Stoffman c. Vancouver General Hospital*, [1990] 3 R.C.S. 483, pp. 507-510 (La Forest) et 540-541 (Wilson).

36 de la *LLO 2002* pour démontrer que le dernier constituait une exception aux premiers. Ils stipulent :

27. Le public a le droit de communiquer avec toute institution et d'en recevoir les services dans la langue officielle de son choix.

28. Il incombe aux institutions de veiller à ce que le public puisse communiquer avec elles et à en recevoir les services dans la langue officielle de son choix.

[...]

36. Les municipalités et les cités visées aux paragraphes 35(1), (2) ainsi qu'à l'article 37 sont tenues d'offrir, dans les deux langues officielles, les services et les communications prescrits par règlement¹⁸⁶.

Sa position est reprise au par. 50 des motifs :

Selon l'AJEFNB, il est possible de lire ensemble les art. 27, 28 et 36 de telle sorte que toutes les municipalités soient tenues de répondre à une communication, cette obligation n'étant pas prévue à l'art. 36, mais que seules les municipalités tenues d'offrir les services prévus à l'art. 36 soient assujetties à l'obligation relative aux services imposée par les art. 27 et 28¹⁸⁷.

Il importe de s'arrêter à cet argument plus précisément. D'abord, en évacuant la notion de communication de l'art. 36, il désirait peut-être réduire l'obligation des art. 27 et 28 à celle d'offre active. Si c'est le cas, alors cette position ignore le libellé de l'art. 28.1 : « Il incombe aux institutions de veiller à ce que les mesures voulues soient prises pour informer le public que leurs services lui sont offerts dans la langue officielle de son choix »¹⁸⁸.

186. *LLO 2002*, préc., note 174, art. 27, 28 et 36; les soulignés sont ajoutés.

187. *Charlebois c. Saint John (Ville)*, [2005] 3 R.C.S. 563, par. 50 [*Charlebois (CSC)*].

188. *LLO 2002*, préc., note 174, art. 28.1.

Le par. 31(1), concernant les services policiers, est à peu près au même effet. Par conséquent, accepter l'argument sous cette forme aurait pour résultat de vider l'art. 28.1 de tout son sens, le législateur s'étant répété inutilement. Néanmoins, le langage des art. 27, 28 et 36 dépasse clairement la simple notion d'offre active.

Une autre possibilité est que le juge Bastarache aurait interprété restrictivement les art. 27 et 28, pour les limiter aux seules « communications » avec les institutions (pour ce qui concerne les municipalités), tout en recentrant l'art. 36 sur la seule livraison des services. Cette approche aurait modifié implicitement l'aspect des premiers référant au droit de « recevoir les services », puis le segment du dernier traitant des « communications ». Les trois libellés sont pourtant équivalents, parlant de « communiquer » avec les institutions et d'en « recevoir les services », puis « d'offrir [...] les services et les communications ». Les éléments énoncés dans le règlement adopté sous l'art. 36 révèlent plusieurs « communications » au sens où l'entendent vraisemblablement les art. 27 et 28¹⁸⁹; son titre même réfère aux communications. L'al. 45c) de la loi confirme effectivement un pouvoir de réglementer « les services et les communications »¹⁹⁰ des municipalités. Il ne suffisait donc pas d'appliquer un simple principe d'exception comme celui retrouvé à l'art. 33(1) en matière de services de santé¹⁹¹. Pour accepter la position du magistrat, il aurait fallu appliquer un principe de double modification implicite supprimant la partie des art. 27 et 28 traitant des services municipaux puis de l'art. 36, de l'al. 45c) et du règlement celle des communications. Autrement, les municipalités exclues des art. 35 et 36 auraient hérité de

189. Voir *Règlement sur les services et communications – Loi sur les langues officielles*, Règl NB 2002-63.

190. *LLO 2002*, préc., note 174, art. 45c).

191. *Id.*, art. 33(1). Cette disposition stipule qu'« [a]ux fins de la prestation des soins de santé dans la province et malgré la définition du mot 'institution' à l'article 1, une institution au sens des articles 27 et 28 s'entend du réseau des établissements, installations et programmes de santé relevant du ministère de la Santé et du Mieux-être ou des régies régionales de la santé établies en vertu de la *Loi sur les régies régionales de la santé* ».

responsabilités linguistiques de communication supérieures aux autres, alors que l'inverse est l'objet manifeste de la loi. Ces difficultés sont complètement évitées lorsque les art. 27-28 et 36 sont interprétés comme deux tous mutuellement exclusifs. L'interprétation est appuyée par les art. 5 et 37 répétant le même principe dans les deux différents contextes¹⁹².

Finalement, il est peu probable que le juge tentait de réduire la notion de communication à un simple droit d'utiliser une langue sans le droit correspondant de recevoir le service dans cette langue. Une telle position aurait pour effet de recycler l'argument similaire présenté par le juge Beetz, dans *Société des Acadiens*, par rapport au par. 19(2) de la *Charte* mais en l'étendant davantage, car ce dernier avait accepté d'inclure dans l'action de « communiquer » le droit d'être compris¹⁹³. Elle aurait aussi été contraire aux motifs que le juge Bastarache a lui-même donnés en 1999 dans l'affaire *Beaulac* en accordant aux droits linguistiques un caractère positif plutôt que négatif. Comme il l'expliquait plus tard, « on ne peut donner substance à une collectivité linguistique si la loi protège uniquement la liberté d'expression individuelle »¹⁹⁴. Par conséquent, peu importe la version adoptée, la position relatée au par. 50 précité des motifs paraît reposer sur des fondations plutôt chancelantes.

De toute apparence, le facteur ayant fait la différence entre les motifs majoritaires et ceux de la minorité est l'hypothèse de départ concernant la décision de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick de 2001. À cet égard, le juge Bastarache écrivait :

Un élément important à considérer dans le présent pourvoi est la proposition selon laquelle le législateur entend mettre en œuvre les droits prévus par la *Charte*, tels qu'ils ont été interprétés par la Cour d'appel en 2001. [...] En réalité, une interprétation restrictive fondée uniquement sur une application mécanique de la règle de

192. *Id.*, art. 5 et 37.

193. *Société des Acadiens*, préc., note 126, p. 575.

194. *Dunmore*, préc., note 1, par. 17.

l'uniformité d'expression ne tient compte ni de l'intention du législateur qui ressort du préambule de la *LLO*, ni du simple fait que le gouvernement a décidé de donner suite à la décision *Charlebois* de 2001 qui définit le mot « institution », au lieu de se pourvoir devant notre Cour¹⁹⁵.

La juge Charron, au nom de la majorité, répondait simplement à cet argument comme suit :

Premièrement, il convient de souligner que l'arrêt *Charlebois c. Moncton* portait sur le par. 18(2) de la *Charte*; partant, la conclusion de la cour selon laquelle les municipalités sont des « institutions » pour l'application du par. 16(2) est une opinion incidente. Notre Cour n'a jamais tranché la question de savoir si les municipalités sont des institutions au sens du par. 16(2), cette question n'est pas soulevée dans le présent pourvoi et je n'exprime aucune opinion sur la justesse de cette interprétation¹⁹⁶.

Évidemment, se retrouvant en minorité, les motifs du juge Bastarache n'ont pas fait autorité dans cette cause. Comme il a déjà été discuté, il aurait utilisé les valeurs de la *Charte* pour opérer une double modification implicite dans le sens de la loi alors que l'application du principe de la cohérence permettait de résoudre complètement l'inconsistance observée. De telles difficultés étaient absentes de l'affaire *Solski*¹⁹⁷, où une méthode similaire a été utilisée pour interpréter une loi. Plutôt que de commencer l'analyse par une considération de la loi, la minorité applique un argument circulaire en utilisant les valeurs constitutionnelles pour créer une ambiguïté et ensuite se servir des mêmes valeurs pour la résoudre. C'est là l'opinion la plus controversée qu'il a produite en matière linguistique et une majorité de la formation s'en est écartée. Les deux autres membres d'une minorité linguistique à la Cour, les juges Fish (anglophone du Québec) et Charron (francophone de l'Ontario), se

195. *Charlebois* (CSC), préc., note 187, par. 50.

196. *Id.*, par. 15.

197. Préc., note 122.

sont rangés du côté de la majorité, dont les motifs ont été rédigés par cette dernière.

f) *Forum des maires de la Péninsule acadienne* (2005)

Cette affaire présente aussi de l'intérêt même s'il n'y a eu aucun prononcé sur le fond. Elle concernait une réorganisation administrative des services de l'agence fédérale d'inspection des aliments. Ses bureaux étaient réaménagés de sorte que des emplois dans la Péninsule acadienne, au Nouveau-Brunswick, étaient transférés ailleurs. Invoquant une disposition de la loi fédérale sur les langues officielles, l'organisme plaignant a demandé le rétablissement des positions dans la région, alléguant entre autres que la décision contestée ne favorisait pas le développement de la communauté linguistique francophone. Malgré l'exclusion de l'article invoqué de la partie concernant les recours, on a tenté de s'en servir pour supporter une requête en jugement déclaratoire à la Cour fédérale. Selon les motifs rendus en appel, cet aspect de la demande n'était pas recevable et a donc été rejeté. Une requête en autorisation d'appel était subséquemment soumise à la Cour suprême du Canada pour être accordée le 17 février 2005. Le juge Bastarache n'y a pas pris part.

Après le prononcé sur l'autorisation d'appel, la procédure a suivi son cours normal et la date prévue de l'audience a été fixée au 9 décembre 2005. Cependant, le 25 novembre, le Parlement adoptait un amendement à la *Loi sur les langues officielles* (fédérale) ajoutant aux recours les plaintes formulées en vertu de l'article mentionné précédemment¹⁹⁸. Sans inviter les parties à formuler des arguments sur le caractère théorique de l'appel, la Cour expédiait, le 6 décembre, trois jours avant l'audition, une lettre les avisant du retrait de l'autorisation d'appel. De brefs motifs ont été émis le 19 décembre 2005¹⁹⁹ appuyés de sept juges; le juge Bastarache est parmi les deux absents. Il semble difficile d'expliquer ce silence, surtout qu'il attendait l'instance avec

198. *Loi modifiant la Loi sur les langues officielles (promotion du français et de l'anglais)*, LC 2005, ch. 41.

199. *Forum des maires*, préc., note 98.

impatience²⁰⁰. Tout ceci survenait à peu près au même moment où les motifs très partagés de *Charlebois* (CSC) étaient émis (le 15 décembre 2005). Il faut aussi préciser que l'opinion de la Cour d'appel fédérale dans cette instance a essentiellement été entérinée par la Cour suprême du Canada depuis la retraite du juge Bastarache²⁰¹.

g) *SAANB c. GRC* (2008)

Tout comme pour l'affaire *Charlebois* débattue à la Cour suprême du Canada en 2005, cette instance a été menottée par des formalités de procédure. La cause avait originalement été initiée en Cour du Banc de la Reine sous forme de révision judiciaire : la Société des Acadiens et Acadiennes du Nouveau-Brunswick contestait alors un rapport interne de la GRC proposant une réduction des exigences linguistiques pour les agents stationnés au Nouveau-Brunswick. Même s'il s'agissait d'une institution fédérale et d'une décision strictement administrative, la demanderesse alléguait une obligation par cette entité de tenir compte des particularités linguistiques de la province en établissant les compétences langagières de ses officiers. Puisque le litige visait l'activité interne d'un organisme du gouvernement du Canada, le juge de la requête initiale acceptait l'argument de l'intimé et renvoyait l'affaire à la Cour fédérale²⁰². Concédant le bien-fondé du jugement, la requérante procédait comme suggéré au lieu de le porter en appel.

Une fois les nouveaux actes de procédure produits et déposés à la division de première instance de la Cour fédérale, une dame était arrêtée par un officier de la GRC dans la région de Woodstock, au Nouveau-Brunswick, pour une infraction au code

200. BASTARACHE, « égalité réelle », préc., note 48, p. 19.

201. *DesRochers*, préc., note 65, par. 32-37.

202. *Société des Acadiens et des Acadiennes du Nouveau-Brunswick c. Canada (Gendarmerie royale du Canada)* (2001), 244 RNB (2^e) 366 (CBR). Voir aussi *Rudolph Wolff & Co c. Canada*, [1990] 1 R.C.S. 695; *Dywidag Systems International, Canada Ltd c. Zutphen Brothers Construction Ltd*, [1990] 1 R.C.S. 705; *Canada (PG) c. TeleZone Inc.*, [2010] 3 R.C.S. 585, par. 19, 47 et 51-52.

de la route. L'inculpée alléguait une violation à ses droits linguistiques et une nouvelle action était initiée, celle-ci sous forme de recours constitutionnel. La Cour acceptait de réunir les deux litiges et dans un arrêt rendu en 2006, les requêtes étaient accueillies et une déclaration émise défavorable au gouvernement fédéral²⁰³. En appel, celui-ci a soulevé deux questions procédurales : 1) toute obligation, s'il y a lieu, reposait sur la province puisque les services policiers étaient livrés à son compte en vertu d'un contrat (donc on n'avait pas poursuivi la bonne partie) et 2) pour cette raison, la Cour fédérale ne pouvait émettre les déclarations accordées, seule la Cour du Banc de la Reine étant compétente. Alors que le gouvernement du Canada aurait possiblement pu joindre la province comme tierce partie en Cour fédérale²⁰⁴, la demanderesse aurait été contrainte d'aller en Cour du Banc de la Reine pour poursuivre une action contre le gouvernement du Nouveau-Brunswick²⁰⁵. Évidemment, puisque la *Charte* ne modifie pas le partage des compétences²⁰⁶, la Cour d'appel fédérale a juridiction pour définir l'étendue des obligations découlant du par. 20(1) sans avoir à discuter les obligations provinciales en vertu du par. 20(2)²⁰⁷, mais aucun effort en ce sens n'a été engagé²⁰⁸.

À la Cour suprême du Canada, parmi les arguments présentés, il y a celui de l'importance de premièrement définir la portée des obligations fédérales en vertu du par. 20(1), avant de se prononcer sur le rôle de la province. À ce titre, le deuxième alinéa de la disposition, parlant de « vocation du bureau », exige

203. [2006] 1 RCF 490 (CF (1^{re} inst)).

204. *Loi sur la compétence des tribunaux fédéraux*, LRNB 1973, ch. F-8, art. 1a).

205. Voir *Trainor Surveys (1974) Ltd c. Nouveau-Brunswick*, [1990] 2 CF 168 (CF (1^{re} inst)); *Lavigne c. Canada (Développement des ressources humaines)*, [2002] 2 CF 164 (CF (1^{re} inst)), confirmé au [2003] ACF n° 741 (CAF); *Sylvain c. Canada (Agriculture et Agroalimentaire)*, [2004] ACF n° 1814 (CF (1^{re} inst)); *Isen c. Simms*, [2006] 2 R.C.S. 349, par. 29. Voir aussi Gaétan MIGNEAULT, « L'administration de la justice et la structure judiciaire canadienne » (2006) 37 R.D.U.S. 41.

206. *Charte*, préc., note 60, art. 31.

207. Voir *Doucet c. Canada*, [2005] 1 RCF 671 (CF (1^{re} inst)).

208. [2007] 2 RCF 177 (CAF).

possiblement une prise en compte du caractère linguistique particulier de la clientèle cible qui, dans le cas du Nouveau-Brunswick, est définie par les art. 16(2), 16.1 et 20(2) de la *Charte*. Plusieurs difficultés découlant des motifs de la Cour fédérale ont aussi été soulevées, dont le genre de découpage chirurgical à faire entre la responsabilité respective des deux ordres de gouvernement, exercice déjà qualifié d'impraticable par la Cour suprême du Canada dans *Putnam* : « Il me paraît ni possible ni utile de diviser les fonctions d'application de la loi du détachement de la G.R.C. afin d'établir si à certains égards ses membres sont assujettis aux procédures de *The Police Act, 1973* et si à d'autres égards ils ne le sont pas »²⁰⁹. Surtout que la Cour a déjà reconnu le rôle limité de la province dans les opérations administratives de la GRC :

Dès le moment où elle a entrepris de remplir ses obligations contractuelles, la GRC est devenue responsable de tout ce que ce travail policier peut entraîner. C'est la GRC qui est responsable de l'embauche, de la formation, de la discipline et de la promotion des agents. C'est la GRC qui détermine leur lieu et leurs heures de travail, leur rémunération et leurs pensions, qui leur fournit le matériel nécessaire et qui voit à son entretien. C'est la GRC qui est obligée de fournir tout ce qui est nécessaire pour assurer le respect des clauses du contrat. La méthode retenue pour effectuer la patrouille peut fort bien être différente des méthodes qu'employait la Patrouille routière du Nouveau-Brunswick²¹⁰.

Prétendre que le gouvernement du Nouveau-Brunswick peut contrôler les désignations linguistiques des officiers employés par cet organisme semble plutôt illusoire.

Dans les motifs produits au nom de la Cour, le juge Bastarache évite les principales questions soumises par les parties, se limitant essentiellement au contrat existant entre les

209. *Alberta (PG) c. Putnam*, [1981] 2 R.C.S. 267, p. 277.

210. *Flieger c. Nouveau-Brunswick*, [1993] 2 R.C.S. 651, p. 665. Voir aussi *Québec (PG) c. Canada (PG)*, [1979] 1 R.C.S. 218, pp. 242-243.

gouvernements du Canada et du Nouveau-Brunswick. Aucune tentative n'est faite de définir les obligations et responsabilités premières et indépendantes du fédéral en vertu du par. 20(1) de la *Charte* et rien n'est dit du rôle de la Cour fédérale à cet égard ou lorsque des fonctions provinciales sont soulevées. Le prononcé est silencieux quant à la cause initiale visant le rapport interne de l'enquêteur révisant les désignations linguistiques et son devoir de considérer le caractère linguistique particulier de la clientèle cible. La Cour paraît avoir rejeté la partie du raisonnement de la Cour d'appel fédérale attribuant une responsabilité provinciale, sinon elle aurait sûrement retourné l'affaire à la Cour du Banc de la Reine comme le demandait l'intimé, mais ceci n'est pas clair. Pourtant, dans ses remarques introductives, lorsqu'il affirmait qu'« avant d'examiner de plus près ces diverses prétentions »²¹¹, le magistrat paraissait se préparer à une analyse longue et détaillée au lieu du bref jugement produit n'adressant pas les « diverses prétentions ». Ceci dit, un communiqué de presse²¹² avait déjà annoncé sa retraite lorsque l'arrêt fut rendu le 11 avril 2008.

Il semble, à la lecture de ces motifs, que le juge Bastarache ait délibérément évité de semer la controverse. Néanmoins, comme dans l'affaire *Arsenault-Cameron* discutée précédemment, il réussissait à maintenir l'unanimité de la Cour sans bouleverser l'état du droit. Le litige central concernant la responsabilité d'un organisme fédéral envers la minorité linguistique du Nouveau-Brunswick n'a pas été résolu. Il s'agit d'un autre prononcé suggérant une influence modérée du magistrat sur la jurisprudence et l'approche adoptée risque d'en limiter grandement la valeur de précédent.

Conclusion

Une considération attentive de la jurisprudence de la Cour suprême du Canada révèle une dynamique particulière se jouant en matière de droit linguistique. Notamment, il semble y avoir une préférence pour la production d'arrêts à la fois unanimes et

211. SAANB, préc., note 92, par. 12.

212. Préc., note 51.

anonymes. Cette pratique se rattache sûrement au caractère sensible et volatile de ce genre de question. La tendance est surtout marquante dans les instances émanant du Québec. En ce sens, le juge Bastarache n'a eu aucun effet remarquable à la Cour pendant son séjour. S'il n'eut aucune influence notoire sur la pratique de la Cour, il est plus difficile d'en dire autant en ce qui concerne la production de jugements. Des juges considérés, il est l'un de ceux qui a rédigé le plus souvent des motifs dans ce type de causes. Sauf pour les juges Laskin et Beetz, il est celui qui a obtenu le moins de motifs dissidents. L'information révèle aussi qu'il a eu un certain impact sur les demandes d'autorisation d'appel, celles-ci ayant été plus fréquemment accordées en sa présence de 1998 à 2008. Ceci dit, pour avoir une idée plus précise de cette influence, il aurait encore fallu pouvoir mener des tests sur les différences observées afin d'évaluer si elles sont statistiquement significatives, mais la taille de l'échantillon aurait rendu l'exercice futile.

Une analyse qualitative des motifs qu'il a fournis en la matière tend à confirmer un mouvement subtil en faveur de ses préférences idéologiques (caractère universel, égalitaire et collectif) associées aux protections linguistiques ainsi qu'un rôle réparateur accru pour les tribunaux s'y prononçant. Cependant, rien de ce qu'il a écrit au nom de la Cour, unanime ou majoritaire, n'est particulièrement controversé. Il a recyclé des idées et des concepts formulés et acceptés par des formations de la Cour suprême du Canada auparavant alors que ses opinions antérieures étaient habituellement plus tranchées. Même pour les motifs opportuns rédigés dans *Beaulac*²¹³, questionnant ceux du juge Beetz dans *Société des Acadiens*²¹⁴, il est difficile de dire qu'ils rejetaient un courant jurisprudentiel très convaincant et bien établi. Sans réduire l'importance de son prononcé pour l'engouement qui l'a suivi, il a surtout démontré la déviation qui s'était effectuée dans l'état du droit en 1986 (peut-être un hommage à l'influence du juge Beetz). Il a quand même pu alimenter une nouvelle dynamique en droit linguistique. Les arrêts *Arsenault-Cameron* et

213. Préc., note 61.

214. Préc., note 126.

SAANB se caractérisent par l'évitement des principales questions du litige en se concentrant sur une matière de droit administratif dans le premier cas et au domaine contractuel dans le second, avec peu d'impact prévisible sur les enjeux linguistiques. Par contre, les motifs dissidents du juge Bastarache dans *Charlebois* (CSC)²¹⁵ sont beaucoup plus osés, mais une majorité de la Cour a refusé d'en suivre la direction, ce qui leur donne un poids réduit dans l'analyse de cette jurisprudence, mais suggère une influence plutôt modérée au sein du tribunal. Ainsi, il est possible de résumer ses principales contributions à la clarification de l'objet des droits linguistiques en leur donnant un nouveau souffle, à la formulation d'une méthode à l'interprétation croisée et à l'utilisation d'une approche de droit administratif à la résolution d'enjeux constitutionnels.

La carrière et les travaux du juge Bastarache ont aussi été abordés, non dans l'objectif d'en expliquer toutes les ramifications, mais seulement pour illustrer l'origine potentielle de certains prononcés. Des parallèles intéressants ont pu être établis entre ses expériences et les motifs produits pendant son séjour à la Cour suprême du Canada. À titre de plaideur et de chercheur, ses travaux peuvent avoir eu une influence sur la pensée juridique avant son accession à la magistrature, mais une telle évaluation n'était pas le but de cet article. Ceci dit, il peut être utile de noter que le principal ouvrage collectif en matière de droit linguistique produit sous sa direction, *Les droits linguistiques au Canada*²¹⁶, paru en 1986, n'a été cité dans aucun jugement du plus haut tribunal du pays avant 2002²¹⁷, après sa nomination.

215. Préc., note 187.

216. Préc., note 26.

217. Lavigne, Préc., note 149, par. 63.

Tableau 1
Principaux arrêts de la Cour suprême du Canada
prononcés sur fond de droit linguistique (1975-2011)

Arrêts	Année	Résultat	Origine	Auteur(s)
Thorson	1974	Division	Ontario	Judson (3) Laskin (6)
Jones	1975	Unanime	Nouveau-Brunswick	j.c. Laskin (9)
Blaikie (no 1)	1979	Unanime	Québec	Cour (9)
Forest	1979	Unanime	Manitoba	Cour (7)
Blaikie (no 2)	1981	Unanime	Québec	Cour (7)
Renvoi—veto du Québec	1982	Unanime	Québec	Cour (9)
Québec Protestant School Boards	1984	Unanime	Québec	Cour (7)
Renvoi—droits linguistiques au Manitoba	1985	Unanime	Manitoba	Cour (7)
Ordonnance—droits linguistiques au Manitoba	1985	Unanime	Manitoba	Cour (5)
Bilodeau	1986	Division	Manitoba	j.c. Dickson (6) Wilson (1)
MacDonald	1986	Division	Québec	j.c. Dickson (1) Beetz (5) Wilson (1)
S.A.N.-B.	1986	Concourant	Nouveau-Brunswick	j.c. Dickson (1) Beetz (5) Wilson (1)
Mercure	1988	Division	Saskatchewan	La Forest (6) Estey (2)
Forget	1988	Division	Québec	j.c. Dickson (1) Lamer (5) Wilson (1) L'Heureux-Dubé (1)
Ford	1988	Unanime	Québec	Cour (5)
Devine	1988	Unanime	Québec	Cour (5)
Brunet	1990	Unanime	Québec	j.c. Dickson (9)
Mahe	1990	Unanime	Alberta	j.c. Dickson (7)
Paquette	1990	Unanime	Alberta	j.c. Lamer (7)

Ordonnance— droits linguistiques au Manitoba	1990	Unanime	Manitoba	j.c. Lamer (7)
Renvoi—droits linguistiques au Manitoba	1992	Unanime	Manitoba	Cour (9)
Sinclair	1992	Unanime	Québec	Cour (7)
Renvoi—Loi sur les écoles publiques (Man.)	1993	Unanime	Manitoba	j.c. Lamer (7)
Renvoi—sécession du Québec	1998	Unanime	Québec	Cour (9)
Beaulac	1999	Concourant	Colombie- Britannique	j.c. Lamer/Binnie (2) Bastarache (7)
Arsenault- Cameron	2000	Unanime	Île-du-Prince- Édouard	Major/Bastarache (9)
Peters	2001	Unanime	Québec	Bastarache (7)
Mac	2002	Unanime	Ontario	Bastarache (7)
Lavigne	2002	Unanime	Fédéral (Qc)	Gonthier (9)
Doucet-Boudreau	2003	Division	Nouvelle- Écosse	Iacobucci/Arbour (5) Lebel/Deschamps (4)
Daoust	2004	Unanime	Québec	Bastarache (7)
Solski	2005	Unanime	Québec	Cour (7)
Gosselin	2005	Unanime	Québec	Cour (7)
Casimir	2005	Unanime	Québec	Cour (7)
Charlebois	2005	Division	Nouveau- Brunswick	Charron (5) Bastarache (4)
Forum des maires	2005	Unanime	Fédéral (N.-B.)	Cour (7)
GRC	2008	Unanime	Fédéral (N.-B.)	Bastarache (9)
Desrochers	2009	Unanime	Fédéral (Ont.)	Charron (7)
Nguyen & Bindra	2009	Unanime	Québec	Lebel (7)
Caron	2011	Concourant	Alberta	Binnie (8) Abella (1)
Total 40 Bastarache 13 Absent 27		33 (82,5 %) 11 (84,6 %) 22 (81,5 %)	17 – Québec 7 – Manitoba 4 – fédéral 3 – N.-B.	16 – Cour 21 – 7 juges 14 – 9 juges 3 – 5 juges 2 – 8 juges

Tableau 2
Participation du juge Bastarache aux arrêts
prononcés sur fond de droit linguistique

Arrêts	Année	Position*	Origine	Auteur(s)
Renvoi— sécession du Québec	1998	Unanime	Québec	Cour
Beaulac	1999	Concourant	Colombie- Britannique	j.c. Lamer/Binnie Bastarache
Arsenault- Cameron	2000	Unanimité	Île-du-Prince- Édouard	Major/Bastarache
Peters	2001	Unanimité	Québec	Bastarache
Mac	2002	Unanimité	Ontario	Bastarache
Lavigne	2002	Unanimité	Fédéral (Qc)	Gonthier
Doucet- Boudreau	2003	Majorité	Nouvelle- Écosse	Iacobucci/Arbour Lebel/Deschamps
Daoust	2004	Unanimité	Québec	Bastarache
Solski	2005	Unanimité	Québec	Cour
Gosselin	2005	Unanimité	Québec	Cour
Casimir	2005	Unanimité	Québec	Cour
Charlebois	2005	Minorité	Nouveau- Brunswick	Charron Bastarache
Forum des maires	2005	-----	Fédéral (N.- B.)	Cour
GRC	2008	Unanimité	Fédéral (N.- B.)	Bastarache

*. les mentions en caractères gras sont celles où le juge Bastarache a écrit des motifs.

Tableau 3

Participation du juge Bastarache aux demandes d'autorisation d'appel dans des instances présentant un aspect linguistique

Cause (dossier)	Année	Juridiction	Statut	Résultat
Roodman (26374)	1998	Ontario	Présent	Rejetée
Beaulac (26416)	1998	Colombie-Britannique	Présent	Accordée
Arsenault-Cameron (26682)	1998	Île-du-Prince-Édouard	Présent	Accordée
Lavigne (26774)	1998	Fédéral (Qc)	Présent	Rejetée
Cross/Montour (26944)	1999	Québec	Présent	Accordée
Noiseux (27212)	1999	Québec	Présent	Rejetée
Manoussakis (27215)	1999	Québec	Présent	Rejetée
Denton (27579) Peters (27581)	2000	Québec	Absent	Accordée
Devinat (27727)	2000	Fédéral	Présent	Rejetée
Lavigne (28188)	2001	Fédéral (Qc)	Présent	Accordée
Morand (28257)	2001	Québec	Présent	Rejetée
Mac (28457)	2001	Ontario	Présent	Accordée
Westmount (28869) Baie d'Urfé (28870) Hampstead (28893)	2001	Québec	Présent*	Rejetée
Doucet-Boudreau (28807)	2002	Nouvelle-Écosse	Présent	Accordée
Lavigne (28836)	2002	Québec	Présent	Rejetée
Entreprises W.F.H. (28978)	2002	Québec	Absent**	Rejetée
Nascimento (29151)	2002	Québec	Présent	Rejetée
Fournier/Bryntwick (29165)	2002	Ontario	Présent	Rejetée
Contenants industriels (29275)	2002	Québec	Absent	Rejetée
Solski (29297) Gosselin (29298) Casimir (29299)	2003	Québec	Présent	Accordée
Stadnick (29457) Rose (29420)	2003	Québec	Absent	Rejetée
Ayangma (29697)	2003	Fédéral	Absent	Rejetée

Mackenzie (30359)	2005	Nouvelle-Écosse	Présent	Rejetée
Charlebois (30467)	2005	Nouveau-Brunswick	Absent	Accordée
Macfarlane (30522)	2005	Nouveau-Brunswick	Présent	Rejetée
Forum des maires (30545)	2005	Fédéral (N.-B.)	Absent	Accordée
Schneider (30620)	2005	Nouvelle-Écosse	Absent	Rejetée
Schneider (30761)	2005	Nouvelle-Écosse	Absent	Rejetée
Lavigne (31043)	2005	Fédéral (Qc)	Absent	Rejetée
Norton (31062) Temple (31063) Bonner (31064)	2005	Fédéral	Absent	Rejetée
Giroux (31284)	2006	Ontario	Présent	Rejetée
Société des Acadiens (31583)	2006	Fédéral (N.-B.)	Présent	Accordée
Mohammadi (31646)	2006	Québec	Absent	Rejetée
Desrochers (31815)	2007	Fédéral (Ont.)	Présent	Accordée
McGraw (31995)	2007	Nouveau-Brunswick	Présent	Rejetée
Nguyen (32229) Bindra (32319)	2008	Québec	Présent	Accordée
Knopf (32416)	2008	Fédéral	Absent	Rejetée

*. pleine formation.

**. présent au début mais remplacé par la suite.

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : NAVIGUER SUR INTERNET JUSQU'À L'ÉPUISEMENT?

Auteur(s) : Charles L. LAMBONI
Carole SÉNÉCHAL

Revue : RDUS, 2012, volume 42, numéro 3

Pages : 629-675

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/10282>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/10282>

Page vide laissée intentionnellement.

ARTICLE

NAVIGUER SUR INTERNET JUSQU'À L'ÉPUISEMENT?

par Charles L. LAMBONI*
Carole SÉNÉCHAL**

Le développement du droit d'auteur a été motivée depuis toujours de façon à bien gérer les rapports délicats entre les auteurs et le public afin de tenir compte des intérêts de chacun. Si le public veut avoir accès au travail de l'auteur en vue de bénéficier des avantages culturels qui y sont transmis, on doit également reconnaître à l'auteur une exclusivité d'exploitation de son œuvre pour les fins de sa commercialisation. Le concept d'épuisement des droits a cependant été élaboré en vue de tempérer l'exercice exclusif du droit d'auteur. Où se situe le point d'équilibre entre les droits intellectuels et ceux du public dans le respect du libéralisme économique? L'objectif de ce texte est de répondre à cette question.

An important stimulus in the development of copyright law has been the goal of balancing the sensitive relationship between authors and the general public in light of the interests of each. If the public wishes to benefit from the cultural advantages inherent in an author's work, one must also recognize the author's right to enjoy exclusive use of his or her work for commercial purposes. However, the concept of copyright exhaustion was created with the intent of limiting copyright exclusivity. How can one balance intellectual rights with the rights of the public while preserving the principles of economic liberalism? The goal of this article is to provide an answer to this question.

*. Maîtrise en droit.

** . Ph. D., professeure, Faculté d'éducation de l'Université d'Ottawa.

SOMMAIRE

1. Les fondements de la théorie de l'épuisement des droits d'auteur	633
1.1 Le fondement théorique du principe de l'épuisement	635
1.2 Le fondement géographique et commercial du principe de l'épuisement	636
1.2.1 Le principe de la territorialité de l'épuisement des droits d'auteur	636
1.2.2 L'épuisement national	637
1.2.3 L'épuisement communautaire	637
1.2.4 L'épuisement international	641
1.3 Le principe de la libre circulation des marchandises et des services	643
1.4 Le phénomène des importations parallèles	645
2. La mise en œuvre du principe de l'épuisement des droits d'auteur	647
2.1 Le consentement du titulaire	647
2.2 Les limites du principe de l'épuisement des droits	649
3. Le sort du principe de l'épuisement dans l'environnement numérique	653
3.1 L'impact des nouvelles technologies sur la théorie de l'épuisement	654
3.2 La survivance de la théorie de l'épuisement dans l'univers virtuel	658
3.3 La technologie à l'origine de nouvelles formes d'épuisement illégal	666
Conclusion	673

Le développement du droit d'auteur s'inspire depuis toujours de cette nécessité de bien gérer les rapports délicats entre les auteurs, les œuvres et le public afin d'harmoniser les intérêts de chacun. D'une part, le public veut avoir accès au travail intellectuel de l'auteur pour y tirer profit et bénéficier des avantages culturels qui y sont transmis. D'autre part, est reconnue à l'auteur une exclusivité d'exploitation de son œuvre – un véritable monopole – pour les fins de sa commercialisation. Cette position juridique privilégiée lui permet, d'un côté, de contrôler la distribution de ses œuvres à l'intérieur du territoire où il peut faire valoir ses droits et, de l'autre côté, de s'opposer à l'importation de ces mêmes œuvres qui ont pu être commercialisées avec son consentement sur d'autres territoires, où lui est accordée une protection équivalente.

Comment dès lors préserver le monopole d'exploitation de l'auteur tout en répondant aux impératifs du libéralisme économique? Où se situe le point d'équilibre entre les droits intellectuels et ceux du public¹? C'est ainsi que le concept d'épuisement des droits a été élaboré en vue de tempérer cet exercice considéré comme exclusif du droit d'auteur. Ce principe a été décrit par le professeur Moyse en ces termes :

Le principe de l'épuisement fait prévaloir le droit du propriétaire du bien physique sur celui de l'auteur : la première vente d'un exemplaire d'une œuvre met fin au droit de l'auteur sur cet exemplaire; il peut donc être prêté, revendu, loué, etc. L'exemplaire est ainsi affranchi du droit qui réside dans l'œuvre et qui pourrait interférer avec le sort du bien physique qui l'incorpore. Le sort de l'exemplaire est finalement celui de tout autre bien, il est libre de circulation².

-
1. André FRANÇON, *La propriété littéraire et artistique en Grande-Bretagne et aux États-Unis : étude critique*, Paris, A. Rousseau, 1955.
 2. Pierre-Emmanuel MOYSE, *Le droit de distribution électronique, Essai sur le droit de distribution des œuvres en droit d'auteur canadien, américain, anglais et français*, thèse de doctorat, Faculté de droit, Université de Montréal, 2006, p. 6.

Par conséquent, le titulaire des droits de propriété littéraire et artistique ne peut plus s'opposer aux importations par des tiers des supports réalisés et diffusés avec son consentement. En effet, le droit d'auteur protège essentiellement la forme d'expression des idées contenues dans une œuvre, par opposition aux idées elles-mêmes : il s'applique à la reproduction d'une œuvre sous une forme matérielle quelconque; il ne peut subsister que dans les œuvres présentées sous une forme tangible et fixe³.

Or, à l'avènement de la société de l'information, toutes ces notions traditionnelles ont été bouleversées par la nouvelle technologie du numérique et d'Internet, laquelle assure une reproduction parfaite et infinie des œuvres à un coût réduit ainsi qu'une circulation très rapide par la voie du réseau. La définition même de l'auteur s'en trouve ébranlée : « Dans le monde réel, est auteur celui qui a vu son ouvrage publié. Tandis que dans le monde virtuel, est auteur celui qui décide de l'être – et qui, pour peu qu'il soit en effet doté du narcissisme propre à cette catégorie d'œuvres. »⁴ En matière de commerce électronique, la théorie de l'épuisement du droit de distribution se heurte aussi à quelques difficultés d'application. Premièrement, dans le commerce électronique direct – où la prestation s'effectue en ligne et est consommée directement par le biais du réseau –, la dématérialisation remet en cause les notions de représentation et de reproduction inhérentes à l'épuisement des droits. Deuxièmement, le commerce électronique dit indirect – lequel nécessite la livraison de biens matériels par des moyens traditionnels – fait face à un mode de distribution presque sans frontières, puisque l'offre s'adresse à une clientèle mondiale.

Cette réalité nouvelle appelle des solutions juridiques innovatrices. En témoignent les initiatives prises dans les traités

-
3. Marcel GARNEAU et Francesco ARENA, *Le droit d'auteur et l'informatique*, Québec, ministère des Affaires culturelles, 1984, p. 6.
 4. Gabriel BROGLIE, *Le droit d'auteur et l'internet*, coll. « Cahier des sciences morales et politiques », Paris, P.U.F. 2001, p. 23.

Internet de l'OMPI de 1996⁵ ainsi que la *Directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil, du 22 mai 2001, sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information*⁶. Ces instruments législatifs supranationaux ont abordé la question de l'épuisement des droits dans un univers numérique. La révolution du mode de diffusion des écrits et des œuvres ruine-t-elle le fondement de cette théorie? Pour répondre à cette interrogation, nous étudierons d'abord les fondements et la mise en œuvre du principe d'épuisement du droit d'auteur, pour ensuite évaluer l'application possible de ce principe dans un environnement virtuel.

1. Les fondements de la théorie de l'épuisement des droits d'auteur

Le principe de l'épuisement du droit de distribution a été consacré dans les traités Internet de l'OMPI de 1996 et la Directive européenne 2001/29/CE du 22 mai 2001 sur la société de l'information.

L'article 6 du *Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur* encadre ainsi le droit de distribution :

1) Les auteurs d'œuvres littéraires et artistiques jouissent du droit exclusif d'autoriser la mise à la disposition du public de l'original et d'exemplaires de leurs œuvres par la vente ou tout autre transfert de propriété.

2) Aucune disposition du présent traité ne porte atteinte à la faculté qu'ont les Parties contractantes de déterminer

5. ORGANISATION MONDIALE DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE (OMPI), *Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur (WCT)*, Genève, le 20 décembre 1996, art. 6, en ligne : <http://www.wipo.int/treaties/fr/ip/wct/pdf/trtdocs_wo033.pdf> (consulté le 18 novembre 2012); OMPI, *Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes (WPPT)*, Genève, le 20 décembre 1996, art. 8, en ligne : <http://www.wipo.int/treaties/fr/ip/wppt/trtdocs_wo034.html> (consulté le 20 décembre 1996).

6. J.O. L 167, p. 10 (ci-après « Directive européenne 2001/29/CE du 22 mai 2001 sur la société de l'information »).

les conditions éventuelles dans lesquelles l'épuisent du droit prévu à l'alinéa 1) s'applique après la première vente ou autre opération de transfert de propriété de l'original ou d'un exemplaire de l'œuvre, effectuée avec l'autorisation de l'auteur.

Telles que précisées par la déclaration commune concernant les articles 6 et 7 du *Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur*, les expressions « exemplaires » et « original et exemplaires » désignent exclusivement les exemplaires fixés qui peuvent être mis en circulation en tant qu'objets tangibles.

Les dispositions régissant le droit de distribution sont reproduites à l'article 8 du *Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes* et s'appliquent, *mutatis mutandis*, aux artistes interprètes ou exécutants.

En droit européen, les considérants 28 et 29 de la Directive européenne 2001/29/CE du 22 mai 2001 sur la société de l'information précisent ceci :

(28) La protection du droit d'auteur en application de la présente directive inclut le droit exclusif de contrôler la distribution d'une œuvre incorporée à un bien matériel. La première vente dans la Communauté de l'original d'une œuvre ou des copies de celle-ci par le titulaire du droit ou avec son consentement épuise le droit de contrôler la revente de cet objet dans la Communauté. Ce droit ne doit pas être épuisé par la vente de l'original ou des copies de celui-ci hors de la Communauté par le titulaire du droit ou avec son consentement. [...]

(29) La question de l'épuisement du droit ne se pose pas dans le cas des services, en particulier lorsqu'il s'agit de services en ligne. Cette considération vaut également pour la copie physique d'une œuvre ou d'un autre objet réalisée par l'utilisateur d'un tel service avec le consentement du titulaire du droit. Il en va par conséquent de même pour la location et le prêt de l'original de l'œuvre ou de copies de celle-ci, qui sont par nature des services. Contrairement aux CD-ROM ou aux CD-I, pour lesquels la propriété

intellectuelle est incorporée dans un support physique, à savoir une marchandise, tout service en ligne constitue en fait un acte devant être soumis à autorisation dès lors que le droit d'auteur ou le droit voisin en dispose ainsi.

À la lumière de ces encadrements législatifs, le principe de l'épuisement du droit de distribution limite « la portée des droits d'exploitation de l'auteur » au droit exclusif du titulaire d'autoriser et de contrôler sur le marché la *première* distribution de l'original ou d'exemplaires de ses œuvres fixées sur un support tangible : les auteurs perdent leur droit de regard sur toute mise en circulation ultérieure des œuvres protégées.

Cette « digue destinée à contenir l'exercice dit monopolistique du droit d'auteur »⁷, comme dira le professeur Moyse, découle de la théorie de l'*Immaterialgüterrechte* de Köhler, et s'explique par la nécessité de préserver à la fois le monopole d'exploitation des titulaires du droit et les impératifs, inévitables, du libéralisme économique dans les limites territoriales de protection juridique que trace le législateur.

1.1 Le fondement théorique du principe de l'épuisement

La théorie de l'épuisement du droit intellectuel a été décrite par Köhler à la fin du XIX^e siècle⁸. Pour Köhler, le droit de l'auteur repose sur l'utilité sociale : « [l]eur caractère privatif s'explique et se justifie par l'avancement social auquel leurs titulaires contribuent. »⁹ Sa théorie des droits sur les biens immatériels tend essentiellement à organiser et justifier l'utilisation économique des

7. Pierre-Emmanuel MOYSE, *Le droit de distribution : analyse historique et comparative en droit d'auteur*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2007, p. 419.

8. Joseph KÖHLER, *aber die interpretation des gesetzen*, *Zeitschrift für das Privat und öffentliche Recht*, Tome XIII, Mannheim, 1886, cité par Brigitte CASTELL, *L'« épuisement » du droit intellectuel en droit allemand, français et communautaire*, coll. « Les grandes thèses du droit français », Paris, P.U.F., 1989.

9. P.-E. MOYSE, *Le droit de distribution : analyse historique et comparative en droit d'auteur*, préc., note 7, p. 67.

objets de la création. Une fois publiée et seulement dans ce cas, l'œuvre devient un bien juridique particulier. Elle n'est cependant pas susceptible d'appropriation indéfinie : le but ultime de la création est de renouveler le patrimoine commun de l'humanité; le droit de l'auteur n'est perçu que comme une récompense due par la société à son titulaire pour un temps limité.

1.2 Le fondement géographique et commercial du principe de l'épuisement

La théorie de l'épuisement des droits a par ailleurs un fondement géographique et commercial. En dépit de la pratique libre-échangiste et concurrentielle qui caractérise l'ère de la mondialisation, les législations en matière de propriété intellectuelle demeurent essentiellement nationales. Le principe de la territorialité est ainsi considéré comme le fondement géographique à l'épuisement des droits d'auteur. Ce principe autorise notamment le titulaire des droits à s'opposer à toute importation d'œuvres identiques protégées dans un pays où ce droit est établi. Par conséquent, l'auteur maîtrise tous les actes de commercialisation opérés sur ses œuvres. Cette conception marchande du droit d'auteur donne lieu à un fondement commercial au principe de l'épuisement.

1.2.1 Le principe de la territorialité de l'épuisement des droits d'auteur

Le principe de la territorialité consacre l'indépendance des régimes de propriété intellectuelle dans chaque pays : « la durée de protection peut varier; la rémunération peut être différente, la protection peut même être inexistante dans certains pays »¹⁰. Ainsi, se détermine un facteur de rattachement qui fonde *a priori* le principe de l'épuisement de droits d'auteur. Dans les pages qui

10. Dominique GRAZ, *Propriété intellectuelle et libre circulation des marchandises : étude de l'épuisement des droits de propriété intellectuelle en droit suisse, en droit communautaire et selon l'Accord de libre-échange Suisse-CEE*, Genève, Librairie Droz, 1988, p. 61.

suivent, nous traiterons de l'application de ce principe au niveau national, communautaire puis international.

1.2.2 L'épuisement national

La thèse de l'épuisement national veut que le titulaire des droits d'auteur détienne un « monopole d'exploitation limité au territoire national »¹¹. De même, selon Köhler, le droit du créateur de dessin ou d'un modèle s'exerce à l'encontre de tous à l'intérieur des frontières de l'État où il a été concédé.

Cette thèse de l'épuisement national a été très bien illustrée dans l'arrêt *Deutsche Grammophon c. Metro*, du « Hanseatisches Oberlandesgericht » de Hambourg, où la juridiction d'appel expose son raisonnement comme suit :

Il convient d'étendre au droit d'auteur l'application du principe de la territorialité, ce qui revient à dire que le droit de diffusion ne vaut que pour le territoire national; le titulaire d'un droit d'auteur ne peut invoquer son droit à l'exclusivité de la diffusion que pour interdire sur le territoire national l'importation de reproduction en provenance de l'étranger, mais il ne peut interdire les actes de diffusion à l'étranger¹².

Bref, le droit de diffusion dont jouit sur le territoire national celui qui en est bénéficiaire a un caractère territorial. Dans les paragraphes qui suivent, nous chercherons à déterminer si ce raisonnement juridique peut encore être tenu de nos jours.

1.2.3 L'épuisement communautaire

Cette apparente contradiction entre la théorie de l'épuisement national du droit exclusif de commercialisation – l'épuisement résultant de la mise en circulation qui doit avoir lieu

11. B. CASTELL, préc., note 8, p. 140.

12. BGH, 4 mars 1975, Stapelvorrichtung, *Grur.*, 1975, p. 598, rapporté par B. CASTELL, préc., note 8, p. 140.

obligatoirement sur le territoire national – et le principe de la libre circulation des produits au sein du marché commun européen n'aura retenu l'attention de la Cour de justice de la Communauté européenne (CJCE) que depuis les années 1970¹³.

Selon la thèse de l'épuisement communautaire, la première mise en commerce de l'œuvre sur l'un des territoires de la Communauté européenne par le titulaire du droit intellectuel épuise ses droits subséquents de diffusion sur l'œuvre. Ce principe est illustré dans l'affaire *Deutsche Grammophon c. Metro*¹⁴ de la CJCE, statuant sur une demande préjudicielle émanant du « Hanseatisches Oberlandesgericht » (tribunal supérieur de la Hanse) de Hambourg.

La société Deutsche Grammophon est un fabricant de disques, sur lesquels sont gravées des œuvres d'auteurs et de compositeurs titulaires des droits d'auteur exclusifs pour

-
13. Dès l'origine, le Traité de Rome du 25 mars 1957 instituant la Communauté économique européenne (ci-après « le traité CEE ») interdit, à ses articles 30 et 34, toute restriction quantitative à l'importation ou à l'exportation entre les États membres, sous réserve des justifications d'ordre public énumérées à l'article 36. Toutefois, les premiers cas d'application de ces articles confrontant la libre circulation des marchandises avec de possibles violations du droit de propriété intellectuelle protégés par les droits nationaux, étaient peu nombreux et ne faisaient qu'effleurer la problématique : voir la jurisprudence citée dans Guy TRITTON, *Intellectual Property in Europe*, 3^e éd., Londres, Sweet & Maxwell, 2008, p. 642, note 9. Ainsi, la Cour de justice communautaire n'avait que brièvement évoqué cette relation, en matière de brevets, dans l'affaire *Parke, Davis and Co. c. Probel, Reese, Beintema-Interpharm et Centrafarm* (24/67), [1968] E.C.R. 55, reconnaissant que « le caractère national de la protection de la propriété industrielle et les divergences entre les législations relatives à cette matière sont susceptibles de créer des obstacles, et à la libre circulation des produits brevetés, et au jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun ». Les plaideurs tentaient plutôt d'assujettir l'exercice des droits de propriété intellectuelle aux règles de la concurrence des articles 85 et 86 du traité CEE.
14. CJCE, arrêt du 8 juin 1971, *Deutsche Grammophon Gesellschaft GmbH c. Metro-SB-Grossmärkte GmbH & Co. KG*. (78/70), [1971] E.C.R. 487 (ci-après « *Deutsche Grammophon c. Metro* »).

l'Allemagne, et contrôle la vente au détail ainsi que les prix des disques vendus et distribués sous la marque *Polydor* selon un système de prix autorisé par la loi allemande. La société française Polydor S.A. est une filiale de la société, avec laquelle elle avait conclu un contrat de licence exclusive lui accordant le droit d'utiliser le réseau de distribution de Deutsche Grammophon pour vendre et distribuer ses produits en Europe et à l'étranger. Metro, une autre société allemande, se pourvoyait en disques *Polydor* directement chez Deutsche Grammophon, mais ne respectait pas le système de prix pratiqué par cette dernière. Mise au courant de cette pratique, Deutsche Grammophon rompt toute relation d'affaires avec Metro. Celui-ci se tourne alors vers un grossiste allemand de la ville de Hambourg pour continuer à s'approvisionner en disques *Polydor*, et ce, à l'insu de Deutsche Grammophon. Ces disques, toujours fabriqués par Deutsche Grammophon, avaient été expédiés, avec son consentement, à sa filiale française, laquelle les a par la suite revendus au grossiste de Hambourg par l'intermédiaire d'une société suisse de distribution. Fort de cette nouvelle source d'approvisionnement, la société Metro vend alors les disques *Polydor* aux consommateurs allemands à des prix nettement inférieurs à ceux fixés par Deutsche Grammophon.

La question posée par la juridiction d'appel à la CJCE est de savoir si

le droit exclusif de mettre en circulation les objets protégés, reconnu par une législation nationale au fabricant de supports de son, peut, sans porter atteinte à la règle communautaire, faire obstacle à la commercialisation sur le territoire national de produits régulièrement mis en circulation par ce fabricant ou avec son consentement sur le territoire d'un autre État membre¹⁵.

Y répondant par la négative, la CJCE a jugé que l'exercice et la sanction du monopole légal national détenu par Deutsche

15. *Id.*, par. 4.

Grammophon sur les droits d'auteur qu'elle possède sur les œuvres musicales en question entraînent directement en conflit avec les règles communautaires assurant la libre circulation des biens à l'intérieur du Marché commun. À cette même occasion, la CJCE précise que la doctrine de l'épuisement s'applique aussi bien au droit d'auteur qu'à tout autre droit de propriété intellectuelle.

Dans la même veine, les auteurs Strowel et Triaille expliquent en ces termes la raison d'être de l'épuisement régional dans le cadre de la Communauté européenne :

[C]ompte tenu de l'objectif du Traité d'instaurer un marché intérieur sans frontières, l'épuisement s'applique à l'échelle du territoire de l'Union. L'objectif des directives étant également de créer un marché unique en matière d'œuvres littéraires et artistiques, assurant la libre circulation au sein de l'Union, mais autorisant un contrôle sur les importations de produits mis sur le marché en dehors de l'Union¹⁶.

La dimension régionale de l'épuisement implique aussi un réexamen continu des restrictions territoriales encadrant ce principe, lesquelles sont éminemment tributaires de la portée de traités internationaux visant l'intégration des marchés. L'affaire *Polydor c/ Harlequin*¹⁷, notamment, mettait en cause l'interprétation d'un accord de libre-échange similaire au Traité de Rome, signé le 22 juillet 1972 entre la République portugaise et la Communauté économique européenne (CEE). Selon la CJCE, tout accord de libre-échange n'emporte pas l'épuisement de droit d'auteur de façon automatique. Dans ce cas, le titulaire de droit pouvait alors légitimement s'opposer à des importations parallèles en provenance de pays extérieurs à la Communauté économique

16. Alain STROWEL et Jean-Paul TRIAILLE, *Le droit d'auteur, du logiciel au média : droit belge, droit européen, droit comparé*, coll. « Cahiers du Centre de recherches Informatique et droit », Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 173.

17. CJCE, arrêt du 9 février 1982, *Polydor c/Harlequin* (270/80), Rec., p. 329 (ci-après « *Polydor c/ Harlequin* »).

européenne¹⁸. Incidemment, cette affaire dénonce les limites d'un épuisement régional et invite à explorer l'opportunité d'appliquer un tel principe à l'échelle internationale.

1.2.4 L'épuisement international

L'OMPI définit, en ces termes prosaïques, le concept de l'épuisement international : « Lorsqu'un pays applique le principe de l'épuisement international, les droits de propriété intellectuelle sont épuisés dès que le produit a été vendu par le titulaire du droit ou avec son consentement dans n'importe quelle région du monde. »¹⁹ Or, à l'heure actuelle, les législations nationales sont plutôt réticentes à admettre ce principe, comme le révèlent les résultats des enquêtes menées à travers le monde par la Chambre de commerce internationale (CII), organisation mondiale représentant plus de sept mille entreprises et associations de plus de cent trente (130) pays. Fervent défenseur d'un commerce international libre et équitable, lequel dépend d'une protection efficace de la propriété intellectuelle, la CII a interrogé ses membres quant à savoir si l'épuisement international des droits d'auteur est susceptible de favoriser à long terme le commerce, les investissements et la croissance économique. Résultat : la majorité des membres de la CCI ayant répondu à ce sondage se sont prononcés contre l'épuisement international des droits d'auteur²⁰.

18. Sur le caractère « intracommunautaire » de l'épuisement du droit de distribution européen, voir également la Directive européenne 2001/29/CE du 22 mai 2001 sur la société de l'information, préc., note 6, par. 28 et 29.

19. ORGANISATION MONDIALE DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE (OMPI), *Épuisement international et importation parallèle*, en ligne : <http://www.wipo.int/sme/fr/ip_business/export/international_exhaustion.htm> (consulté le 18 novembre 2012).

20. CHAMBRE DE COMMERCE INTERNATIONALE (CCI), *Exhaustion of intellectual property rights*, Document no 450/904 Rev. 7 janvier 2000, en ligne : <<http://www.iccwbo.org/Advocacy-Codes-and-Rules/Document-centre/2000/Exhaustion-of-intellectual-property-rights/>> (consulté le 19 novembre 2012).

Ainsi, seule une minorité des membres de la CCI estime que l'épuisement international des droits augmenterait la concurrence – ce qui serait avantageux pour les consommateurs – et supprimerait les barrières artificielles des marchés individuels. Pourtant, une mondialisation soutenue, la popularité croissante des voyages internationaux et l'avènement du commerce électronique rendront les distinctions nationales obsolètes, d'autant plus qu'Internet, en facilitant le commerce international des biens de consommation, exercera, à plus ou moins brève échéance, une influence pondératrice sur les marchés et les prix.

À l'avis contraire, la grande majorité des membres de la CCI avance que l'épuisement international, en restreignant les possibilités de contrôle des entreprises sur la commercialisation et la distribution de leurs produits sur le marché, réduirait les investissements dans l'innovation des œuvres littéraires et artistiques. Par ailleurs, sachant que la différenciation des prix en fonction des utilisateurs constitue le meilleur moyen pour obtenir un taux de rendement approprié reflétant la demande collective des consommateurs, la pression d'un régime d'épuisement international obligerait le titulaire des droits d'auteur soit à retirer purement et simplement le produit des marchés à bas prix, soit à harmoniser les prix au plan international pour éviter la fuite des marchés à bas prix vers les marchés plus favorisés, excluant de ce fait les régions en voie de développement²¹.

En effet, malgré la libéralisation des marchés, l'avancée des moyens de communication et la mondialisation de l'économie, subsistent toujours d'importantes différences dans les systèmes législatifs, les économies et les cultures ainsi que le niveau de richesse et de développement de différents pays et régions, justifiant le maintien des marchés séparés.

Quoi qu'il en soit, si, de nos jours, le principe d'épuisement international n'a pas encore droit de cité, des pays se sont pourtant regroupés en régions et sous-régions afin de favoriser la

21. *Id.*, p. 2.

libre circulation des marchandises et des services, déconstruisant les barrières territoriales. Citons notamment l'Union européenne, l'Accord de libre-échange nord américain (ALENA) et la Communauté économique des États de l'Afrique de l'Ouest (CEDEAO).

Mais qu'implique cette théorie de l'épuisement des droits d'auteur sur le plan concret? Analysons dès à présent son application dans les principes de la libre circulation des marchandises et de la libre prestation des services.

1.3 Le principe de la libre circulation des marchandises et des services

Dans l'enceinte de l'Union européenne, le principe de la libre circulation des marchandises est consacré aux articles 34 et 36 du *Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne* (ci-après « TFUE »)²², en vertu desquels sont interdites entre les États membres « [l]es restrictions quantitatives à l'importation, ainsi que toutes mesures d'effet équivalent » (art. 34), exception faite des « restrictions d'importation, d'exportation ou de transit justifiées [notamment] par des raisons [...] de protection de la propriété industrielle et commerciale » (art. 36). Malgré la formulation équivoque de ces articles, la CJCE, dans l'arrêt *Music-Vertrieb*²³, a levé l'ambiguïté en faveur de l'inclusion de la propriété littéraire et

22. Lesquels ont repris intégralement les articles 28 et 30 du *Traité instituant la Communauté européenne* (ci-après « TCE »), abrogé avec l'entrée en vigueur, le 1^{er} décembre 2009, du Traité de Lisbonne.

23. CJCE, arrêt du 20 janvier 1981, *Musik – Vertrieb membran GmbH et K-tel International c. GEMA – Gesellschaft für musikalische Aufführungs – und mechanische Vervielfältigungsrechte* (aff. jointes 55/80 et 57/80) [ci-après « *Musik – Vertrieb* »] : « Si l'exploitation commerciale du droit d'auteur constitue une source de rémunération pour son titulaire, elle constitue également une forme de contrôle de la commercialisation par le titulaire, les sociétés de gestion des droits d'auteur agissant en son nom et les bénéficiaires de licences. De ce point de vue, l'exploitation commerciale du droit d'auteur soulève les mêmes problèmes que celle d'un autre droit de propriété industrielle ou commerciale. » (par. 13).

artistique dans la protection offerte à la libre circulation des marchandises.

Ce principe est aujourd'hui bien ancré dans le droit européen de la propriété intellectuelle : on le trouve exprimé, entre autres, à l'article 4c) de la *Directive 91/250/CEE du Conseil, du 14 mai 1991, concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur*²⁴ et à l'article 5c) de la *Directive 96/9/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 mars 1996, concernant la protection juridique des bases de données*²⁵. Évidemment, la règle de la libre circulation des marchandises n'est applicable que pour un écoulement licite de l'œuvre protégée sur le marché d'un autre État membre; elle ne saurait empêcher le titulaire du droit d'auteur ou des droits voisins « d'interdire l'importation dans un État membre d'exemplaires, ou plus généralement de produits, fabriqués dans un autre État membre en violation du monopole »²⁶.

La libre prestation des services, garantie désormais à l'article 56 du TFUE, désigne le fait de donner accès à une œuvre

24. *Directive 91/250/CEE du Conseil, du 14 mai 1991, concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur*, J.O. L 122, p. 42, art. 4 : « [...] les droits exclusifs du titulaire au sens de l'article 2 comportent le droit de faire et d'autoriser : [...]

c) toute forme de distribution, y compris la location, au public de l'original ou de copies d'un programme d'ordinateur. La première vente d'une copie d'un programme d'ordinateur dans la Communauté par le titulaire du droit ou avec son consentement épuise le droit de distribution de cette copie dans la Communauté, à l'exception du droit de contrôler des locations ultérieures du programme d'ordinateur ou d'une copie de celui-ci. ».

25. *Directive 96/9/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 mars 1996, concernant la protection juridique des bases de données*, J.O. L 77, p. 20, art. 5 : « L'auteur d'une base de données bénéficie, en ce qui concerne l'expression de cette base pouvant faire l'objet d'une protection par le droit d'auteur, du droit exclusif de faire ou d'autoriser : [...]

c) toute forme de distribution au public de la base ou de ses copies. La première vente d'une copie d'une base de données dans la Communauté par le titulaire du droit, ou avec son consentement, épuise le droit de contrôler la revente de cette copie dans la Communauté ».

26. André LUCAS et Henri-Jacques LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 3^e éd., Paris, Litec, 2006, p. 1063.

sans en transférer la propriété du support, par exemple, la mise à la disposition du public d'un film par la voie de représentations. Sa portée a été clarifiée dans l'affaire *Coditel II*²⁷. De l'avis de la CJCE, la circulation des marchandises et la prestation de services constituent deux concepts distincts : dans le premier cas, la mise à la disposition du public des œuvres littéraires et artistiques se confond avec la circulation du support matériel de l'œuvre, comme c'est le cas du livre ou le disque; dans le second cas, la mise à la disposition du public par la voie de représentations de certaines œuvres – tel le film – peut se répéter à l'infini, quel que soit leur mode de diffusion, cinéma ou télévision. À ce sujet, le professeur Linant de Bellefonds précise que la libre prestation des services ne fait pas pour autant obstacle aux « limites à l'exercice de certaines activités économiques qui proviennent de l'application des législations nationales sur la protection de la propriété intellectuelle » ni aux « limites géographiques dont les parties au contrat de cession sont convenues pour protéger les auteurs »²⁸.

1.4 Le phénomène des importations parallèles

À côté de la libre circulation des œuvres, le phénomène des importations parallèles, tant décrié par les auteurs comme une menace à la préservation de leurs droits sur les œuvres protégées, est de plus en plus d'actualité. Il consiste à importer des produits en marge des circuits de distribution négociés contractuellement avec le producteur. Si ces produits du marché gris sont généralement des originaux, les circuits de distribution ne sont pas contrôlés par le titulaire du droit de propriété intellectuelle. En principe, l'épuisement national n'autorise pas le titulaire du droit d'auteur à contrôler l'exploitation commerciale des produits faite par lui ou avec son consentement sur le marché national. Le problème se corse dès lors que les produits importés sont mis en

27. CJCE, arrêt du 6 octobre 1982, *Coditel SA, Compagnie générale pour la diffusion de la télévision, et autres c. Ciné-Vog Films SA et autres* (aff. 262/81), Rec., p. 3381 (ci-après « *Coditel II* »), par. 11.

28. Xavier LINANT de BELLEFONDS, *Droits d'auteur et droits voisins*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 2004, p. 465.

circulation parallèlement par un autre commerçant sur le même marché national.

Un cas canadien, en matière de marques de commerce, met en lumière l'inconvénient majeur de cette pratique, génératrice de confusion dans l'esprit des consommateurs. Dans l'arrêt *Consumers Distributing Co. c. Seiko*²⁹, la Cour suprême du Canada a jugé qu'une importation parallèle des montres de même marque, mais dépouillées de la garantie du fabricant, n'est pas constitutive de responsabilité délictuelle : le délit civil de *passing off*, tromperie commerciale interdite par la *Loi sur les marques de commerce*³⁰, ne s'applique pas aux accessoires qui se rattachent à un produit. Quant aux importations parallèles des œuvres littéraires et artistiques, elles sont sanctionnées au Canada à l'article 27(2) de la *Loi sur le droit d'auteur*³¹, appliquée récemment par la Cour suprême dans l'affaire *Euro-Excellence Inc. c. Kraft Canada Inc.*³². D'un côté, Kraft Foods Belgium (KFB) et Kraft Foods Schweiz (KFS) fabriquaient des produits de confiserie Côte d'Or et Toblerone, respectivement en Belgique et en Suisse. Euro-Excellence Inc., de l'autre côté, parvenait à acheter leurs produits d'une source européenne anonyme pour ensuite les importer et les distribuer au Canada dans leurs papiers d'emballage européens, suscitant la colère de ses concurrents qui avaient préalablement enregistrés leurs logos au Canada dans la catégorie des œuvres artistiques des droits d'auteur. Or, la Cour suprême, sous la plume du juge Bastarache, a derechef établi que l'accessoire ne suit pas le principal : la présence simplement accessoire des œuvres sur les emballages des tablettes de chocolat n'est pas couverte par la protection de l'article 27(2) de la *Loi sur le droit d'auteur*. Celui-ci ne saurait empêcher Euro-Excellence d'importer au Canada de véritables tablettes de chocolat Toblerone et Côte d'Or dont seuls les logos sont protégés par le droit d'auteur.

29. *Consumers Distributing Co. c. Seiko*, [1984] 1 R.C.S. 583.

30. L.R.C. 1985, c. T-13, art. 7.

31. *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. 1985, c. C-42, art. 27(2).

32. *Euro-Excellence Inc. c. Kraft Canada Inc.*, [2007] 3 R.C.S. 21.

2. La mise en œuvre du principe de l'épuisement des droits d'auteur

Les principes fondamentaux établis, il convient à présent de s'attarder sur la mise en œuvre de la théorie de l'épuisement des droits, laquelle est soumise à quelques conditions – au premier rang desquelles figure le consentement du titulaire des droits protégés.

2.1 Le consentement du titulaire

Le consentement libre et sans équivoque du titulaire des droits d'auteur ou de toute personne qui lui est liée par une relation de dépendance juridique ou économique est la condition *sine qua non* de l'épuisement des droits à l'exclusion de toute considération sur la licéité de la mise en circulation des objets protégés par le droit de la propriété littéraire et artistique. La CJCE a affirmé, notamment dans l'affaire *Dansk Supermarked A/S c. A/S Imerco*³³, que ce consentement à la première mise en circulation est essentiel. Il n'y a pas d'épuisement lorsque sont importés des exemplaires d'une œuvre fabriquée dans un autre État membre de la Communauté sans l'accord du titulaire des droits. En revanche, celui-ci doit assumer les conséquences de son libre choix quant au pays de mise en circulation des produits protégés, que ce soit basé sur le niveau de rémunération assuré par les États membres, les possibilités de distribution de l'œuvre ou encore les facilités de commercialisation³⁴.

Cette position n'est pas l'abri des critiques. Ainsi, même lorsque les produits ont été mis sur le marché d'un État membre où, par hypothèse, la protection juridique des droits de propriété intellectuelle n'est pas garantie, le titulaire de ce droit ne saurait prévenir l'importation ultérieure de ses produits dans un État

33. CJCE, arrêt du 22 janvier 1981, *Dansk Supermarked A/S c. A/S Imerco*, (aff. 58/80), Rec., p. 181; voir également CJCE, arrêt du 16 juillet 1998, *Silhouette International Schmied GmbH & Co. KG c. Hartlauer Handelsgesellschaft mbH* (aff. C-355/96), par. 18.

34. *Musik-Vertrieb*, préc., note 23, par. 25.

membre pourvoyant à une telle protection. Or, dans ces circonstances, ce titulaire n'a jamais été récompensé ni n'a été en mesure de profiter des avantages de la protection des droits de propriété intellectuelle³⁵. Par ailleurs, les professeurs Lucas relèvent que la liberté du titulaire des droits quant au choix de l'État de la première mise en circulation peut se révéler bien réduite en pratique, ne serait-ce que pour des raisons linguistiques. Au bout du compte, le raisonnement de la CJCE implique que la mise en circulation dans l'un des États membres vaut renonciation du titulaire des droits à se prévaloir des dispositions plus avantageuses des législations d'autres États membres³⁶.

À l'opposé, les importations illicites en l'absence de consentement du titulaire constituent une violation de ses droits, sanctionnée à l'article 36 du TFUE et à l'article 16 de la Convention de Berne³⁷. La question se complique lorsque l'auteur a donné son accord en bonne et due forme à la fabrication des exemplaires de son œuvre à l'étranger, assortie des restrictions d'autorisation aux limites du pays concerné. Pourrait-il toujours s'opposer valablement à l'importation de ces exemplaires fabriqués? À ce sujet, la CJCE, dans l'affaire *Deutsche Grammophon c. Metro*³⁸, a établi que, lorsque le droit n'est pas épuisé en

35. Voir notamment G. TRITTON, préc., note 13, p. 639 : « *Thus, [...], even where the IPR [Intellectual Property Rights] owner placed the product on the market in a Member State where no such right existed, the IPR owner cannot prevent the subsequent importation of those goods into a Member State where the IPR owner had IPRs. Arguably, it could be said that, in such circumstances, the IPR owner has not been rewarded, because the IPR owner has not placed the product into circulation in a market where he has been able to reap the benefits of the IPR.* ».

36. A. LUCAS et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, préc., note 26, p. 1068.

37. ORGANISATION MONDIALE DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE (OMPI), *Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques*, Berne, le 9 septembre 1886, art. 16, en ligne : <http://www.wipo.int/treaties/fr/ip/berne/trtdocs_wo001.html#P19_187> (consulté le 18 novembre 2012) (ci-après « la Convention de Berne »).

38. *Deutsche Grammophon c. Metro*, préc., note 14.

Allemagne, son titulaire ne saurait s'opposer à l'importation dans ce pays d'exemplaires fabriqués avec l'accord du fabricant.

Quant à la forme du consentement, celui-ci peut être exprès ou implicite, lorsqu'il résulte d'éléments et de circonstances antérieurs, concomitants ou postérieurs à la mise dans le commerce qui traduisent de façon certaine une renonciation du titulaire à son droit de s'opposer à toute mise en circulation ultérieure³⁹. Le consentement n'est donc pas présumé : il ne saurait résulter du silence du titulaire ou de l'absence d'une interdiction explicite⁴⁰.

2.2 Les limites du principe de l'épuisement des droits

La théorie de l'épuisement des droits de propriété littéraire et artistique n'est pas sans limites. Outre le consentement du titulaire, la mise en œuvre du principe de l'épuisement nécessite la réunion d'autres conditions matérielles.

D'abord, il faut distinguer la licence obligatoire de la licence légale : « [l]a licence obligatoire ou licence imposée s'applique au produit ou au procédé couvert par un brevet, tandis que la licence légale est plutôt relative au droit d'auteur »⁴¹. En ce qui concerne la licence légale, comme la mise en circulation des disques et

39. CJCE, arrêt du 20 novembre 2001, *Zino Davidoff SA c. A & G Imports Ltd et Levi Strauss & Co. et autres c. Tesco Stores Ltd et autres* (aff. jointes C-414/99 à C-416/99), par. 47.

40. *Contra*: B. CASTELL, préc., note 8, p. 33 : « L'épuisement du droit de commercialisation n'intervient que lorsque le titulaire du droit intellectuel s'abstient de formuler des restrictions dans le contrat de vente à l'égard de l'acquéreur à propos de l'usage, de la jouissance ou de la disposition du produit. Le silence que garde le titulaire du droit intellectuel sur les conditions de commercialisation du produit au moment de la vente laisse présumer qu'un contrat de licence double le contrat de vente. Cette approche nous apprend que non seulement l'auteur cède son droit sur l'œuvre au profit de son cocontractant, mais aussi il l'autorise implicitement à faire des reventes en sa qualité de titulaire de droit, ce qui répond aux critères d'épuisement. ».

41. *Id.*, p. 214.

cassettes sonores, la CJCE a jugé dans l'affaire *Musik-Vertrieb*⁴² qu'une entreprise de gestion de droits d'auteur ne peut pas effectuer un prélèvement sur les produits importés d'un État membre où ils ont été mis en circulation par le titulaire ou avec son consentement, opérant par là un cloisonnement à l'intérieur du Marché commun.

Ensuite, le droit de propriété littéraire et artistique reconnaît un certain nombre de prérogatives au titulaire, dont le droit de reproduction et le droit de représentation, notions distinguées par la CJCE dans l'arrêt *Coditel II*⁴³. En statuant que les représentations, qui peuvent « se répéter à l'infini », soulèvent des problèmes de droit d'auteur différents des cas de reproductions, où « la mise à la disposition du public se confond avec la circulation du support matériel de l'œuvre », la CJCE semble dire que « [l]a règle de l'épuisement du droit doit être écartée en matière de représentation »⁴⁴.

Pourtant, avec les avancées technologiques d'aujourd'hui, il est permis de mettre en doute la pertinence de cette dichotomie : la mise en réseau d'une œuvre est-elle un exercice du droit de représentation ou du droit de reproduction? De son côté, Xavier Linant de Bellefonds est aussi d'avis que l'exclusion de l'application de l'épuisement du droit en matière de représentation est génératrice d'une forte incertitude dans le droit européen eu égard à l'atténuation de l'opposition reproduction/représentation par le phénomène du multimédia et des mises en réseau⁴⁵.

Pour illustrer cette confusion entre la reproduction et la représentation des œuvres protégées, les faits de l'arrêt *G. Basset c. Société des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*

42. *Musik-Vertrieb*, préc., note 23.

43. *Coditel II*, préc., note 27.

44. André FRANÇON, *Le droit d'auteur, aspect international et comparatif*, Cowansville, Yvon Blais, 1993, p. 82.

45. Xavier LINANT de BELLEFONDS, *Droits d'auteur et droits voisins*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 2002, p. 472.

(SACEM)⁴⁶ sont éloquents. Dans cette affaire, la SACEM, une société de gestion nationale des droits d'auteur, se plaignait du défaut par M. Basset, exploitant d'une discothèque, de lui verser des redevances à l'occasion de l'exécution publique d'œuvres protégées de son répertoire. Ces redevances comprennent non seulement un droit de représentation, mais également un « droit complémentaire de reproduction mécanique ». La CJCE a statué que, dans les circonstances, la perception de cette redevance qualifiée de « droit complémentaire de reproduction mécanique », analysé comme faisant partie de la rémunération des droits d'auteur pour la représentation publique d'une œuvre musicale enregistrée, ne constitue pas une restriction déguisée dans le commerce intracommunautaire au sens de l'ex-article 30 du Traité CE (remplacé dorénavant par l'article 36 TFUE). Selon André Lucas, « il est impossible en effet d'admettre que la règle de libre circulation des marchandises implique l'épuisement pur et simple du droit de reproduction de l'auteur »⁴⁷.

Enfin, le principe de l'épuisement ne vaut que lors de la revente et ne s'applique pas aux autres modes de distribution. Les droits de location et de prêt sont également des prérogatives des auteurs d'objets protégés au même titre que les droits de reproduction et de représentation :

La mise en circulation d'un support d'images et de sons ne peut pas par définition rendre licites d'autres actes d'exploitation de l'œuvre protégée, tels la location, qui ont une nature différente de celle de la vente ou de tout autre acte licite de distribution. Tout comme le droit de représentation par voie d'exécution publique d'une œuvre, le droit de location demeure au nombre des prérogatives de l'auteur et du producteur en dépit de la vente du support matériel qui contient l'œuvre. Le droit spécifique d'autoriser ou d'interdire la location serait en effet vidé de

46. CJCE, arrêt du 9 avril 1987, *G. Basset c. Société des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (SACEM)* [aff. 402/85], Rec., p. 1747.

47. A. LUCAS et H.-J. LUCAS, préc., note 26, p. 1057.

sa substance s'il devait être épuisé du seul fait de la première offre de location.⁴⁸

La *Directive 92/100/CEE du Conseil, du 19 novembre 1992, relative au droit de location et de prêt et à certains droits voisins du droit d'auteur dans le domaine de la propriété intellectuelle*⁴⁹ va dans le même sens.

L'arrêt de principe sur la mise en œuvre du droit de location est *Warner Brothers Inc. et Metronome Video ApS c. Erik Viuff Christiansen*, de la CJCE⁵⁰. Dans cette affaire, un commerçant propriétaire d'un magasin de location de vidéocassettes à Copenhague avait acheté à Londres un vidéogramme (incluant le support matériel de l'œuvre et l'œuvre elle-même) du film *Never say never again*, qu'il a ensuite licitement importé au Danemark et mis en location dans son établissement. Le film enregistré sur ce vidéogramme avait été produit par la société Warner Brothers Inc., laquelle avait cédé ses droits de production au Danemark à la société Metronome Records, exploitée par Metronome Vidéo ApS. À l'époque, les vidéogrammes pouvaient être achetés au Royaume-Uni, mais n'étaient ni en vente ni en location au Danemark. La loi du Royaume-Uni permettait à l'acheteur d'une œuvre cinématographique sur vidéo de la mettre en location sur le territoire du pays, et ce, sans le consentement du titulaire du droit exclusif de commercialisation. La législation danoise, en revanche, prévoyait que le titulaire des droits d'auteur sur un film a le droit exclusif de fixer les conditions de mise en location de cette œuvre. Les sociétés Warner et Metronome soutenaient, devant la CJCE,

48. CJCE, arrêt du 22 septembre 1998, *Foreningen af danske Videogramdistributører c. Laserdisk* (aff. C-61/97), par. 17 (références omises).

49. J.O. L 346, p. 61, art. 1(4) : « Les droits visés au paragraphe 1 [le droit d'autoriser ou d'interdire la location et le prêt d'originaux et de copies d'œuvres protégées par le droit d'auteur] ne sont pas épuisés par la vente ou tout autre acte de diffusion d'originaux et de copies d'œuvres protégées par le droit d'auteur (...) ».

50. CJCE, arrêt du 17 mai 1988, *Warner Brothers Inc. et Metronome Video ApS c. Erik Viuff Christiansen* (aff. 158/86), Rec., p. 2605.

que le titulaire de droits intellectuels sur une œuvre cinématographique possède un droit de diffusion apparenté au droit de représentation publique, lequel n'avait pas été épuisé par la mise en circulation d'un exemplaire matériel de l'œuvre. La CJCE a tranché en ces termes :

[o]n ne saurait [...] admettre que la mise en circulation par un auteur de vidéocassettes incorporant une de ses œuvres, dans un État membre qui ne protège pas spécifiquement le droit de location, puisse avoir une incidence sur le droit reconnu à ce même auteur par la législation d'un autre État membre de s'opposer, dans cet État, à la mise en location de cette vidéocassette.⁵¹

La question qui a été soumise à l'appréciation de la CJCE illustre les problèmes nouveaux relatifs au droit d'auteur confronté à la popularité d'Internet et aux nouvelles techniques d'enregistrement ou de reproduction d'œuvres littéraires, musicales et cinématographiques. Quel est l'impact de la nouvelle technologie de l'information sur le principe de l'épuisement des droits d'auteur? Cette théorie est-elle encore applicable dans l'environnement numérique? Les nouveaux moyens technologiques encouragent-ils un épuisement illégal? Analysons ces questions de plus près.

3. Le sort du principe de l'épuisement dans l'environnement numérique

Conjugué avec la technique du numérique, Internet rapproche les distances, brouille cette distinction traditionnelle entre l'œuvre et son support, fragilise le contrôle des modes de diffusion de l'information. Dans ce contexte, nous examinerons ci-dessous si la théorie de l'épuisement des droits d'auteur y a toujours sa raison d'être.

51. *Id.*, par. 18.

3.1 L'impact des nouvelles technologies sur la théorie de l'épuisement

Les implications du numérique et d'Internet sont multiples sur le droit d'auteur et affectent directement le principe de l'épuisement.

Premièrement, Internet remet en cause le principe traditionnel de la territorialité. Le professeur Moyse résume cette évolution en ces termes :

L'évanescence de la copie matérielle est l'occasion d'un réexamen de la structure patrimoniale de notre droit [...] Cette mutation, ce changement d'état, soulève la question du droit applicable aux transmissions électroniques et fait naître, du même coup, celle d'un droit spécifique de distribution⁵².

De son côté, André Bertrand écarte purement et simplement la notion d'exploitation territoriale dans le contexte d'Internet en invoquant l'argument économique : comme l'internaute opte pour le site offrant le tarif le plus avantageux pour avoir accès à une œuvre dématérialisée, l'exploitant du site n'a qu'à le localiser dans un pays où les frais de gestion sont moins élevés pour être plus compétitif que ses concurrents⁵³. Pour Joëlle Farchy, la territorialité du droit applicable reste « délicate »⁵⁴, lorsque les informations circulent dans un réseau mondial : la difficulté réside notamment dans la prévention des transferts transfrontaliers et des échanges directs de contenus cryptés. D'ailleurs, André Lucas déplore que les traités de l'OMPI de 1996 laissent à la discrétion des États la question de l'épuisement international, rejeté par les autorités communautaires⁵⁵.

52. P.-E. MOYSE, préc., note 2, p. 9.

53. André BERTRAND, *La musique et le droit De Bach à internet*, Paris, Litec, 2002, p. 193.

54. Joëlle FARCHY, *Internet et le droit d'auteur, La culture du Napster*, Paris, CNRS, 2003, p. 70.

55. André LUCAS, *Droit d'auteur et numérique*, Paris, Litec, 1998, p.319; voir Polydor c/ Harlequin, préc., note 17; en matière de marques, *Silhouette*

Deuxièmement, il y a l'effet de la dématérialisation de l'œuvre sur le principe de l'épuisement des droits d'auteur. Le changement s'opère au niveau des moyens laissés au créateur aux fins de maîtriser l'exploitation de son œuvre. On assiste présentement à un délaissement progressif des supports physiques comme mode de communication au profit de la mémorisation sur ordinateur. Une telle communication est-elle alors qualifiée de bien ou de service? La question n'est pas superflue, puisque le régime d'épuisement des droits applicables dépend de cette qualification : c'est uniquement lorsque la diffusion dématérialisée est considérée comme une reproduction dans les différentes mémoires d'ordinateurs – par opposition à une prestation de services en ligne – que se pose la question de la survivance de l'épuisement. Ce dilemme est justement présenté par la professeure Dusollier comme suit :

La maîtrise de l'exploitation se satisfait d'un contrôle des copies en circulation, par le biais du droit de reproduction et du droit de distribution, et d'un contrôle des diffuseurs de l'œuvre, par le biais du droit de communication. Dans le contexte digital, l'exploitation des œuvres prend d'autres formes. Les intermédiaires disparaissent et les auteurs et les producteurs peuvent diffuser directement l'œuvre au public. La matérialisation des œuvres s'estompe et il n'est plus besoin de produire de multiples copies tangibles de l'œuvre pour la diffuser auprès du public. Une seule copie, hébergée sur un serveur auquel peut se connecter le public, suffit à satisfaire la demande. Chaque utilisateur est un diffuseur potentiel de l'œuvre, les réseaux lui offrant la possibilité d'une transmission facile et mondiale des copies d'œuvre dont il pourrait disposer⁵⁶.

International Schmied GmbH & Co. KG c. Hartlauer Handelsgesellschaft mbH (aff. C-355/96), préc., note 33.

56. Séverine DUSOLIER, *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique : droits et exceptions à la lumière des dispositifs de verrouillage des œuvres*, coll. « Création, Information, Communication », Bruxelles, Larcier, 2007, p. 300.

En effet, l'épuisement ne vise à l'origine que la libre circulation des exemplaires. La *Directive 96/9/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 mars 1996, concernant la protection juridique des bases de données*⁵⁷ et la Directive européenne 2001/29/CE du 22 mai 2001 sur la société de l'information le confirment.

Or, à mesure que la mémoire de l'ordinateur tend à devenir le support universel de l'œuvre, les principes qui encadraient le droit d'auteur sur une œuvre matérielle seront à revoir dans ce monde désormais réduit à un village planétaire par des moyens de communication sophistiqués.

Il devient plus difficile de contrôler la diffusion de l'œuvre sur le réseau. Dans sa thèse de doctorat⁵⁸, Mme Nguyen Duc Long fait la distinction entre les phénomènes de diffusion numérique et de distribution numérique : la distribution numérique désigne la transmission à distance d'une œuvre spécifique, préalablement numérisée. À la différence de la diffusion numérique, elle implique la notion de stockage, et par conséquent, la conservation préalablement à l'acte de transmission, des œuvres numérisées au sein de bases de données et serveurs numériques. Or, s'il est primordial pour l'auteur et les exploitants de maîtriser l'exploitation de l'œuvre pour favoriser sa création et sa diffusion, l'émergence de nouveaux réseaux est justement venue bouleverser

57. *Directive 91/250/CEE du Conseil, du 14 mai 1991, concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur*, préc., note 25. « Considérant que la question de l'épuisement du droit de distribution ne se pose pas dans le cas de bases de données en ligne, qui relèvent du domaine des prestations de services; que cela s'applique également à l'égard d'une copie matérielle d'une telle base par l'utilisateur de ce service avec le consentement du titulaire du droit; que, contrairement au cas des CD-ROM ou CD-I, où la propriété intellectuelle est incorporée dans un support matériel, à savoir dans une marchandise, chaque prestation en ligne est, en effet, un acte qui devra être soumis à une autorisation pour autant que le droit d'auteur le prévoit. ».

58. Christine NGUYEN DUC LONG, *La numérisation des œuvres, Aspects de droits d'auteur et de droits voisins*, Paris, Litec, 2001, p. 18-21.

le contrôle de la diffusion, comme en témoigne notamment l'affaire dite du Grand Secret de 1996⁵⁹.

Ces difficultés se trouvent accentuées avec la distinction traditionnelle entre le droit de représentation et le droit de reproduction appliquée à l'ère des nouvelles technologies. Dans l'arrêt *Coditel II* rendu en 1982, la CJCE a jugé que l'épuisement des droits ne s'appliquerait pas à la diffusion d'un film par le canal de la télévision, cette opération mettant en cause un droit de représentation. Or, à l'aube du III^e millénaire, il devient désormais facile de télécharger des films sur son ordinateur personnel. L'auteur d'un film peut alors perdre tout contrôle sur son œuvre qui, une fois sortie en salles, se retrouverait aisément sur Internet, parfois même sans son consentement. Son droit serait-il alors déjà épuisé malgré le fait que le diffuseur sur réseau n'ait aucun lien juridique avec lui?

Par ailleurs, la diffusion d'une œuvre en ligne (musique, livre, logiciel ou base de données) est susceptible d'une double qualification en fonction de sa finalité; ainsi, le fait d'autoriser l'accès à l'œuvre à la demande de chaque internaute (ex. écoute de la musique) se rapporte-t-il à la fois au droit de représentation et de communication au public. Par contre, le fait d'offrir aux usagers du réseau la copie d'un exemplaire de l'œuvre par téléchargement implique l'exercice d'un droit de reproduction.

59. Il était question d'un livre intitulé *Le Grand Secret*, paru le 16 janvier 1996 aux Éditions Plon et dénonçant l'état de santé – jusqu'alors gardé secret – de François Mitterrand depuis son élection en mai 1981. Ce livre a été interdit sous astreinte prononcée par ordonnance de référé du Président du Tribunal de Grande Instance de Paris deux jours plus tard, sur une action de la famille Mitterrand invoquant l'atteinte à la vie privée. Une semaine plus tard, un cybercafé de Besançon héberge l'ouvrage sur un serveur web à la disposition de la communauté des internautes. Ce livre a été rendu facilement et rapidement récupérable sous format de fichier texte (ASCII) sur le réseau des Newsgroups de l'Internet. L'auteur de l'œuvre a-t-il pu avoir un contrôle sur ce moyen de diffusion de son ouvrage? Son droit pouvait-il être épuisé par cette diffusion apparemment non autorisée? Sur les diverses implications de cette problématique, voir : Olivier ITEANU, *Internet et le droit : aspects juridiques du commerce électronique*, Paris, Eyrolles 1996, p. 116.

Cette distinction n'est pas sans importance. Le format numérique étant facilement reproductible, sans coût ni perte de qualité, « le préjudice occasionné par la transmission non autorisée des œuvres sur les réseaux numériques est sans commune mesure avec les préjudices causés par des actes plus traditionnels de contrefaçon »⁶⁰.

Il est pourtant possible de soutenir que la théorie de l'épuisement survit bel et bien dans l'environnement numérique : d'une part, cette difficulté qu'éprouve l'auteur à contrôler ses œuvres entraînerait, dans une certaine mesure, l'épuisement de son droit de diffusion sur ses œuvres; d'autre part, tel que l'a évoqué Dusollier, dès l'instant où l'auteur diffuse son œuvre auprès d'un public, quel qu'il soit, l'œuvre est divulguée et l'auteur a épuisé son droit à cet égard⁶¹.

3.2 La survivance de la théorie de l'épuisement dans l'univers virtuel

À défaut pour l'auteur de pouvoir contrôler les nouveaux moyens de distribution, il serait intéressant d'explorer quelques scénarios susceptibles d'incorporer le principe de l'épuisement des droits et de l'adapter aux nouvelles exigences de l'environnement numérique.

En premier lieu, la théorie américaine de la première vente, similaire au principe européen de l'épuisement⁶², peut trouver

60. S. DUSOLLIER, préc., note 56, p. 299.

61. *Id.*, p. 373.

62. La doctrine de la première vente limite le droit, prévu à l'article 106(3) de la loi américaine (17 U.S.C.), de distribution exclusif au public des exemplaires ou phonogrammes de l'œuvre protégée à la première vente ou à tout autre mode de distribution des exemplaires au public (don, location, prêt...). En un mot, ce droit de contrôle cesse avec le transfert licite du droit de propriété à autrui. Cette doctrine, consacrée par les arrêts de principe *Bobbs-Merrill Co. c. Straus* [210 U.S. 339 (1908)] et *Quality King distributors, Inc., Petitioner c. L'Anza Research International* [523 U.S. 135 (1998)], est codifiée aujourd'hui à l'article 109 de la loi américaine. Toutefois, au contraire du principe européen qui couvre tous

application en commerce électronique, lequel opère une mise en circulation à l'échelle mondiale. Avec la distribution transfrontalière des œuvres, le champ des prérogatives de droit d'auteur a été considérablement élargi⁶³. D'abord, le droit d'exécution publique a muté en un droit de communication de l'œuvre à distance et le droit de retransmission a été introduit. Cette tendance se confirme par les extensions récentes du droit de reproduction au titre de droits accessoires, tels les droits de prêt et de location. La convergence des médias emporte une plus grande emprise sur la distribution et renforce ce phénomène de la juxtaposition des droits, d'où une « omniprésence du droit d'auteur » dans l'univers numérique. Avec la reconnaissance explicite d'un droit de distribution dans les traités Internet de l'OMPI (1996), l'auteur dispose alors, en principe, de tous les moyens juridiques pour contrôler la distribution dématérialisée de son œuvre.

La décision *BMG Music v. Gonzalez* de 2005, rendue par la Cour d'appel fédérale américaine, a consacré cet état de fait en confirmant la condamnation d'un utilisateur pour avoir téléchargé, sans autorisation, des œuvres musicales protégées⁶⁴. Ce raisonnement implique *a contrario* que le droit de distribution serait épuisé avec l'accord de l'auteur. En matière de commerce électronique, englobant « toute activité d'échange générant de la valeur pour l'entreprise, ses fournisseurs ou ses clients, effectuée sur des réseaux »⁶⁵, la mise en ligne de l'œuvre constituerait automatiquement le premier acte de commercialisation à l'échelle mondiale. Cette affirmation emporterait des conséquences drastiques compte tenu de l'importance toujours croissante du commerce électronique. Dans l'ensemble des vingt-sept (27) États membres de l'UE, la proportion des particuliers ayant, au cours des trois derniers mois, commandé ou acheté par Internet des biens ou des services est passée de 15 % en 2004 à 34 % en

les domaines de la propriété intellectuelle, la doctrine américaine n'est applicable qu'aux œuvres littéraires et artistiques.

63. P.-E. MOYSE, préc., note 2, p. 384 et suiv.

64. *BMG Music v. Gonzales*, 430 F.3d 888 (7th Cir. 2005).

65. J. FARCHY, préc., note 54, p. 53.

2011⁶⁶. Devant l'ampleur du phénomène, certains auteurs se montrent réticents à vendre en ligne en raison de la circulation gratuite des œuvres. Cette nouvelle réalité numérique appelle donc instamment à la collaboration des acteurs gouvernementaux pour renforcer la protection « sans frontières » de la propriété intellectuelle.

Entre-temps, d'autres préfèrent les licences d'utilisation ou contrats de prestation de services pour mettre leurs œuvres en circulation. Devant l'explosion des systèmes d'information numérisés, il arrive que les titulaires de droits sur des ouvrages numériques les mettent en circulation en octroyant des licences d'utilisation plutôt qu'en vendant des exemplaires matériels. Avec le contrat de licence, qui réunirait certaines conditions d'application du principe de l'épuisement (notamment la perception des redevances, le consentement donné à la signature du contrat et la mise à la disposition comme mise en circulation), l'utilisateur peut multiplier les téléchargements qu'il revendra sur le marché noir ou tolérer l'usage gratuit de l'œuvre sur Internet. En pratique, tout contrat par lequel se réalise la mise à disposition des œuvres littéraires ou artistiques sera qualifié de licence d'utilisation. Dans ce contexte, les auteurs Strowel et Triaille sont en faveur de l'application du principe de l'épuisement « à tout acte de mise en commerce des œuvres artistiques, puisque très souvent, ces actes relèvent de l'exercice d'un droit de l'auteur »⁶⁷.

Toutefois, de l'avis de Séverine Dusollier, « [f]ournir un accès à une œuvre [dans l'univers virtuel], sans en transférer la propriété du support, relève de la prestation de services »⁶⁸. Cette approche ne cadrerait pas avec le principe de l'épuisement : accorder à l'utilisateur une jouissance temporaire de l'ouvrage

66. EUROSTAT (COMMISSION EUROPÉENNE), *Particuliers ayant, au cours des trois derniers mois, commandé/acheté par l'Internet des biens ou services pour leur usage personnel*, 2012, en ligne : <<http://epp.eurostat.ec.europa.eu/tgm/table.do?tab=table&plugin=1&language=fr&pcode=tin00067>> (consulté le 18 novembre 2012).

67. A. STROWEL et J.-P. TRIAILLE, préc., note 16, p. 174.

68. S. DUSOLLIER, préc., note 56, p. 400.

n'épuise nullement le droit de diffusion, celui-ci étant récupéré au terme du contrat. Pareille convention peut bien entendu se renouveler continuellement aux nombreux utilisateurs sur la même œuvre, mais le droit de mise en commerce en tant que tel ne sera jamais épuisé définitivement.

Relativement à la cession des œuvres numériques, l'avocat Emmanuel Pierrat remarque que le cessionnaire acquiert une véritable propriété sur les droits patrimoniaux et pourra, sous certaines conditions, procéder à son tour à de nouvelles cessions⁶⁹. Ce constat répond aux critères de l'épuisement des droits de distribution. Dans ce contexte, il a été souligné lors du Congrès de 1997 de l'Association littéraire et artistique internationale sur la protection des auteurs et artistes interprètes par contrat que, dans la mesure où l'interprétation des contrats tend à être plus favorable à l'auteur qu'à l'exploitant, « il importe de faire preuve de prudence et de précision dans la rédaction du contrat (d'épineuses questions de droit international privé se posent à cet égard [...]) »⁷⁰. Cette cession intervenue dans l'univers numérique invite également à l'application de la théorie de la première vente : le droit de distribution de l'auteur se trouve alors éteint pour les œuvres téléchargées et mises en circulation par voie d'importations parallèles.

Sur cette lancée, un colloque de l'OMPI a élaboré un système contractuel adapté à l'univers numérique qui assure le respect du droit d'auteur tout en protégeant les œuvres contre la copie non autorisée à grande échelle. Ce modèle, qualifié de *copymart*, consiste en un service d'enregistrement à deux composantes : d'un côté, les titulaires de droits sont habilités à procéder à des transactions commerciales dans la base de données *copyright market*; de l'autre, la base de données *copy market* permet aux clients de *copymart* d'obtenir, sur demande et

69. Emmanuel PIERRAT, *Le droit de l'édition appliqué : chroniques juridiques de Livres hebdo*, Paris, Éditions du Cercle de la librairie, 2000.

70. ASSOCIATION LITTÉRAIRE ET ARTISTIQUE INTERNATIONALE, *Actes du Congrès. Protection des auteurs et artistes interprètes par contrat*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, p. 374.

à titre onéreux, des copies d'œuvres diverses aux conditions fixées par les titulaires dans *copyright market*. Le droit de distribution de l'auteur est épuisé dès son consentement. Comme *Copymart* est un réseau mondial, il favoriserait l'épuisement international en éclipsant les distinctions entre les protections nationales des droits d'auteur⁷¹.

Enfin, l'épuisement des droits d'auteur est également envisageable par la nouvelle forme de reproduction dans l'environnement numérique. Traitant du droit de reproduction, André Bertrand fait valoir ceci :

[L]a mise en mémoire sur un ordinateur, donc sur un serveur, constitue une reproduction au sens du droit d'auteur. Lorsque cette mise à mémoire est faite pour un usage strictement personnel, il s'agit d'une reproduction à usage privé, qui ne nécessite pas de ce fait l'autorisation de l'auteur.⁷²

Inversement, une mise en mémoire sur un serveur accessible au public via Internet est indiscutablement une reproduction réservée au titulaire du droit d'auteur. Son consentement est alors indispensable. L'article 7 du *Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes (WPPT)* de 1996 réserve explicitement aux auteurs et à leurs ayants cause « le droit exclusif d'autoriser la reproduction directe ou indirecte de leurs interprétations ou exécutions fixées sur phonogramme, de quelque manière et sous quelque forme que ce soit ».

Or, serait-il pour autant impossible d'envisager l'épuisement du droit de reproduction de l'auteur en l'absence de cette autorisation? En supposant que le lieu géographique de la

71. ORGANISATION MONDIALE DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE (OMPI), *Colloque mondial de l'OMPI sur l'avenir du droit d'auteur et des droits voisins*, Ministère de la culture et de la francophonie, France, Paris, 1^{er} – 3 juin 1994, p. 120.

72. A. BERTRAND, *La musique et le droit De Bach à internet*, préc., note 53, p. 857.

reproduction est celui de la première fixation matérielle de l'œuvre, l'exemplaire peut être reproduit et se perpétue avec la durée de vie des supports matériels reproduits : une vidéocassette ou un phonogramme commercialisé par le titulaire ou avec son consentement dans une région peut être revendu partout sur ce territoire sans que ce titulaire puisse s'y opposer, il a épuisé son droit de distribution en acceptant la première vente. En effet, certaines conditions relatives à la théorie de l'épuisement des droits y sont bel et bien remplies. L'auteur a consenti à la mise à disposition au public. La détermination du lieu de fixation de l'œuvre se conforme au principe de la territorialité, puis le principe de la première mise en commerce s'applique.

Ces préoccupations trouvent un écho d'actualité dans la décision préjudicielle *Axel W. Bierbach c. Oracle International Corp.*⁷³, où la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) a jugé qu'un créateur de logiciels ne peut s'opposer à la revente de ses licences « d'occasion » permettant l'utilisation de ses programmes téléchargés via Internet. En d'autres termes, le droit exclusif de distribution d'une copie d'un programme d'ordinateur couverte par une telle licence s'épuise à sa première vente.

Dans cette affaire, Oracle développe et distribue, notamment par téléchargement via Internet, des programmes d'ordinateur fonctionnant sur le mode « client/serveur ». Ses clients téléchargent directement une copie du programme sur son ordinateur, à partir du site Internet d'Oracle. Le droit d'utilisation d'un tel programme, octroyé par un contrat de licence, inclut le droit de stocker de manière permanente la copie de ce programme sur un serveur et de permettre à un certain nombre d'utilisateurs d'y accéder en la téléchargeant vers la mémoire centrale de leur station de travail. Les contrats de licence prévoient que le client acquiert un droit d'utilisation à durée indéterminée, non cessible et réservé à un usage professionnel interne.

73. COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPÉENNE (CJUE), arrêt du 3 juillet 2012, *UsedSoft GmbH c. Oracle International Corp.* (aff. C-128/11).

UsedSoft commercialise des licences d'occasion de programmes d'ordinateur, notamment des licences d'utilisation se rapportant aux programmes d'ordinateur d'Oracle acquises auprès des clients de ce dernier. Les clients d'UsedSoft, non encore en possession des programmes d'ordinateur d'Oracle, les téléchargent directement, après avoir acquis une licence « d'occasion », à partir du site Internet d'Oracle. De leur côté, les clients qui disposent déjà de tels logiciels peuvent acheter en complément des licences pour des utilisateurs supplémentaires. Dans ce dernier cas, les clients téléchargent les logiciels vers la mémoire centrale des stations de travail de ces autres utilisateurs.

Oracle a assigné UsedSoft devant les juridictions allemandes afin de lui faire interdire cette pratique, au motif que les agissements de UsedSoft et de ses clients empiètent sur le droit exclusif d'Oracle de reproduction permanente ou provisoire des programmes d'ordinateur.

L'une des questions sur lesquelles la CJUE devait se prononcer est de savoir si le droit de distribution de la copie d'un programme d'ordinateur est ou non épuisé au sens de la *Directive 2009/24/CE du Parlement européen et du Conseil, du 23 avril 2009, concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur*⁷⁴, lorsque l'acquéreur (un client d'Oracle) a réalisé la copie, avec l'autorisation du titulaire du droit (Oracle), en téléchargeant le programme sur un support informatique au moyen d'Internet.

Dans l'affirmative, le titulaire du droit qui a commercialisé une copie sur le territoire d'un État membre de l'Union perd la possibilité d'invoquer son monopole d'exploitation pour s'opposer à la revente de cette copie. Adhérant à ce raisonnement, la CJUE interprète la Directive 2009/24/CE comme n'excluant pas –

74. J.O. L 111, p. 16, art. 4(2) : « La première vente d'une copie d'un programme d'ordinateur dans la Communauté par le titulaire du droit ou avec son consentement épuise le droit de distribution de cette copie dans la Communauté, à l'exception du droit de contrôler des locations ultérieures du programme d'ordinateur ou d'une copie de celui-ci. ».

nonobstant le libellé des considérants 28 et 29 de la Directive européenne 2001/29/CE du 22 mai 2001 sur la société de l'information et des traités d'Internet de l'OMPI⁷⁵ – l'application du principe de l'épuisement aux copies distribuées par téléchargement à partir du site Internet du titulaire du droit d'auteur⁷⁶. Le mode de transmission en ligne étant « l'équivalent fonctionnel de la remise d'un support matériel »⁷⁷, limiter l'application du principe de l'épuisement aux seules copies de programmes d'ordinateur vendues sur un support matériel « permettrait au titulaire du droit d'auteur de contrôler la revente des copies qui ont été téléchargées au moyen d'Internet et d'exiger, à l'occasion de chaque revente, une nouvelle rémunération alors que la première vente de la copie concernée aurait déjà permis audit titulaire d'obtenir une rémunération appropriée »⁷⁸. Que les copies soient matérielles (CD-ROM ou DVD) ou immatérielles, la CJUE rappelle que l'objectif du principe de l'épuisement est, en toutes circonstances, de limiter les restrictions à la distribution des œuvres protégées à ce qui est nécessaire pour préserver l'objet spécifique de la propriété intellectuelle, et ce, afin d'éviter le cloisonnement des marchés⁷⁹.

En somme, le transfert par le titulaire du droit d'auteur d'une copie d'un programme d'ordinateur à un client, accompagné de la conclusion, entre les parties, d'un contrat de licence d'utilisation, constitue une « première vente d'une copie d'un programme d'ordinateur » qui épuise le droit de distribution de cette copie dans l'Union⁸⁰. Dès lors, même si le contrat de licence interdit une cession ultérieure, le titulaire du droit ne peut plus s'opposer à la revente de cette copie⁸¹.

75. *Supra*, p. 3.

76. *UsedSoft GmbH c. Oracle International Corp.* (aff. C-128/11), préc., note

74, par. 60.

77. *Id.*, par. 61.

78. *Id.*, par. 63.

79. *Id.*, par. 62.

80. *Id.*, par. 84.

81. *Id.*, par. 77.

Or, contrairement à la distribution d'un exemplaire d'œuvre tangible, la première copie immatérielle demeure généralement avec la personne qui la distribue, lors de sa transmission numérique. Cette opération met alors également en cause le droit de reproduction, lequel n'est pourtant pas assujéti à l'épuisement. Pour contrer ce dédoublement des droits et éviter une violation du droit exclusif du titulaire à la reproduction du programme, la CJUE impose à l'acquéreur initial et tout acquéreur subséquent d'une copie – matérielle ou immatérielle – d'un logiciel, par laquelle le droit de distribution du titulaire est épuisé, l'obligation de rendre inutilisable la copie téléchargée sur son propre ordinateur au moment de la revente.

La portée de cet arrêt serait limitée à l'existence d'un contrat de licence entre le titulaire et le nouvel acquéreur. L'épuisement s'applique-t-il lorsque les œuvres sont mises à disposition au public par des internautes à l'insu des fournisseurs d'accès et du serveur⁸²? De même, la diffusion massive par courrier électronique constitue certainement une reproduction des œuvres sur laquelle l'auteur perd tout contrôle et épuise son droit involontairement. Abordons dès à présent ces nouvelles formes d'épuisement illégal encouragées par la technologie numérique.

3.3 La technologie à l'origine de nouvelles formes d'épuisement illégal

À titre liminaire, soulignons cette culture de la gratuité : de nos jours, des internautes n'hésitent pas à télécharger les fichiers protégés sans autorisation chaque fois que l'occasion se présente. Comme le relève Farchy, en dehors du « Web marchand » – désignant ces sites « financés par abonnement, par publicité ou par commerce électronique » –, « [n]ombre d'informations qui circulent sur Internet n'ont pas de but lucratif mais répondent à une logique d'interaction et de communication qui repose sur la

82. A. BERTRAND, *La musique et le droit De Bach à internet*, préc., note 53, p. 188.

gratuité »⁸³. Or, comme toutes ces informations ne sont pas sans auteurs, ces derniers perdent la maîtrise des modes de diffusion de leurs œuvres. Leurs droits s'épuisent donc illégalement, sans leur consentement, à moins que l'on admette le principe d'un épuisement international prescrivant un cadre juridique applicable à de telles situations à l'échelle mondiale.

Toutefois, le principe de gratuité a été défendu par d'autres au nom de l'intérêt public et d'une plus grande accessibilité des œuvres. Cette position a été soutenue par la professeure Teresa Scassa en ces termes :

*Sharing in such contexts can serve the public interest by exposing more people to cultural works even where cost might otherwise be a barrier to access [...] While this should not all be done at the expense of creators of works, there is a strong argument that is something here to put in the balance for the interests of society*⁸⁴.

Farchy, de son côté, argumente dans le même sens :

Le droit d'auteur empêcherait l'accès gratuit du plus grand nombre à la connaissance et exclurait une partie de la population de la société de l'information [...] Le non-respect de la propriété intellectuelle par les utilisateurs intermédiaires ou finaux serait, selon ces tenants de *no-copyright*, le prix à payer pour favoriser l'émergence d'une société de l'information qui nécessite des échanges nombreux et variés de contenus. La diffusion la plus large possible de contenus protégés au mépris des règles de la propriété intellectuelle serait même une nécessité absolue et un véritable devoir moral⁸⁵.

L'enjeu consisterait à permettre néanmoins aux auteurs d'avoir un contrôle sur la diffusion de leurs œuvres gratuites.

83. J. FARCHY, préc., note 54, p. 66.

84. Teresa SCASSA, « Interests in the Balance », dans M. GEIST (dir.), *In the Public Interest-The Future of Canadian Copyright Law*, Toronto, Irwin Law, 2005, p. 41, p. 62 et 63.

85. J. FARCHY, préc., note 54, p. 77.

Pour Séverin Tagliante, les titulaires de droit devraient autoriser un accès libre ou tout au plus moins coûteux de leurs œuvres à tous, indépendamment de leurs conditions socio-économiques⁸⁶; le droit de l'auteur pourrait ainsi s'épuiser sous le principe de la gratuité. En fait, l'évolution des mentalités est à l'origine de cette forme d'épuisement : comme le dit Dusollier, « [l]e sentiment du "tout est libre sur les réseaux numériques" est fortement ancré dans l'esprit du public »⁸⁷.

À la lumière de ces considérations, une meilleure protection des droits de l'auteur passerait par une réorganisation des systèmes juridiques et une harmonisation à l'échelle internationale fondée sur les principes de l'épuisement international et la libre circulation des œuvres littéraires et artistiques, tout en octroyant un contrôle suffisant de distribution à l'ère du numérique et d'Internet.

Il est intéressant de noter que cette caducité de la notion du droit d'auteur – du moins dans sa composante patrimoniale – a eu quelques échos dans le monde littéraire même. Pierre Assouline, romancier et biographe, croit que le droit d'auteur est inadapté à la transmission des savoirs⁸⁸. Citant Guillaume de Lacoste Lareymondie, il rapporte que « [l]a propriété intellectuelle semble de plus en plus un abus de droit parce qu'elle était purement conventionnelle, que de moins en moins de personnes en acceptent la légitimité, et qu'elle tient désormais par la force contre les mœurs ». En effet, il est permis de remettre en question l'utilité première de cette protection qui cherche avant tout à promouvoir la création littéraire, puisque son défaut n'a pourtant pas gêné la percée des génies littéraires de tous les temps, « de Platon à Kant, et d'Homère à Molière ». Sur la question de la rémunération des créateurs, ce serait le producteur ou l'éditeur

86. Séverin TAGLIANTE, « L'abondance culturelle réservée aux riches », « *MULTITUDE* » : *propriété intellectuelle, logiciels libres des subjectivités de l'internet*, n° 5-mai 2001, p. 99.

87. S. DUSOLLIER, préc., note 56, p. 302.

88. Pierre ASSOULINE, « Le droit d'auteur empêtré dans la Toile », *Le Monde*, vendredi 14 mai 2010, p. LIV8.

qui s'en chargeront, perdant du même coup le monopole sur l'œuvre.

En tout état de cause et malgré cette érosion des droits de l'auteur sur Internet, ce dernier représente paradoxalement une opportunité pour les auteurs eux-mêmes. L'exemple d'un éditeur de Washington, rapporté par Farchy, est éloquent : *National Academy Press*, spécialisé dans le domaine scientifique, technologique et médical, a décidé de publier sur Internet les 1 700 titres de son catalogue. L'intégralité de ces ouvrages sont accessibles à tous les internautes, et ce, gratuitement. Résultat : les ventes de cet éditeur ont augmenté de 17 %. C'était comme si les lecteurs ont eu l'occasion de feuilleter les livres avant de les acheter⁸⁹. L'on pourrait conclure du modèle de cet éditeur américain à un principe d'épuisement fondé sur la gratuité. Dans ce cas, l'épuisement est volontaire si le consentement des auteurs d'ouvrages et la perception de leur redevance ne font pas défaut. Les autres critères, notamment le principe de la territorialité, le consentement de l'éditeur et la mise en circulation sur Internet, sont réunis.

Avec cette facilité d'accès et la perte de contrôle de l'auteur, les internautes peuvent alors tirer copies de ces ouvrages qu'ils revendront illégalement par voie d'importations parallèles, d'où cette autre forme d'épuisement illégal des droits de diffusion qu'est le piratage. En effet, le raffinement des techniques de reproduction et de communication a grandement favorisé le développement de la contrefaçon : les œuvres licitement mises sur le marché ou diffusées sur les réseaux sont désormais reproductibles à l'infini sans perte de qualité⁹⁰. Ce problème se trouve très clairement posé en matière musicale. À titre d'exemple, le logiciel Napster, depuis l'an 2000, permettait l'échange de fichiers musicaux grâce à un serveur central, affichant la liste de tous les ordinateurs contenant le fichier. Il suffisait de taper le nom de l'artiste ou du morceau recherché pour initier le téléchargement gratuit. En février 2001,

89. J. FARCHY, préc., note 54, p. 104.

90. SOCIÉTÉ LAMY, *Lamy droit de l'informatique et des réseaux*, n° 115, juin 1999, p. 20.

près de 2,79 milliards de fichiers numériques ont été téléchargés de cette façon⁹¹. Bien que Napster ait cessé ses activités dès l'été 2001, d'autres logiciels de *peer-to-peer*, tels Gnutella et Aimster, ont pris le relais. Les utilisateurs s'y connectent directement entre eux pour échanger des fichiers musicaux sans passer par un site central. Ces programmes difficilement contrôlables épuisent ainsi illégalement le droit de diffusion des auteurs de ces chansons. D'ailleurs, la contrebande audiovisuelle dans le domaine du cinéma a aussi été favorisée par les progrès d'Internet, notamment en Asie et dans les pays de l'Est. Dans le même ordre d'idées, Icravetv.com, société canadienne utilisant des versions pirates de films et de programmes sur Internet, diffusait 24 heures sur 24 les émissions de plusieurs chaînes de télévision américaines et canadiennes⁹². Ce phénomène repose en fait sur la question de ce que Farchy a qualifié d'« appropriabilité »⁹³. Ce terme réfère à la capacité d'un détenteur de droits à récupérer directement ou indirectement la valeur des utilisations de l'œuvre sur lesquelles portent ses droits. C'est l'appropriabilité directe qui est rendue extrêmement difficile par la violation massive des droits d'auteur favorisée par les technologies numériques.

Le manque à gagner supporté malgré eux par les auteurs ou leurs ayants droit ainsi que la perte involontaire du contrôle sur leurs œuvres sont les conséquences les plus immédiates de ce plagiat sans restriction, alors que le coût assumé par les consommateurs est minime. On assiste alors à un épuisement involontaire des droits de l'auteur. De plus, André Lucas nous met en garde contre certaines complications des réseaux numériques, notamment la variabilité des sites, la diversité des logiciels de navigation et l'augmentation des emprunts plus ou moins habilement déguisés aux œuvres et interprétations existantes. L'œuvre résultant de l'effort intellectuel d'un auteur passe entre les mains d'un tiers sans lien juridique avec cet auteur, ou est revendue par un commerçant non autorisée, donc sans redevance

91. A. BERTRAND, *La musique et le droit De Bach à internet*, préc., note 53, p. 184.

92. J. FARCHY, préc., note 54, p. 71.

93. *Id.*, p. 90.

payée à l'auteur. Il n'en demeure pas moins que ses droits sur cette œuvre sont épuisés du moins à l'égard du contrefacteur principal et de ses clients.

Afin de freiner les échanges illicites de fichiers musicaux, quelques solutions ont été envisagées. À titre indicatif, des systèmes électroniques ont été mis en place en 2002 pour envoyer aux internautes téléchargeant illicitement des fichiers musicaux des courriels menaçants, lesquels précisent les morceaux trouvés, le numéro IP du poste Internet impliqué, le logiciel utilisé et la date exacte de l'infraction. Dans le même ordre d'idées, la SDMI (*Secure Digital Music Initiative*) a été lancée en 1999 par les éditeurs et producteurs pour contrer le piratage massif d'œuvres musicales en protégeant les disques numériques. Il s'agit d'un standard d'enregistrement à l'abri du piratage tout en offrant au public un service de diffusion de musique numérique (EMMS) permettant l'achat et le téléchargement en ligne⁹⁴. Il est donc possible de dissuader le téléchargement illégal par la même technologie utilisée par les pirates eux-mêmes. Malgré ces remèdes, la piraterie à l'ère du numérique demeure un véritable moyen d'épuisement illégal des droits de diffusion reconnus exclusivement à l'auteur ou à ses ayants droit.

Toutefois, la justice européenne a statué, dans l'affaire *Scarlet Extended SA c. Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM)*⁹⁵, à une injonction, prise par une juridiction nationale, d'imposer à un fournisseur d'accès à Internet la mise en place d'un système de filtrage afin de prévenir les téléchargements illégaux de fichiers.

Cette affaire est née d'un litige opposant Scarlet Extended SA, un fournisseur d'accès à Internet, à SABAM, une société de gestion belge chargée d'autoriser l'utilisation, par des tiers, des œuvres musicales des auteurs, compositeurs et éditeurs. SABAM

94. A. BERTRAND, *La musique et le droit De Bach à internet*, préc., note 53, p. 185.

95. CJUE, arrêt du 24 novembre 2011, *Scarlet Extended SA c. Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM)* (aff. C-70/10).

a constaté, en 2004, que des internautes utilisant les services de Scarlet téléchargeaient sur Internet, sans autorisation et sans paiement de droits, des œuvres reprises dans son catalogue au moyen de réseaux « *peer-to-peer* ». Jugeant que cet échange non autorisé des fichiers électroniques musicaux porte atteinte à son droit de reproduction et à son droit de communication au public relativement aux œuvres protégées, SABAM a demandé, avec succès, au président du tribunal de première instance de Bruxelles d'ordonner sous peine d'astreinte à Scarlet, en tant que fournisseur d'accès à Internet, de faire cesser ces atteintes au droit d'auteur en rendant impossible toute forme d'envoi ou de réception par ses clients de fichiers électroniques reprenant une œuvre musicale de SABAM.

Scarlet a interjeté appel devant la Cour d'appel de Bruxelles, en soutenant, entre autres, que l'injonction n'était pas conforme au droit de l'Union, car elle lui imposait, *de facto*, une obligation générale de surveillance des communications sur son réseau, ce qui serait incompatible avec la *Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil, du 8 juin 2000, relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur*⁹⁶.

Dans ce contexte, la Cour d'appel demande à la CJUE de statuer sur la question préjudicielle de savoir si le droit de l'UE permet aux États membres d'autoriser un juge national à ordonner à un fournisseur d'accès à Internet de mettre en place, de façon générale, à titre préventif, aux frais exclusifs de ce

96. J.O. L 178, p.1, art. 15(1) : « Les États membres ne doivent pas imposer aux prestataires, pour la fourniture des services visée aux articles 12 [simple transport : transmettre, sur un réseau de communication, des informations fournies par un destinataire du service ou fournir un accès au réseau de communication], 13 [forme de stockage dite « *caching* » : stockage automatique, intermédiaire et temporaire de l'information fournie par un destinataire du service] et 14 [hébergement : stocker des informations fournies par un destinataire du service], une obligation générale de surveiller les informations qu'ils transmettent ou stockent, ou une obligation générale de rechercher activement des faits ou des circonstances révélant des activités illicites. ».

dernier et sans limitation dans le temps, un système de filtrage des communications électroniques afin d'identifier les téléchargements illégaux de fichiers.

De l'avis de la CJUE, une telle injonction ne respecte ni la Directive 2000/31/CE, ni l'exigence d'assurer le juste équilibre entre, d'une part, le droit de propriété intellectuelle et, d'autre part, la liberté d'entreprise, ni le droit à la protection des données à caractère personnel, ni la liberté de recevoir ou de communiquer des informations. La protection du droit de propriété intellectuelle, bien que consacrée à l'article 17(2) de la *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, ne devrait pas pour autant être assurée de manière absolue⁹⁷.

Conclusion

Si la propriété intellectuelle confère *a priori* des droits exclusifs aux titulaires, leur assurant une emprise monopolistique sur tous les actes de commercialisation opérés sur les œuvres protégées, l'intérêt du public, incarné par le droit des utilisateurs et la libre circulation des marchandises, est venu tempérer l'effet drastique de ces prérogatives légales. La nécessité de pondérer les intérêts patrimoniaux de l'auteur justifie ce couperet de l'épuisement : le pouvoir du titulaire d'un droit intellectuel sur le produit protégé ne s'étend que jusqu'à la première mise en circulation. Les opérations subséquentes à cette mise en circulation ne tombent pas sous son contrôle.

La théorie de l'épuisement des droits repose sur certains principes fondamentaux, notamment le principe de la territorialité, dictant un épuisement à trois niveaux, national, régional et international. La signature de l'Accord ADPIC représente l'aboutissement de la mise en place d'un système efficace de protection de la propriété intellectuelle à l'échelle internationale. En dépit des objectifs ambitieux de libre-échange formulés par

97. Voir également en ce sens : CJUE, arrêt du 12 juillet 2011, *L'Oréal SA c. eBay* (aff. C-324/09); CJCE, arrêt du 29 janvier 2008, *Promusicae c. Telefonica de Espana SAU* (aff. C-275/06).

l'OMC, la question de l'épuisement des droits et des importations parallèles ne fait toujours pas l'unanimité, les États disposant d'une liberté de politique à ce sujet. Or, la dimension internationale de la propriété littéraire et artistique se pose aujourd'hui avec plus d'acuité. Avec l'évolution des nouvelles technologies de l'information, un auteur ne dispose plus d'un contrôle suffisant sur les moyens de diffusion de ses œuvres.

Que réserve alors cette ère du numérique au principe de l'épuisement? Y survit-il ou s'effrite-il au contraire à l'apparition des techniques plus raffinées? Un premier constat : les législatures, la doctrine et les conventions internationales se replient derrière une réticence, éventuellement discutable, quant à l'application du principe de l'épuisement à l'échelle planétaire. Ainsi, Broglie soutient qu'aucune raison ne semble pouvoir justifier l'épuisement du droit de distribution après la première mise en ligne de l'œuvre. Le réseau Internet ne diffère pas outre mesure de son homologue matériel : il s'agit dans les deux cas de la transmission d'exemplaires d'une œuvre, l'émetteur conservant l'original. L'argument économique se base sur le fait qu'un épuisement du droit de distribution après la première mise en ligne revient à autoriser « la multiplication des pains ».

Or, l'apport d'Internet est indéniable : en donnant à tous accès à des images, des livres et des morceaux de musique numérisés, Internet a permis à la communauté de s'affranchir des distances physiques tout en offrant une occasion d'enrichissement des cultures différentes. Cette tendance a encouragé la logique de la gratuité, si bien que nombreux sont les internautes qui procèdent par tous les moyens à télécharger des œuvres gratuites en ligne, au mépris des droits de l'auteur. Forts de cet esprit général de liberté, les pirates en profitent également au grand dam des titulaires des droits intellectuels.

Pourtant, la théorie de l'épuisement mérite à notre avis d'être adaptée à ce nouvel environnement numérique ou virtuel : le pouvoir de contrôle des auteurs pourrait être récupéré si le principe d'épuisement venait à être érigé en norme internationale

applicable eu égard à la nouvelle technologie et sans limites de territoire.

Certes, il existe bel et bien un grand nombre d'éléments déstabilisateurs dans la reconnaissance d'une théorie de l'épuisement international, dont ce caractère international et la dématérialisation des échanges. L'état actuel du droit international laisse en effet subsister un aléa juridique impliquant un risque à gérer, comme tout commerce d'ailleurs. Une des solutions régulièrement invoquées au soutien d'une limitation du risque consiste à placer un tiers dans le lien unissant le client au marchand, le forçant à s'impliquer d'une manière ou d'une autre dans cette relation commerciale des œuvres dématérialisées.

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : EAU QUÉBEC, QUEL AVENIR POUR L'OR BLEU?

Auteur(s) : Isabelle MARCOTTE-LATULIPPE
Catherine TRUDELLÉ

Revue : RDUS, 2012, volume 42, numéro 3

Pages : 677-711

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/10284>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/10284>

Page vide laissée intentionnellement.

EAU QUÉBEC, QUEL AVENIR POUR L'OR BLEU?

par Isabelle MARCOTTE-LATULIPPE *
Catherine TRUDELLE**

Des centaines de personnes meurent tous les jours, faute d'accès à une eau potable. Or, la population québécoise, qui est choyée puisque le Québec possède 3 % des réserves mondiales d'eau douce renouvelable, commence à peine à être sensibilisée à la question de l'eau. Avant l'adoption de la Politique nationale de l'eau (PNE) en 2002, très peu d'attention était portée à la gouvernance de l'eau au Québec. Encore aujourd'hui, l'intérêt de la société civile quant à la gestion de l'eau est relativement faible. Néanmoins, l'eau douce est de plus en plus convoitée sur la planète et cette convoitise pourrait conduire à de violents conflits territoriaux. Dans cet article, nous nous intéressons à la gouvernance de l'eau au Québec, et plus particulièrement à Montréal, ainsi qu'aux enjeux liés à cette précieuse ressource.

Hundreds of persons die every day due to a lack of access to potable water. Yet, the population of Quebec, which has at its disposal more than 3 % of the world's renewable fresh water reserves, is just beginning to become aware of the issues surrounding this resource. Until a water policy was adopted in Quebec in 2002, water governance was not a major societal concern. Indeed, even today, civil society manifests little interest in the management of water resources. However, as fresh water supplies diminish and become subject to greater demand, this could give rise to territorial conflicts. The writers discuss issues related to water governance in Quebec and in Montreal. They also examine future challenges which may confront Quebec society in this regard.

*. Isabelle Marcotte-Latulippe a terminé une maîtrise en géographie à l'Université du Québec à Montréal (UQAM, 2011).

** . Catherine Trudelle est titulaire de la Chaire de recherche du Canada sur les conflits socioterritoriaux et la gouvernance locale, sise au Département de géographie de l'UQAM.

SOMMAIRE

La gouvernance de l'eau, une question limpide?	680
<i>Gouvernance de l'eau au Québec</i>	680
<i>Gouvernance de l'eau dans la région métropolitaine de Montréal (RMM)</i>	683
<i>Recension des écrits</i>	684
Méthodologie	686
<i>Typologie d'enjeux</i>	687
<i>Typologie d'acteurs</i>	688
L'eau, au cœur d'enjeux vitaux	688
<i>Enjeux de quantité</i>	688
<i>Enjeux de qualité</i>	689
<i>Enjeux d'appropriation</i>	690
Les enjeux de l'eau vus par les acteurs de l'eau	691
<i>Moins d'eau?</i>	691
<i>L'état des ressources hydriques</i>	692
<i>Tous pour l'eau, mais l'eau pour qui?</i>	694
Échiquier des acteurs de l'eau au Québec	695
<i>Pouvoir et gouvernance</i>	703
<i>Pistes de solutions aux enjeux de l'eau</i>	704
Vers quelle gouvernance?	707
Conclusion	709

L'eau douce sur la planète bleue

Non seulement l'eau douce représente-t-elle à peine 2,5 % de l'eau sur Terre, mais de surcroît, cette eau essentielle à la vie est répartie de façon très inéquitable sur le globe. À l'heure actuelle, plus d'un milliard de personnes n'a pas accès à l'eau potable¹. Dans les aires urbaines de plusieurs régions du globe, la demande pour l'eau douce excède souvent la quantité d'eau disponible dans le milieu avoisinant. Or, les populations urbaines continuent à croître à une vitesse inégale. En effet, depuis 2008, selon l'ONU, plus de la moitié de la population mondiale vit dans les villes.

Entre 1961 et 2001, la consommation mondiale d'eau a doublé, mais la quantité d'eau douce sur Terre demeure inchangée². À long terme, cette situation de déséquilibre exacerbera la compétition pour l'accès aux ressources hydriques et conduira à de potentiels conflits socioterritoriaux susceptibles de dégénérer en guerres³. Déjà, l'eau est une ressource géostratégique majeure : elle est au centre d'enjeux vitaux et multidimensionnels à l'échelle du globe.

Ainsi, l'eau douce subit une pression grandissante, ce qui amène nécessairement à questionner les modèles actuels de gouvernance de l'eau. Aujourd'hui, même les États jouissant d'une grande richesse en eau douce tels que le Québec commencent à protéger leurs ressources hydriques. En effet, depuis une vingtaine d'année, le Québec semble prendre conscience de la rareté et de la fragilité de la ressource ainsi que de l'importance de légiférer

-
1. CANADA, *Débats du Sénat*, 3^e sess., 40^e légis., 19 octobre 2010, « Ordre du jour. L'environnement et les droits de la personne », en ligne : <http://www.parl.gc.ca/40/3/parlbus/chambus/senate/deb-f/056db_2010-10-19-f.htm?Language=F&Parl=40&Ses=3> (consulté le 7 décembre 2010).
 2. *Id.*
 3. A. FRÉROT, *Water: towards a culture of responsibility*, Paris, Collection Autrement Frontières, 2009.

pour la protéger. Mais cette prise de conscience suffira-t-elle à protéger l'eau douce durablement?

Dans cet article, nous discutons d'abord de l'évolution de la gouvernance de l'eau au Québec. Nous nous questionnons ensuite sur les enjeux liés à l'eau dans la région métropolitaine de Montréal (RMM) ainsi que sur la place des acteurs dans la gouvernance de l'eau à l'échelle provinciale. En troisième lieu, nous présentons brièvement notre démarche méthodologique. Enfin, nous terminons en discutant des principaux résultats de notre recherche qui montrent clairement que malgré les efforts entrepris au Québec pour protéger l'eau, celle-ci demeure vulnérable, et ce, tant pour l'appropriation de la ressource que la dégradation de sa qualité.

La gouvernance⁴ de l'eau, une question limpide?

Gouvernance de l'eau au Québec

Au Québec, l'intérêt accordé à la gestion et à la protection de l'eau est relativement récent. Ce n'est qu'à partir des années 1970, face à la dégradation de la qualité de l'eau du fleuve Saint-Laurent, que le gouvernement intervient dans ce domaine. La gestion de l'environnement commence alors à s'institutionnaliser, notamment à travers la création du ministère de l'Environnement

4. Nous définissons la gouvernance de l'eau comme étant le processus de prise de décisions à travers lequel l'eau est gérée. Ce processus englobe la gestion, l'approvisionnement, le traitement, la distribution, la commercialisation de l'eau, sa protection, sa pollution et son assainissement ou sa disponibilité (K. BAKKER, C. COOK, G. DUNN et D. ALLEN, « Water security : A primer. Policy Report », Vancouver, 2010, 47 pages, p. ii.). La « bonne gouvernance » renvoie généralement aux principes de participation, de gestion transparente, efficace, équitable, inclusive et qui suit les règles de lois (K. BAKKER, *Eau Canada, the future of Canada's water*, 2007, UBC Press.). La gouvernance est caractérisée par l'idée de discuter et, surtout, d'agir et de décider ensemble. C'est un processus qui implique une hybridation d'instruments régulés par différents types d'acteurs. Un acteur de l'eau est une personne ou une organisation étant concernée et impliquée, de près ou de loin, dans la gouvernance de l'eau.

en 1979. La décennie 1980 est principalement dédiée à l'ajustement des organes de gestion publique de l'environnement et à l'aménagement du territoire. À partir des années 1990, à la suite d'une tentative de privatisation de l'aqueduc à Montréal⁵, la gestion de l'eau s'ouvre graduellement à une participation plus active de la société civile. Certains comités, tels le Comité de valorisation de la rivière Boyer et la Corporation de gestion du développement du bassin de la Saint-Maurice, voient le jour au début de cette décennie.

L'idée de privatiser l'eau à Montréal a provoqué de nombreux débats et a donné le jour à la *Coalition pour un débat public sur l'eau* qui deviendra plus tard *Eau secours!*. Différents types d'acteurs commencent alors à s'imposer en tant qu'interlocuteurs dans des discussions qui, jusque-là, étaient principalement polarisées entre le secteur public (c.-à-d. les organes gouvernementaux) et le secteur privé. Cette diversification des acteurs dans les débats constitue un premier tournant en matière de gouvernance de l'eau au Québec. Engager le débat dans la sphère publique et inscrire l'enjeu de l'eau à l'agenda politique sont importants, car ils évitent que l'intérêt général ne soit confondu avec les intérêts dominants⁶, soit ceux des entreprises et des promoteurs du développement. En 1999, la polémique quant à l'exportation d'eau provenant du Québec incite le Parlement du Québec à mettre sur pied la *Loi sur la préservation des ressources en eau* qui interdit, à partir du 21 octobre 1999, de transférer hors du Québec des eaux qui sont prélevées au Québec. En 2001, après la tragédie de Walkerton⁷, la population québécoise affiche son inquiétude face à la qualité de l'eau provenant des aqueducs, ce qui amène Québec à instaurer un règlement sur

-
5. L'année 1996 est un marqueur temporel important pour la gestion de l'eau au Québec puisque la Ville de Montréal a été tentée de céder la gestion des réseaux d'aqueduc et des eaux usées à la multinationale *La Lyonnaise des eaux*, filiale de Suez.
 6. P. HAMEL, « La métropole contemporaine et ses controverses », (2005) 49 (138), *Cahiers de géographie du Québec*, pp. 393-408.
 7. En mai 2000, 2300 personnes sont tombées malades et sept personnes sont mortes à la suite de la consommation d'une eau contaminée avec la bactérie E-Coli à Walkerton (Ontario).

la qualité de l'eau potable. Ce règlement oblige les exploitants d'un système de distribution d'eau, qu'il soit municipal ou privé, à respecter des exigences de contrôle plus strictes et rend obligatoires la désinfection et la filtration de l'eau.

Le 26 novembre 2002, la Politique nationale de l'eau (PNE) du Québec est rendue publique. Les orientations principales de la PNE sont : assurer la protection de cette ressource unique, gérer l'eau dans une perspective de développement durable, mieux protéger la santé publique et celle des écosystèmes, améliorer la gestion des services d'eau et favoriser les activités récréotouristiques liées à l'eau. La PNE est issue d'un long processus initialement centré sur un débat juridique relatif au statut de l'eau. En faisant de la gestion intégrée de l'eau par bassin versant (GIEBV) une orientation majeure de la PNE, le gouvernement du Québec marque un deuxième tournant en matière de gouvernance de l'eau : il opte pour une gouvernance plus locale et pour une démarche davantage tournée vers des actions préventives que curatives. La PNE se traduit principalement par l'instauration de 33 organismes de bassins versants (OBV) pour autant de rivières, dites « prioritaires ».

Depuis 2002, deux lois principales sont venues renforcer la PNE. En 2008, Québec adopte la loi visant à affirmer le caractère collectif des ressources en eau et à confirmer son statut juridique : qu'elle soit de surface ou souterraine, l'eau constitue dorénavant une ressource collective et fait partie du patrimoine commun de la nation québécoise. En 2009, la Loi affirmant le caractère collectif des ressources en eau et visant à renforcer leur protection est adoptée. Cette nouvelle loi reconnaît l'accessibilité à l'eau potable pour toute personne physique et énonce certains principes, dont le devoir de prévenir les atteintes aux ressources en eau et de réparer les dommages qui peuvent leur être causés. Cette loi institue un recours de nature civile permettant au Procureur général d'exiger la réparation de tout préjudice écologique subi par les ressources en eau, par une remise en l'état initial ou par le versement d'une indemnité financière, entre autres.

Aujourd'hui, la gestion des cours d'eau repose notamment sur l'implication des collectivités à travers la concertation et le partenariat volontaire. Or, l'apparition de ces nouveaux espaces délibératifs et de nouvelles règles provoque une réorganisation fondamentale des relations entre les acteurs de l'eau. La gestion de l'eau, basée sur une approche centralisée, est en période d'ajustement : elle présente de nouveaux visages et implique un nombre croissant d'acteurs sociaux.

Gouvernance de l'eau dans la région métropolitaine de Montréal (RMM)⁸

La région métropolitaine montréalaise est une région urbaine riche en eau douce qui devra, malgré ses avantages actuels, s'adapter à la pression grandissante sur l'eau et apprendre à mieux gérer la ressource⁹. La baisse probable de 20 % du débit du fleuve Saint-Laurent d'ici 2055 et l'augmentation de la densité de population sur le territoire du grand bassin versant du Saint-Laurent¹⁰ auront des conséquences sur la qualité de l'eau, ce qui

-
8. La RMM est constituée de 82 municipalités et rassemble 48 % de la population du Québec. La région comprend six bassins versants.
 9. Le réseau d'aqueduc montréalais perd plus de 40 % de l'eau potable à cause de fuites dans les canalisations. Les estimations du coût pour la réparation du système varient de 500 millions à 1 milliard de dollars canadiens.
 10. Entre 2001 et 2006 seulement, la population de la RMR de Montréal a augmenté de 185 000 habitants. Plus de 80 % de la population du Québec vit sur les rives du Saint-Laurent et de ses tributaires (ministère du Développement durable, de l'Environnement et des Parcs (MDDEP), « Zone de gestion intégrée de l'eau par bassin versant dans le Québec méridional », (2009), en ligne : <<http://www.mddep.gouv.qc.ca/eau/bassinversant/redecoupage/inter.htm>> (consulté le 24 novembre 2009). Par ailleurs, l'eau des Grands Lacs, tributaires du fleuve Saint-Laurent, n'est pas entièrement renouvelable. Cette eau est une eau fossile qui est apparue il y a 10 000 ans, à la suite du retrait des glaciers et donc, elle ne s'inscrit pas dans le cycle hydrologique actuel. En conséquence, un maigre 1 % de cette eau se renouvelle avec les précipitations (V. BORDE, « À sec! », 2008, *Magazine sélection*, p. 92).

affectera toutes les activités qui en dépendent. Aussi, il y aura davantage de conflits d'usage¹¹.

Recension des écrits

Depuis une vingtaine d'années¹², l'environnement, les changements climatiques et le développement durable sont devenus des préoccupations croissantes sur la scène mondiale, à tel point que ces thématiques sont aujourd'hui régulièrement au cœur de l'actualité dans les sociétés capitalistes. Face à l'ampleur et à la multidimensionnalité des problèmes environnementaux à l'échelle du globe, les chercheurs réfèrent de plus en plus au concept de gouvernance qui leur permet de mieux appréhender la complexité des phénomènes socioenvironnementaux à travers la mise en lumière des rôles des nombreux acteurs dans la structure sociopolitique émergente, ce qui est le résultat de la multiplication des différents types d'acteurs ainsi que de leur implication au sein des processus décisionnels¹³. Ainsi, la gouvernance environnementale comprise comme étant « l'ensemble des règles, des pratiques et des institutions qui entourent la gestion de l'environnement dans ses différentes modalités (conservation, protection, exploitation des ressources naturelles, etc.) » alimente de nombreux travaux scientifiques qui visent une meilleure prise en

-
11. Institut national de recherche sur l'eau, « À propos de l'INRE », (2008) Environnement Canada, en ligne : <<http://www.ec.gc.ca/inrenwri/Default.asp?lang=Fr&n=0E7169DE-1>> (consulté le 19 août 2011).
 12. Principalement depuis le Sommet de la Terre en 1992 (première réunion majeure internationale sur l'environnement).
 13. P. BENVISTE, *La gouvernance environnementale : un enjeu vital pour l'espèce humaine*, Paris, Connaissances et savoirs, 2006; A. BONFIGLIOLI, « Terre des pauvres : gouvernance environnementale locale et gestion décentralisée des ressources naturelles », Fonds d'équipement des Nations Unies (FENU), 2004.

compte de l'environnement dans les approches de développement mises en œuvre dans les sociétés contemporaines¹⁴.

La gouvernance de l'eau s'inscrit dans la lignée de la gouvernance environnementale et est un domaine d'études relativement récent. Cependant, il demeure que, la gouvernance étant par nature multidisciplinaire, les études sur le sujet abondent dans les domaines de la sociologie, de la géographie, de la gestion, de l'environnement, etc. Au cours des dernières années, des chercheurs ont contribué à l'avancement des connaissances sur la gouvernance de l'eau au Québec et au Canada. En ce sens, Bakker (2007) rassemble des experts de la gouvernance de l'eau au Canada pour discuter des principaux enjeux de l'eau au pays dans *Eau Canada : The futur of Canada's Water*. Cet ouvrage marquant dans le domaine de la gouvernance de l'eau souligne que la faible gouvernance est au cœur des enjeux de l'eau au Canada et met le doigt sur les principales faiblesses du système de gestion de l'eau douce. Choquette et Létourneau (2008)¹⁵, quant à eux, écrivent le premier guide juridique sur l'usage de l'eau dans la province et dressent un portrait bien détaillé de la gouvernance de l'eau au Québec depuis l'adoption de la PNE en 2002. Tous les aspects de la gestion de l'eau au Québec y sont abordés d'un angle géographique et traités par des experts de différentes disciplines : droit, chimie, géographie, etc. Milot (2009)¹⁶ analyse la mise en

-
14. Plusieurs chaires et groupes de recherche universitaires se penchent sur le sujet, notamment : la Chaire de recherche du Canada sur les conflits socioterritoriaux et la gouvernance locale (UQAM, Département de géographie), la Chaire de recherche du Canada sur la gouvernance urbaine, de l'eau et des services publics (Université de Montréal, Département de sciences humaines et sociales), le Groupe de recherche sur les Stratégies et les Acteurs de la Gouvernance Environnementale (SAGE, Université de Sherbrooke, Faculté de droit), la Chaire de recherche du Canada en gouvernance et gestion publique (Université d'Ottawa, École d'études politiques), etc.
 15. C. CHOQUETTE et A. LÉTOURNEAU, *Vers une gouvernance de l'eau au Québec. Le partage des compétences en matière de gestion de l'eau*, Ste-Foy, Éditions Multi Mondes, 2008.
 16. N. MILOT, *La mise en œuvre de la politique nationale de l'eau du Québec : la prise en compte des dynamiques sociales locales dans la gestion par*

place de la PNE et la prise en compte des dynamiques sociales dans la gestion de l'eau par bassin versant. En discutant notamment des enjeux menaçant l'eau au Québec, Milot (2009) explique l'impact du régime de gouvernance sur les usages de l'eau et propose des modifications à apporter à la gouvernance de l'eau pour préserver cette ressource. En mettant en lumière la façon dont le recours aux approches collaboratives affecte les dynamiques existantes, les recherches de Milot permettent de voir de quelle manière le régime de gouvernance de l'eau au Québec encadre le comportement des usagers des bassins versants.

Toutefois, dans cet article, la gouvernance de l'eau est analysée aux échelles provinciale et métropolitaine, soit la RMM, région urbaine qui rassemble près de la moitié de la population du Québec. Par-là, l'objectif de la recherche est double. D'une part, elle vise à mettre en lumière les types d'enjeux liés à l'eau auxquels la RMM risque d'être confrontée dans un futur relativement proche. D'autre part, nous tentons aussi de comprendre comment les acteurs impliqués dans les enjeux hydriques s'intègrent dans la gouvernance de l'eau à l'échelle provinciale.

Méthodologie

Les données utilisées dans cette recherche proviennent de deux sources : presse écrite et entrevues avec des acteurs impliqués dans les enjeux de l'eau¹⁷.

bassin versant, thèse de doctorat en sciences de l'environnement, Faculté des sciences Montréal, Université du Québec à Montréal, 2009.

17. *La Presse* et *Le Devoir* ont été utilisés pour constituer le dossier de presse sur les enjeux de l'eau dans la RMM. 223 articles ont été recensés à l'aide de mots-clés et ont ensuite été classés par enjeux et types d'enjeux (Fig. 1). Pour compléter la cueillette de données, 14 entrevues semi-dirigées ont été effectuées avec différents acteurs de l'eau (Annexe 1).

Typologie d'enjeux

Notre typologie d'enjeux de l'eau comprend trois grandes catégories (Fig. 1) :

1. **Quantité** : les enjeux liés à la quantité d'eau disponible traitent de la variation du volume d'eau disponible.
2. **Qualité** : les enjeux liés à la qualité de l'eau concernent les impacts écologiques et sanitaires que subit l'eau, les nuisances ou les risques pour l'environnement (faune et flore) et/ou pour la santé humaine.
3. **Appropriation de la ressource** : l'appropriation de l'eau est abordée ici en termes de « prise de possession », « d'exclusivité » et de contrôle de la ressource.

Figure 1. Les enjeux de l'eau

Enjeux de quantité (en nombre d'articles)			
Enjeux	La Presse (5)	Le Devoir (10)	Nombre total (15)
Vétusté conduites d'eau potable (pertes associées)	0	5	5
Réchauffement climatique	2	3	5
Baisse du niveau d'eau du fleuve	3	2	5
Enjeux de qualité (en nombre d'articles)			
Enjeux	La Presse (40)	Le Devoir (40)	Nombre total (80)
Impact gaz de schiste	3	3	6
Risque eau potable	19	5	24
Chloration de l'eau	3	0	3
Fluoruration de l'eau	5	7	12
Contamination des cours d'eau	10	25	35
Enjeux d'appropriation (en nombre d'articles)			
Enjeux	La Presse (46)	Le Devoir (44)	Nombre total (90)
Privatisation de l'aqueduc et PPP	29	25	54
Accès à l'eau	6	5	11
Contrôle du débit	7	5	12
Exportation-déviation d'eau	4	9	13

Pour mieux comprendre comment les acteurs s'intègrent dans la gouvernance de l'eau, nous analysons le ou les principaux pouvoirs dont chaque type d'acteur bénéficie¹⁸.

Typologie d'acteurs

Notre typologie d'acteurs de l'eau comporte neuf catégories qui sont : (1) acteurs supranationaux, (2) acteurs publics, (3) acteurs privés, (4) organisations non gouvernementales, (5) experts, (6) syndicats, (7) producteurs agricoles, (8) comité de citoyens et (9) citoyens.

L'eau, au cœur d'enjeux vitaux

Enjeux de quantité

Le réchauffement climatique est susceptible d'entraîner des modifications importantes du régime hydrologique du fleuve Saint-Laurent. Déjà, une augmentation de l'évaporation ainsi qu'une diminution des apports en eau ont provoqué une baisse du niveau des Grands Lacs et du fleuve entre les années 1990 et 2001¹⁹. Les modèles de prévisions climatiques suggèrent que l'augmentation de la température pourrait réduire le débit depuis le lac Ontario vers le Saint-Laurent et réduire le niveau de l'eau à Montréal de 0,2 à 1,2 mètre²⁰.

De plus, à l'échelle du globe, les spécialistes des environnements marins observent une augmentation du niveau de la mer qui pourrait provoquer la migration du front salin de l'est à

-
18. Démarche inspirée de M. CROZIER et E. FRIEDBERG, *L'acteur et le système*, Paris, Le Seuil, 1997 et M. d'ALBOUY, « Modèles d'organisation et formes de pouvoir », (1978) 29(4), *Revue Persée*, pp. 730-753. Les types de pouvoirs sont les suivants : de réglementation, de gestion, de contrôle, d'information, de lobby, de diffusion et le pouvoir financier.
 19. L. TAPIN et J. BOUCHARD, « Portrait global de l'État du Saint-Laurent », Gouvernements du Québec et du Canada, 2008, p. 24.
 20. WWF, « Canada's Rivers at Risk, Environmental Flows and Canada's Freshwater Future », 2009, p. 25.

l'ouest de l'île d'Orléans²¹. Or, une remontée vers Montréal des eaux salées de l'estuaire menacerait des prises d'eau municipales, réduirait l'accès aux milieux humides à toutes les espèces aquatiques et ailées qui en dépendent et provoquerait un chambardement complet de l'écosystème fluvial.

Enjeux de qualité

Montréal occupe la troisième position d'un classement établissant les 50 premiers pollueurs de l'eau au Canada²² à cause, notamment, de l'importance des rejets d'ammoniac et de phosphore émis par ses usines de traitement d'eaux usées²³. La majorité des enjeux liés à la qualité de l'eau découlent des activités agricole et industrielle et de la consommation domestique.

L'agriculture intensive et vouée à l'exportation est le modèle qui prévaut au Canada comme dans la plupart des autres pays évoluant dans un système capitaliste. Ce type d'agriculture repose sur l'usage intensif de produits chimiques (engrais, fongicide, etc.) qui ont des impacts notables sur la qualité de l'eau. Par exemple, l'Atrazine (herbicide) a pour effet de castrer chimiquement les grenouilles et certaines espèces de poissons, en plus d'être associé au cancer de la prostate et au cancer du sein²⁴. Banni dans plusieurs pays, l'Atrazine est toujours utilisé au Canada.

Les rejets industriels (polluants toxiques, organiques et fertilisants) peuvent aussi augmenter la turbidité des eaux²⁵. Le

21. L. TAPIN et J. BOUCHARD, préc., note 19.

22. M. GIRARD, « Montréal est-il vraiment vert? », *La Presse*, 22 avril 2007, p. A2.

23. À Montréal seulement, près de 1,3 tonne de phosphore est rejetée quotidiennement, c'est-à-dire 16 % de ce que contient tout le fleuve Saint-Laurent, tiré de H. GODMAIRE, « Eaux usées et fleuve Saint-Laurent », Union Saint-Laurent Grands-Lacs et Eau Secours, 2009, 28 p.

24. I. SALINA, 2008, *Flow: for the love of water*, Dvd, Oscilloscope Laboratories.

25. Ministère du développement durable, de l'environnement et des parcs (MDDEP), « Zone de gestion intégrée de l'eau par bassin versant dans le

dragage et le batillage des navires marchands et des navires de plaisance ont pour conséquence la présence de métaux lourds (notamment du mercure²⁶), de produits chimiques, de phosphore et de matières en suspension véhiculées en grande quantité par les affluents²⁷.

La pollution domestique urbaine se traduit [principalement] par des taux élevés de coliformes fécaux, de phosphore et d'azote dans l'eau²⁸. Le ruissellement de l'eau de pluie sur les routes et le débordement des égouts où transitent les eaux pluviales sont aussi des sources de pollution urbaine. Une seule goutte d'huile rend impropre à la consommation 25 litres d'eau potable²⁹.

Enjeux d'appropriation

La pression grandissante sur l'eau amène une situation de compétition, ce qui crée de nombreux conflits d'usage de l'eau. Par exemple, un conflit peut survenir entre un embouteilleur (privé) et une communauté (citoyens) qui puisent leur eau dans la même nappe phréatique. L'appropriation de la ressource suscite déjà des conflits entre des collectivités rurales, autochtones ou agricoles et des grands centres urbains³⁰.

L'eau est au cœur de plusieurs enjeux économiques : la valeur économique des différents usages du Saint-Laurent est

Québec méridional », 2009, en ligne : <<http://www.mddep.gouv.qc.ca/eau/bassinversant/redecoupage/inter.htm>> (consultée le 24 novembre 2009).

26. Le contact avec le mercure peut causer certains problèmes tels que des dommages au cerveau, aux nerfs et aux reins, une irritation des poumons, des yeux, une éruption cutanée, des vomissements et des diarrhées.

27. Fédération québécoise pour l'environnement (FQE), « Enjeu : l'eau », 2006, en ligne : <<http://www.fqe.qc.ca/vw/fs/p019.htm>> (consultée le 17 décembre 2010).

28. MDDEP, préc., note 25.

29. FQE, préc., note 27.

30. M. BARLOW, *Vers un pacte de l'eau*, Montréal, Écosociété, 2007.

estimée à 65 milliards de dollars pour 20 ans³¹. La priorisation de certains usages est souvent faite à partir de critères économiques. L'eau souterraine est aujourd'hui considérée comme une ressource qu'il est possible d'extraire jusqu'à épuisement, au même titre qu'un minerai, plutôt qu'une ressource renouvelable qu'il faut gérer et entretenir³². En bref, la préservation des ressources hydriques est problématique dans une société axée sur le gain financier.

Par ailleurs, il existe des ambiguïtés juridiques en matière de gestion de l'eau, notamment autour des droits d'usage et d'appropriation de la ressource. La mise en place de lois et règlements fait face à de sérieuses résistances de la part de plusieurs acteurs qui ont un intérêt direct (à ce que la situation actuelle perdure)³³. Il faut ajouter que les capacités administratives d'inspection et de contrôle d'exploitation des eaux souterraines sont limitées puisque les organes de contrôle sont relativement jeunes, que la cartographie des nappes phréatiques est incomplète et que le territoire est très vaste. Cette situation peut potentiellement permettre à certains acteurs de l'eau d'abuser de la ressource.

Les enjeux de l'eau vus par les acteurs de l'eau

Moins d'eau?

Les impacts du réchauffement climatique sont au cœur des préoccupations des différents acteurs interviewés : c'est l'enjeu qui a été mentionné le plus souvent en premier lieu (Fig. 2). Les changements climatiques ont déjà des conséquences notables sur l'environnement, au Québec comme ailleurs, et d'après les

31. Usages : transport maritime, activités agricoles, activités récréatives, etc. (L. TAPIN et J. BOUCHARD, préc., note 19).

32. MDDEP, préc., note 25.

33. BIED-CARRETON et al., « La gouvernance des ressources en eau dans les pays en développement : enjeux nationaux et globaux », (2006) vol. 34 (135) *Monde en développement*, p. 47.

modèles actuels, les conséquences sur l'eau ne font que s'aggraver (Expert, entrevue 2011).

Figure 2. Enjeux de l'eau selon les répondants

Enjeux	Nombre de participants ayant mentionné l'enjeu	Nombre de participants ayant mentionné l'enjeu comme première réponse
<i>Appropriation</i>	6	4
<i>Réchauffement climatique</i>	6	5
<i>Pollution</i>	9	1
<i>Conflits</i>	4	2
<i>Manque main d'œuvre</i>	1	1
Total	26	13
<i>Un répondant s'est abstenu</i>		

Tous les acteurs interviewés s'entendent pour dire que Québec et la RMM devront rapidement trouver des solutions pour pallier les impacts du réchauffement climatique, notamment les variations des débits d'eau.

La réduction du débit dans le fleuve Saint-Laurent est susceptible d'engendrer de sérieux conflits entre les états et provinces limitrophes aux Grands Lacs ainsi qu'entre le Canada et les États-Unis (Expert, entrevue 2011).

Chacun des acteurs voudra s'approprier plus d'eau pour répondre aux besoins grandissants de sa population et de ses industries alors que la quantité d'eau disponible diminue. Par ailleurs, le Québec est géographiquement désavantagé puisqu'il se trouve en aval de l'Ontario et des États américains sur le Saint-Laurent (Représentant ONG et producteur, entrevues 2011).

L'état des ressources hydriques

La pollution de l'eau a été l'enjeu le plus fréquemment mentionné au cours des entrevues (Fig. 2) et plusieurs des

participants ont exprimé leurs craintes quant aux impacts potentiels des contaminants sur la santé humaine et l'environnement.

Le fleuve Saint-Laurent est à la fois une source d'eau potable et un déversoir d'égouts. Cela devient dur à gérer et la qualité ne peut que se détériorer puisqu'il y a plus de contaminants dans moins de débit : donc moins de dilution. (Expert, entrevue 2011)

Il y a aussi de plus en plus de matière difficile à tracer, des substances émergentes et des contaminants persistants³⁴, qui ne sont pas traités par les usines d'épuration. Par exemple, plus de 128 millions de pilules contraceptives et 107 millions de doses d'hormonothérapie substitutive sont consommées chaque année au Québec³⁵.

La présence d'œstrogène dans les eaux usées a des conséquences visibles : selon l'endroit, de 30 % à 50 % des queues à taches noires, une espèce de poisson, sont devenues hermaphrodites et les mâles affichent une diminution de leurs fonctions reproductrices (Expert, entrevue 2011).

Il est légitime de penser qu'à long terme, l'œstrogène affectera également l'être humain. Un seul nanogramme (ng) d'hormones stéroïdes dans un litre d'eau est suffisant pour perturber le système endocrinien des poissons et diminuer leur

-
34. Les substances dites émergentes ne sont pas incluses dans les réglementations actuelles ni dans les programmes de surveillance du milieu aquatique. Il s'agit notamment de substances chimiques telles que les hormones, les perturbateurs endocriniens, les nouveaux pesticides, les composés pharmaceutiques, les produits de beauté ou tout autre nouveau composé pour lequel nos connaissances limitées nous empêchent d'en évaluer le risque socio-environnemental.
35. Des traces de ces pilules se retrouvent dans l'urine des gens les utilisant, puis dans les eaux usées (Viglino, in Baril, D. 2008. « Le fleuve regorge de composés d'œstrogène », en ligne : <http://ottawariverkeeper.ca/news/le_fleuve_regorge_de_compos_s_d_strog_ne/> (consulté le 17 décembre 2010)).

fertilité, voire causer l'hermaphrodisme ou la féminisation des mâles. Les eaux que l'usine d'épuration de Montréal rejette dans le fleuve contiennent jusqu'à 90 ng/l de certains composés d'œstrogène³⁶. Plusieurs de ces molécules peuvent aussi déclencher des cancers et les perturbateurs endocriniens peuvent causer des problèmes de santé permanents, particulièrement chez les enfants.

Tous pour l'eau, mais l'eau pour qui?

Des quatorze interviewées, six personnes croient que l'appropriation de l'eau sera un enjeu central dans les années à venir. Cet enjeu est abordé sous divers angles, mais est souvent associé à la privatisation.

Au Québec, il y a un risque d'appropriation de la ressource par certains groupes d'intérêts. Depuis une vingtaine d'années, il y a des attaques pernicieuses, notamment à travers les médias, au système de santé public, pour la gestion privée de l'aqueduc et de l'éducation. Il y a un danger que l'opinion publique soit manipulée et que la privatisation se fasse sans qu'il n'y ait de débat. Il ne faut pas oublier que l'eau est une opportunité financière (Représentant syndicat, entrevue 2011).

Une des représentantes d'ONG abonde dans la même direction :

Le plus gros défi pour l'eau est la rapacité humaine. Beaucoup de gens voudront s'approprier la ressource pour la marchander. En réalité, ça se fait déjà : il n'y a que quelques multinationales qui gèrent la quasi-totalité des marques d'eau embouteillée (Coca-Cola, Danone, Nestlé et Pepsi) et les systèmes de distribution privés (Bouygues, Vivendi, Suez).

36. *Id.*

Lorsqu'un même plan d'eau est sollicité pour différents usages, une priorisation des usages doit être faite. Ainsi, il est possible de déterminer quelle quantité d'eau sera attribué à quel usage. En théorie, cela fonctionne bien. En pratique, toutefois, certains usages priment presque systématiquement.

Historiquement, les niveaux d'eau ont été régulés pour subvenir au besoin de l'industrie de la navigation et de l'hydroélectricité [deux secteurs lucratifs] plutôt que de préserver les milieux humides (Expert, entrevue 2011).

Les ambiguïtés juridiques en matière de droit à l'eau et d'appropriation de la ressource ont eu des répercussions directes sur le territoire montréalais. Par exemple, pendant plus d'un an, la multinationale PepsiCo a utilisé l'eau de l'aqueduc de la ville de Montréal pour remplir ses bouteilles d'eau de marque Aquafina ainsi que pour produire l'ensemble de ses autres boissons³⁷ (Représentant comité citoyen, entrevue 2011). PepsiCo achetait l'eau de la Ville au prix de 10 cents les 100 litres³⁸. Rappelons que sur le marché de l'eau embouteillée au Québec, l'Aquafina, issue des robinets de la ville de Montréal, se vend entre 3 \$ et 6 \$ le litre.

Échiquier des acteurs de l'eau au Québec

La figure 4 présente les rôles – officiels et officieux – et positions des principaux types d'acteurs impliqués dans la gouvernance de l'eau au Québec. Les acteurs au rôle « officieux » tentent d'influencer les décisions gouvernementales par différents moyens (lobby, études, grèves, congrès, manifestations, etc.) et grâce à certains pouvoirs. Les limites dans l'attribution des pouvoirs sont établies par les normes, lois et politiques existantes. La disposition des types d'acteurs est fonction du pouvoir exercé

37. PepsiCo effectuait un traitement mineur à l'eau, qui était déjà de bonne qualité et potable puisque traitée par la municipalité, avant de la revendre.

38. F. DEGLISE, « Une guerre de l'eau à Montréal. », *Le Devoir*, 7 septembre 2010, p. A5.

par chacun : les acteurs dans le haut du schéma ont plus de pouvoir que ceux situés dans le bas. Les flèches reliant certains types d'acteurs illustrent que les individus peuvent se rallier à des groupes pour bénéficier d'une plus grande représentation au sein des processus de gouvernance de l'eau.

Les acteurs supranationaux trouvent leur place dans la partie supérieure du schéma puisque d'une part, ils bénéficient d'une plateforme internationale pour diffuser leurs visions de la gouvernance de l'eau et, d'autre part, ils ont les moyens financiers et la technologie pour faire valoir leurs idées. Les acteurs supranationaux participent et financent diverses plateformes internationales (p. ex. le *Forum mondial de l'eau*) où des gouvernements, des compagnies et des organisations non gouvernementales définissent des normes et des politiques en matière d'eau. Ce faisant, ces institutions ont un pouvoir d'influence notable sur les différents paliers décisionnels. Elles peuvent aussi octroyer des prêts sous certaines conditions (ex. : la Banque mondiale (BM) peut octroyer un prêt pour réfection du système d'aqueduc à condition que le pays engage une compagnie donnée). La légitimité des institutions de Bretton-Woods est mitigée. Ces institutions sont financées par les États membres et gèrent une quantité phénoménale d'argent : la BM et le Fonds monétaire international (FMI) agissent à titre d'institutions financières. Ces organismes supranationaux adoptent une vision néolibérale dans laquelle l'eau est une ressource permettant de réaliser un profit monétaire, ce qui encourage fortement la privatisation de l'eau ou de ses infrastructures. Selon les règles en vigueur au Canada, le gouvernement fédéral est responsable des eaux traversant les frontières provinciales et nationales, de même que des eaux navigables. Il revient à ce même palier gouvernemental de signer les accords internationaux. Par ailleurs, il détient un pouvoir législatif primant sur le gouvernement provincial, ce qui lui permet de s'infiltrer dans les sphères décisionnelles de ressort provincial. Environnement Canada est l'expertise nationale en matière d'eau et son rôle est de protéger la santé des Canadiens et des écosystèmes. Cet organisme bénéficie d'une certaine légitimité et est reconnu mondialement. Il y a ce-

pendant un bémol : aujourd'hui, la population canadienne n'est plus au courant des résultats des recherches qui y sont effectuées.

Depuis l'élection du gouvernement Harper, il y a un réel contrôle de l'information. La population n'est pas au courant du résultat des recherches effectuées... C'est beaucoup plus complexe qu'avant pour un journaliste d'obtenir une autorisation d'entrevue. Le processus est long et fastidieux, donc ça décourage les journalistes et l'information n'est plus diffusée au grand public. (Représentant du secteur public, entrevue 2011)

Les organismes et institutions du gouvernement fédéral disposent de ressources relativement imposantes. Cependant, comme ils sont financièrement dépendants de ce palier de gouvernement, ils doivent respecter les lignes directrices qui leur sont données par ce gouvernement. Malgré les ressources mises à la disposition d'Environnement Canada, il est impossible de couvrir tout le territoire du Saint-Laurent étant donné son énorme superficie. Dès lors, il faut prioriser les actions.

Le gouvernement provincial gère les eaux souterraines ainsi que les eaux de surface sur son territoire. Il peut, par le biais de certains mécanismes de consultation publique (p. ex. BAPE), adopter des lois (p. ex. loi confirmant le statut juridique de l'eau) et des politiques (p. ex. PNE) s'appliquant à toute la province entière. Au Québec, c'est le ministère du Développement durable, de l'Environnement, de la Faune et des Parcs (MDDEP), aidé du Regroupement des organismes de bassins versants du Québec (ROBVQ) (interlocuteur privilégié pour la mise en place de la gestion intégrée de l'eau par bassin versant (GIEBV)), qui orchestre la gouvernance de l'eau. Le MDDEP a le pouvoir de légiférer, mais les lois doivent passer en commission parlementaire et il doit y avoir des consultations publiques avant qu'elles ne soient adoptées. Les institutions du gouvernement provincial bénéficient d'une certaine légitimité auprès de la population : elles existent maintenant depuis plusieurs décennies et ont au sein de leur équipe des cher-

cheurs et scientifiques hautement diplômés³⁹. Le Ministère dispose de ressources limitées pour atteindre ses objectifs puisque le gouvernement provincial vise la réduction du déficit (Représentant public, entrevue 2011).

Pour effectuer les tâches liées à l'assainissement de l'eau et à sa distribution, une municipalité peut faire affaire avec le secteur public ou privé. Néanmoins, au Québec, la majorité des infrastructures de l'eau appartient au secteur public. Ce sont traditionnellement les municipalités qui planifient, financent, entretiennent et contrôlent les activités relatives à ce service. Toutefois, avec l'accord commercial qui se négocie entre le Canada et l'Union européenne (AÉCG), il est probable que le Canada vende le droit à l'eau et le droit à ses infrastructures aux compagnies multinationales européennes d'ici quelques mois (les négociations sur l'AÉCG ont débuté en 2010, avant que le gouvernement conservateur ne forme un gouvernement majoritaire)⁴⁰.

39. Représentant public, entrevue 2011.

40. Le gouvernement conservateur de S. Harper est favorable à la privatisation du secteur de l'eau. Détenant une majorité de sièges au Parlement depuis les élections fédérales de mai 2011, ce gouvernement serait en mesure de vendre les droits à l'eau, même sans l'appui des partis d'opposition (Représentant ONG, entrevue 2011).

Figure 4. Schéma simplifié des acteurs dans la gouvernance de l'eau au Québec

Conception : I. Marcotte-Latulippe, 2011.

Le syndicat canadien de la fonction publique (SCFP) compte plus de 600 000 membres, dont les travailleurs de la gestion municipale de l'eau, au pays et a comme mandat premier de défendre les intérêts de ses membres. Les ressources dont bénéficient les municipalités sont très variables, ces dernières doivent toutes déboursier le tiers du financement pour les réparations et ajustements nécessaires (ex. : réfection du réseau d'aqueduc). Le SCFP adopte une vision de la gouvernance de l'eau plus réaliste, où l'eau est un droit de la personne et doit être gérée par le secteur public. Il est essentiel qu'elle soit accessible, saine et abordable pour tous (Représentant syndicat, entrevue 2011). Le SCFP a intérêt à ce que cette vision soit adoptée par les décideurs parce qu'une privatisation des services publics engendrerait des pertes d'emplois pour les membres du SCFP.

Les compagnies privées de gestion et de distribution de l'eau ont donc un rôle grandissant, qui peut entrer en compétition avec celui des employés de la Ville lors de soumissions pour des contrats. Des compagnies, comme Aquatech, (ancienne filiale de Bouygues et plus grande compagnie au Canada) fournissent déjà des services dans les municipalités québécoises. Un représentant d'une entreprise privée affirme que les acteurs du secteur privé ont certains pouvoirs au sein de la gouvernance de l'eau au Québec (entrevue 2011). Il va sans dire que les acteurs du secteur privé ont un certain intérêt à ce que la gestion de l'eau soit privatisée.

Nous sommes en contact avec les gens du MDDEP et du ministère des Affaires municipales et régionales (MAMR). Les entreprises sont très impliquées auprès d'eux pour améliorer la gestion de l'eau et faire valoir leur vision (Représentant du secteur privé, entrevue 2011).

Depuis l'avènement de la PNE au Québec et de la GIEBV en découlant, le MDDEP a transféré certaines tâches aux OBV, notamment l'élaboration des plans directeurs de l'eau soumis aux MRC. Les OBV sont au centre de la GIEBV et travaillent en collaboration directe avec les gens du milieu. La légitimité des OBV n'est pas encore gagnée. Ces organismes sont très récents, leur fonction reste relativement peu connue, leur budget et leur pou-

voir sont très limités⁴¹. Leur crédibilité n'est pas encore acquise⁴². Dans les OBV, il y a beaucoup de concertations et de discussions, mais peu d'actions sur le terrain, alors les gens se demandent encore à quoi sert un OBV (Représentant ONG, entrevue 2011). Actuellement, un OBV n'est pas un acteur de l'eau à proprement parler, mais plutôt un superviseur de la gestion de la ressource.

Nous n'avons définitivement pas les ressources suffisantes pour atteindre nos objectifs. Nous avons assez d'argent pour faire la concertation et le PDE, mais si nous voulons faire des communications ou avoir un avis d'expert sur une problématique ça se complexifie (Représentante d'OBV, entrevue 2011).

Les salaires peu attrayants et le faible pouvoir octroyé aux OBV ont des conséquences : beaucoup d'employés ont peu d'expérience, il y a un roulement du personnel et donc, une perte d'expertise ainsi qu'une certaine désillusion quant à la fonction et aux pouvoirs de l'OBV. Dû aux ressources limitées, plusieurs OBV doivent se limiter à n'embaucher que trois employés. Tous les représentants des OBV ont affirmé ne pas avoir de pouvoir quant aux décisions ayant trait à la gestion et à l'utilisation de l'eau. Ces derniers ont toutefois ajouté que les OBV ont une capacité d'influence, de persuasion et de concertation (entrevues, 2011).

Les producteurs agricoles, en tant que grands utilisateurs d'eau, doivent être considérés dans le schéma de la gouvernance de l'eau. Seul, un producteur exerce peu de poids dans la balance décisionnelle (Producteur, entrevue 2011). Toutefois, en se ralliant à un syndicat ils peuvent influencer significativement la prise de décision. De fait, l'Union des Producteurs Agricoles (UPA), une organisation syndicale professionnelle, a comme mission principale de promouvoir, défendre et développer les intérêts professionnels, économiques, sociaux et moraux des productrices et des produc-

41. Le budget est d'environ 65 000 \$ par an/organisme et la municipalité n'est pas obligée d'appliquer les recommandations faites dans le plan directeur de l'eau (PDE).

42. Représentante OBV, entrevue 2011.

teurs agricoles du Québec (Producteur, entrevue 2011). En se mobilisant et alliant leurs voix et leurs ressources à travers l'organisation syndicale⁴³, les producteurs ont réussi à être exclus de la loi des redevances sur l'eau (Producteur, entrevue 2011).

Un citoyen seul exerce peu de poids dans la balance décisionnelle. En effet, dans les processus décisionnels, des luttes de pouvoir sont à l'œuvre entre les différents acteurs, et les acteurs de la société civile sont souvent les acteurs qui y exercent le moins de pouvoir : nombre de groupes sociaux sont carrément exclus des décisions. Toutefois, certains mécanismes de consultation et de concertation tels que le Bureau d'audiences publiques sur l'environnement (BAPE) et les tables de concertation des OBV permettent que l'opinion citoyenne soit entendue dans le processus décisionnel. Certes, l'histoire démontre que la mobilisation citoyenne et la protestation sociale peuvent changer le *statu quo*⁴⁴.

Seule, en tant que citoyenne [je ne dispose pas de pouvoir quant à la gestion et l'utilisation de l'eau]... À part mon droit de vote. Collectivement par contre, nous avons un énorme pouvoir. La mobilisation citoyenne peut influencer les décisions politiques et même obliger un moratoire ou une révision de loi. (Citoyen, entrevue 2011).

Pour avoir plus de poids dans la balance décisionnelle, les citoyens peuvent, entres autres, se rallier à des ONG, des comités citoyens ou participer aux tables de concertation. Par exemple, *Eau Secours!* outille les groupes de citoyens qui s'inscrivent dans une lutte pour la protection de l'eau. Ont ainsi été créés : le comité

43. L'UPA est effectivement intervenue en Commission parlementaire pour faire valoir que l'eau destinée à l'agriculture devait être exemptée des redevances (UPA, *Rapport annuel 2009-2010*, p. 12, en ligne <http://www.upa.qc.ca/SiteWeb_UPA/documents/DCVS/SalleDePresse/Publications/Documents/LesGainsDeLunion2010.pdf> (consulté le 1 novembre 2012).

44. C. TILLY, *From mobilization to revolution*, Colorado, Addison-Wesley Publ., 1978.

de citoyens d'Oka, le comité de citoyens de Franklin, le regroupement citoyen pour une gestion de l'eau, etc. La vision d'*Eau Secours!*, de même que la majorité des ONG consultées, s'avoisine à celle du SCFP, c'est-à-dire que l'eau est un droit de la personne et que sa gestion doit rester sous tutelle publique.

Pouvoir et gouvernance

Considérant la complexité des questions liées à l'eau, une collaboration efficace entre toutes les parties concernées est essentielle au maintien de la qualité de l'eau. Cependant, cette collaboration n'est pas simple puisque les différents types d'acteurs gravitant autour des instances décisionnelles tendent à adopter une vision de la gestion de la ressource et à promouvoir un mode de gouvernance de l'eau qui les avantagent. En ce sens, deux principaux courants de pensée s'affrontent. D'une part, il y a le courant *néomalthusien*, ou vision réaliste, dans lequel l'eau est un droit fondamental et devrait être accessible gratuitement pour tous et, d'autre part, il y a le courant *cornucopien*, ou vision libérale, pour lequel l'eau est une ressource dont il est possible de tirer profit et qui peut être accessible à travers les lois du marché. Ici, il faut tenir compte du fait que tous n'ont pas les mêmes moyens pour faire valoir leur point de vue⁴⁵. À ce sujet, 11 répondants considèrent que les pouvoirs ne sont pas équitablement répartis entre les acteurs de l'eau. Il s'avère que ceux qui ont le pouvoir décisionnel en matière d'eau sont ceux qui ont un pouvoir légal (en noir dans la partie supérieure de la fig. 3) ou ceux qui ont d'importantes ressources financières (en pointillé dans la partie supérieure de la fig. 3). Actuellement, le courant économique néolibéral fait beaucoup de place aux arguments allant dans le sens de la création de richesses. Néanmoins, cette logique est questionnable lorsqu'elle s'applique à l'eau puisqu'il s'agit d'une ressource essentielle à la vie.

Certains groupes privés sont extrêmement puissants financièrement et sont bien connectés avec les décideurs :

45. Moyens : pouvoir financier, pouvoir d'influence, ressources matérielles et technologiques, légitimité et pouvoir de diffusion.

ils ont un fort pouvoir de lobby (Représentant expert, entrevue 2011).

Actuellement, le pouvoir qui prime est le pouvoir financier, donc ceux qui ont plus d'argent ont plus de chance d'avoir le contrôle sur les sphères décisionnelles (Représentant ONG, entrevue 2011).

Certaines multinationales de l'eau européennes monopolisent le marché mondial : Bouygues, Véolia et Suez sont implantés partout dans le monde et génèrent des revenus fulgurants⁴⁶. Ainsi, depuis 10 ans, les transnationales de l'eau assistées de la BM ont soigneusement orchestré une stratégie d'affaires qui leur assurerait la mainmise sur l'eau⁴⁷. Ces compagnies privées exercent un fort pouvoir d'influence sur les élus, notamment à travers des événements qu'elles financent, comme le Forum mondial de l'eau.

Les compagnies multinationales de l'eau monopolisent les forums pour décider des grandes lignes à suivre dans la gouvernance mondiale de l'eau. Plusieurs décisions quant aux accords internationaux sont prises là. En théorie, les forums mondiaux de l'eau sont des espaces délibératifs neutres, mais en pratique, les débats sont dirigés par les multinationales de l'eau : Suez, Véolia etc. (Représentant ONG, entrevue 2011).

Cependant, trois répondants sont d'avis que la répartition du pouvoir dans la gouvernance de l'eau est adéquate dans sa forme actuelle (entrevues 2011). Si les deux visions sont défendables, il ne faut pas perdre de vue qu'une bonne gouvernance ou une gouvernance durable doit être équitable, inclusive et orchestrée par différents types d'acteurs.

Pistes de solutions aux enjeux de l'eau

Il existe une panoplie d'améliorations simples et efficaces pour minimiser l'impact des enjeux dont il a été question. Première-

46. En 2010, par exemple, Suez affichait un chiffre d'affaires annuel de 84 478 millions d'euros.

47. D. PROULX, « Après l'or noir, l'or bleu », *Le Devoir*, 31 août 2002, p. F7.

rement, tous les acteurs interviewés ont mentionné que l'information et l'éducation sont au centre de toutes les solutions (entrevues 2011). Intensifier les efforts auprès des grands consommateurs et pollueurs serait définitivement bénéfique. Miser non seulement sur le traitement des eaux usées, mais surtout sur la prévention et sur la réduction de pollution à la source permettrait de préserver la ressource dans sa quantité⁴⁸ et de diminuer considérablement les coûts liés à son transport et à son traitement⁴⁹.

En ce qui a trait au contrôle de la quantité d'eau dans le Saint-Laurent, il faudrait que des organes tels que la Commission mixte internationale (CMI)⁵⁰ parviennent à équilibrer la priorisation des usages, ce qui pourrait améliorer la gouvernance de l'eau.

Actuellement, pratiquement tout se chiffre. Il faut trouver une stratégie pour chiffrer l'inchiffrable : combien vaut la préservation d'un marais par exemple? Les scénarios proposés à la CMI considèrent les multiples usages, mais c'est souvent le scénario le plus payant qui est retenu. Ainsi, le dragage permettant la navigation de plus gros navires sera priorisé au détriment de l'écosystème. À ce stade-ci, c'est un choix de société : voulons-nous un canal où il n'y a plus de vie ou un fleuve? (Expert, entrevue 2011).

Ainsi, il semble qu'il faille adopter un langage économique pour défendre l'écologique. L'ouverture d'un poste de ministre de l'eau, ou encore la création d'une régie de l'eau, pourrait par

48. Utiliser un balai et non le boyau d'arrosage pour nettoyer les allées en ciment permet d'économiser 1 000 litres d'eau potable à l'heure, soit la quantité que boit une personne en trois ans (Site officiel de la Ville Montréal, en ligne : <<http://ville.montreal.qc.ca/>> (consulté en 2011)).

49. Les coûts de production et de distribution de l'eau potable à la ville de Montréal en 1995 étaient de 118,1 millions de dollars (Commission municipale du Québec, 1995).

50. La CMI a pour mission d'aider les gouvernements du Canada et des États-Unis dans leurs efforts en vue de trouver des solutions aux problèmes concernant leurs eaux limitrophes.

ailleurs aider à gérer les problèmes collectifs de l'eau et à développer une vision globale de ce que la société souhaite en matière de gestion de l'eau.

Pour améliorer la qualité de l'eau, réduire la contamination à la source est la première étape. Pour ce faire, un changement de mentalité face à l'eau et un ajustement de la forme d'urbanisation sont nécessaires. Des solutions simples, telles que garder davantage de milieux humides près des villes, peuvent faire de grandes différences. En effet, les milieux humides sont les reins de nos territoires : ils filtrent l'eau et la nettoient... naturellement et gratuitement (Représentant expert, entrevues 2011). Par ailleurs, laisser une bande riveraine entre les terres exploitées et les cours d'eau permet de réduire les contaminants dans l'eau ainsi que de minimiser l'érosion des terres (Représentant producteur, entrevue 2011). Il est également possible de privilégier des engrais et des types de cultures moins dommageables pour l'eau. Le gouvernement pourrait, par exemple, donner des crédits d'impôt pour inciter les agriculteurs à l'utilisation de produits plus écoresponsables⁵¹.

Il est aussi envisageable d'innover ou d'investir un peu plus pour mieux nettoyer l'eau. Certaines technologies, plus efficaces mais plus dispendieuses que celles utilisées dans les principales usines de traitement d'eau de Montréal, sont disponibles. Notamment le traitement UV qui irradie les bactéries et l'ozonation et en plus, enlève les virus et brise les substances chimiques. L'adoption ou non d'un autre type de traitement s'avère être un choix de société, c'est une question de priorité d'investissement⁵².

Pour minimiser les risques d'appropriation du service d'aqueduc par le privé, il est possible de mettre sur pied un fonds public sur l'eau permettant à la Ville d'amasser l'argent nécessaire

51. Par écoresponsable nous entendons respectueux de l'environnement, durable et qui promeut une utilisation des biens permettant d'optimiser leur durée de vie.

52. En 2008, la Ville de Montréal s'est engagée à traiter les eaux usées à l'aide de l'ozonation.

à la réfection des canalisations d'eau potable et à la mise à jour des technologies dans les usines de traitement d'eau⁵³. Ce fonds pourrait également être alimenté par des redevances sur l'eau, qui devraient être plus importantes en termes de montants que les redevances symboliques actuellement en vigueur au Québec. Pour éviter que l'eau ne devienne une marchandise et soit traitée au même titre que n'importe quel bien, il serait envisageable d'inscrire dans les traités de l'ALENA et l'Organisation mondiale du commerce (OMC) que l'eau ne fait pas partie des accords commerciaux. Selon l'accord de libre-échange nord-américain (ALENA), l'eau deviendra un bien commercial dès qu'elle sera, même une seule fois, un objet de transaction financière entre deux partenaires de pays différents. Dès lors, aucun gouvernement ne pourra plus réglementer sa gestion sans que cela devienne une entrave au libre-échange⁵⁴.

Vers quelle gouvernance?

En ce qui concerne la gouvernance de l'eau au Québec, plusieurs avancées ont été faites. Néanmoins, il reste beaucoup à faire pour protéger l'eau durablement. Ainsi, aucune gouvernance légitime ou durable ne peut être mise en œuvre sans la participation de la société civile. Au Québec et dans la RMM, la participation citoyenne dans la gouvernance de l'eau s'effectue à travers différents mécanismes. D'abord, par l'intermédiaire des élus et de l'autorité publique les représentant, mais également grâce aux conseils d'agglomération, aux tables de concertation des OBV et aux consultations publiques du BAPE. Pour augmenter la légitimité de la gouvernance de l'eau au Québec, des référendums sur des questions précises qui font l'objet de vives polémiques, telle l'exportation de l'eau, pourraient avoir lieu. Cette forme de démocratie directe se fait déjà en Suisse, où des référendums

53. Agent de communication du SCFP, présidente ONG, directeur OBV, 2011.

54. L.-G. FRANCOEUR, « Faire échec aux transferts massifs d'eau », *Le Devoir*, 25 avril 2007.

facultatifs peuvent avoir lieu si plus de 8 cantons ou 50 000 citoyens demandent une votation⁵⁵.

Les formes d'organisation et de gouvernance de l'eau à travers le monde sont différentes, mais il y a trois facteurs de réussite émergeant de cette diversité organisationnelle⁵⁶. Premièrement, il faut définir clairement qui est au cœur du système de gouvernance. Deuxièmement, une gouvernance efficace n'est pas liée à une seule forme d'organisation; elle doit inclure différents types d'acteurs. Troisièmement, de fortes politiques environnementales ne peuvent pas fonctionner avec de faibles mécanismes de gouvernance et il n'y a pas de gouvernance véritablement efficace sans un certain contrôle et une certaine mesure de la performance. Il est également primordial que les principes et les valeurs qui régissent le modèle de gouvernance soient bien définis et inscrits dans la loi puisque les gouvernements changent... et peuvent changer d'idée! Le dernier projet de construction des petites centrales hydroélectriques proposé par le gouvernement libéral (dirigé par J. Charest), par exemple, contrevient à la Politique nationale de l'eau créée par un gouvernement péquiste alors sous la direction de B. Landry (2002), et ne respecte pas la Loi sur le développement durable que le gouvernement Charest a lui-même promulguée.

Dans l'organisation de la gouvernance de l'eau au Québec, le gouvernement provincial est garant et protecteur de la ressource eau et il y a divers types d'acteurs impliqués dans la gouvernance. Il est essentiel toutefois que certains dispositifs soient mis en place pour que le pouvoir et la représentation des différents acteurs soient plus équitables. Le troisième facteur, quant à lui, n'est pas comblé. La PNE n'a pas de portée légale et il y a peu de contrôle sur le terrain. Près de la moitié des acteurs (6) ayant participé à cette recherche croient que la PNE devrait être plus contraignante et arrimée au cadre juridique. Il serait

55. Confédération suisse, « Référendums facultatifs », 2008, en ligne : <<http://www.admin.ch/ch/f/rs/101/a141.html>> (consultée le 20 décembre 2011).

56. A. FRÉROT, préc., note 4, p. 167.

également pertinent d'arrimer les PDE et les schémas d'aménagement des municipalités régionales de comté (MRC). Pour que ce soit réalisable, il pourrait y avoir moins d'objectifs et d'actions dans les PDE. L'idée est de prioriser les actions pour ne pas décourager les MRC. Les OBV pourraient aussi bénéficier d'un plus grand soutien financier pour faire des actions sur le terrain puisque, bien que ça ne soit pas dans leurs mandats officiels, les OBV sont jugés par leurs actions sur le terrain (Représentant OBV, entrevue 2011). Les OBV pourraient ainsi bénéficier d'un plus grand pouvoir au sein de la gouvernance, ce qui aiderait à la mise en place de la GIEVB.

Conclusion

Dans la gouvernance de l'eau au Québec, il semble que tous les joueurs nécessaires soient impliqués : inclure d'autres acteurs pourrait alourdir la mise en place de changements et complexifierait la communication entre ces mêmes acteurs. Toutefois, le pouvoir est réparti d'une telle manière que certains intérêts sont mis de l'avant alors que d'autres sont peu pris en compte. Les organismes supranationaux semblent avoir plus de poids dans la gouvernance de l'eau que les ONG, par exemple. De plus, les initiatives de gestion concertée et intégrée préconisées par la PNE peuvent difficilement être effectives puisque les OBV ont très peu de moyens financiers, peu de légitimité et aucun pouvoir juridique. Ainsi, le cadre (PNE) et les outils (OBV) existent pour qu'une gestion durable, intégrée et équitable de l'eau soit mise en place. Il faut néanmoins que l'eau devienne une réelle priorité politique pour qu'une réelle forme de gouvernance participative émerge dans la gestion de la ressource eau au Québec.

Cependant, pour qui regarde l'évolution de la gouvernance de l'eau au Québec, il est possible de remarquer que l'adoption de lois découle généralement d'accidents ou de manifestations citoyennes⁵⁷. Pour éviter que la situation actuelle ne se dégrade, il

57. Adoption de la loi sur la qualité de l'eau après la tragédie de Walkerton (2001), adoption de la *Loi sur la préservation des ressources en eau* polémique sur l'exportation de l'eau québécoise.

serait avantageux d'utiliser le principe de précaution. C'est-à-dire que lorsqu'il existe des raisons suffisantes de croire qu'une activité ou un produit risque de causer des dommages graves et irréversibles à la santé ou à l'environnement, celui-ci devrait être interdit par la loi. Certes, les normes de rejets et de traitement pourraient être revues. L'utilisation de l'Atrazine, par exemple, pourrait être prohibée.

Au niveau de l'appropriation, les gouvernements des différents paliers songent à inclure les services d'eau potable et de traitement des eaux usées dans l'Accord économique et commercial global (AECG) entre le Canada et l'Union européenne. Toutefois, les expériences en matière de privatisation n'ont pas été concluantes dans le monde et, en Europe, aux États-Unis et en Amérique latine, la tendance observable est à la remunicipalisation des réseaux d'aqueducs⁵⁸. Il est donc nécessaire qu'il y ait un débat de fond sur la question et des études exhaustives et impartiales sur la pertinence d'une telle privatisation. Il reste que les gouvernements provinciaux et municipaux doivent prendre des mesures concrètes pour protéger les systèmes d'eau et agir en cohérence avec les orientations de la PNE, et ce, afin d'assurer la protection de cette ressource unique, de gérer l'eau dans une perspective de développement durable, de mieux protéger la santé publique et celle des écosystèmes, d'améliorer la gestion des services d'eau et de favoriser les activités récréotouristiques liées à l'eau.

58. La privatisation partielle ou complète des réseaux d'alimentation en eau a engendré son lot de conséquences : augmentation des tarifs, licenciements des employés, détérioration du service, diminution de l'accès, etc. (CAMERON et al, « Eau publique à vendre : comment le Canada va privatiser nos systèmes publics d'eau », 2010, 26 pages).

Annexe 1 : Détail des entrevues

Date (2011)	Type d'acteur	Lieu	Durée
24 fév.	Syndicat	Entrevue téléphonique	1 h 10
25 fév.	Public	Entrevue téléphonique	20 min
28 fév.	Comité citoyen	Montréal	1 h 20
28 fév.	Citoyen	Montréal	55 min
1 ^{er} mars	ONG	Pointe-aux-Trembles	1 h
2 mars	ONG	Montréal	1 h
2 mars	Syndicat	Montréal	40 min
3 mars	OBV	Rosemère	50 min
4 mars	Public	Québec	1 h
9 mars	OBV	Montréal	1 h 10
15 mars	Privé	Longueuil	50 min
15 mars	Expert	Montréal	1 h 45
22 mars	Producteur	Saint-Hyacinthe	1 h
25 mars	Expert	Montréal	45 min

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : L'ASSISTANCE ÉLECTORALE MULTILATÉRALE : UN PROCÉDÉ
INCONTOURNABLE, MAIS INSUFFISANT DE PACIFICATION DES
ÉTATS

Auteur(s) : Sacha NESTOROVIC

Revue : RDUS, 2012, volume 42, numéro 3

Pages : 713-734

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/10283>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/10283>

Page vide laissée intentionnellement.

L'ASSISTANCE ÉLECTORALE MULTILATÉRALE : UN PROCÉDÉ INCONTOURNABLE, MAIS INSUFFISANT DE PACIFICATION DES ÉTATS

par Sacha NESTOROVIC*

Depuis quelques années, l'organisation d'élections démocratiques, réalisée avec l'assistance électorale des organisations intergouvernementales, est devenue un procédé incontournable de pacification des États. Dans les États en transition démocratique, l'assistance électorale est en effet utilisée comme un moyen permettant la mise en place d'un pouvoir démocratique, censé par la suite stabiliser le pays. Les solutions proposées pour résoudre les crises les plus récentes, comme celles qui ont secoué certains pays d'Afrique, confirment cette tendance. Cette pratique a suscité cependant de nombreuses controverses, à la suite notamment des missions d'assistance électorale n'ayant pas obtenu les résultats escomptés. Cet article se propose avant tout de déterminer les limites de ce procédé singulier au service de la paix.

In recent years, organizing democratic elections through assistance provided by intergovernmental bodies has become a necessary means of encouraging the pacification of states. In the case of states transitioning to democracy, electoral assistance is utilized as a means of facilitating the establishment of a democratic authority and thus introduces a measure of stability in a country. Solutions proposed for resolving more recent crises such as those which disrupted the stability of certain African countries, appear to confirm this trend. However, this practice has given rise to several controversies, especially following certain electoral assistance missions which did not produce anticipated outcomes. This article aims primarily at determining the limitations inherent in this type of process in the service of peace.

*. Docteur en droit et observateur électorale des organisations intergouvernementales. Il est auteur de l'ouvrage : *L'assistance électorale multilatérale : promouvoir la paix par la démocratie*, Paris, L'Harmattan, 2012. Il est également chargé de cours à l'Université de Lyon 2.

SOMMAIRE

I)	Les facteurs endogènes limitant la portée de l'assistance électorale dans le processus de pacification des États	719
1)	Les difficultés liées à l'appréciation des processus électoraux	719
2)	Les lacunes des instruments juridiques des missions d'assistance électorale.....	723
II)	Les facteurs exogènes limitant la portée de l'assistance électorale dans le processus de pacification des États	726
1)	Les limites dues à la situation conjoncturelle des États en transition démocratique	727
2)	Les limites dues à la situation structurelle des États en transition démocratique : l'obstacle culturel	730
	Conclusion	733

La période de l'après Guerre froide s'est caractérisée par la prolifération des conflits intra-étatiques. Cette réalité a conduit à la redéfinition de la notion de paix et a abouti à l'élaboration de nouveaux concepts et méthodes de pacification des États. La nouvelle doctrine de la paix qui en a résulté s'est illustrée, entre autres, par le développement de la théorie de la paix démocratique, selon laquelle la démocratie serait un facteur de paix sur le plan national¹ comme sur le plan international². Dans le cadre de cette nouvelle approche, la démocratisation – qui a bien sûr pour but de conduire, à terme, à la démocratie – est devenue un vecteur essentiel de la stabilisation des États. Elle a été systématiquement intégrée dans la quasi-totalité des accords de paix (Afghanistan, Côte d'Ivoire...), ou a entériné bon nombre de solutions de sortie de crise (cas notamment des révoltes tunisienne et égyptienne de 2011). Ainsi, la démocratie – notion de droit constitutionnel –, qui était traditionnellement analysée comme un mode de dévolution du pouvoir, est progressivement devenue aussi un élément de consolidation de la paix – notion de droit international.

Cette internationalisation de « l'impératif démocratique », bien que touchant aux divers domaines, concernant par exemple aussi bien la réorganisation des forces armées d'un pays et leur soumission aux pouvoirs politiques que l'éducation civique des citoyens, se manifeste, sous sa forme la plus visible, par l'organisation d'élections démocratiques. La perspective de telles élections, et à plus long terme, d'une démocratie a suscité beaucoup d'espoir et d'enthousiasme auprès des populations des pays concernés, mais aussi au niveau international. En l'espace de quelques années seulement, l'organisation d'élections démocra-

-
1. Grâce aux mécanismes des élections, le pouvoir et ses décisions sont plus légitimes et donc moins contestables puisqu'ils sont censés avoir l'accord de la majorité.
 2. L'absence de guerres entre sociétés démocratiques s'expliquerait tout d'abord par le partage d'une culture politique commune qui privilégie la conciliation, le compromis et la diplomatie pour résoudre les différends. Le pacifisme des régimes démocratiques est également dû aux limites fixées par des contraintes institutionnelles, ainsi qu'à d'éventuelles pressions qu'est susceptible d'exercer l'opinion publique.

tiques sous l'égide de la communauté internationale est devenue l'unique option envisageable et acceptable pour parachever les processus de transition démocratique, en comblant notamment le vide de pouvoir et l'absence d'autorité représentative et légitime caractérisant certains États. Le recours aux élections est ainsi apparu comme un passage obligé et un remède miracle pour les pays en transition démocratique. Dans un premier temps, la mise en route des processus électoraux devait apaiser les tensions en offrant à tous les acteurs politiques la possibilité de prendre le pouvoir, tandis que l'issue des élections devait conduire à l'établissement d'un pouvoir légitime, censé par la suite assurer la stabilité du pays. Tel a été notamment le cas en Afghanistan, en Irak, mais aussi tout récemment dans de nombreux pays du monde arabe.

Le principe d'élection a été reconnu par la Déclaration universelle des droits de l'homme (DUDH) de 1948 (article 21, paragraphe 3³) et par d'autres instruments de protection des droits de l'homme (tout particulièrement l'article 25, al. b) du Pacte relatif aux droits civils et politiques des Nations Unies de 1966⁴). Malgré cette reconnaissance universelle, ce n'est que quelques décennies plus tard que ce principe a été véritablement consacré par les organisations intergouvernementales. Certaines de ces organisations, comme l'Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe (OSCE) ou l'Union européenne (UE), ont dès la fin de la guerre froide accordé des garanties importantes à ce principe, tandis que d'autres comme l'Union

-
3. D'après l'article 21 : « La volonté du peuple est le fondement de l'autorité des pouvoirs publics; cette volonté doit s'exprimer par des élections honnêtes qui doivent avoir lieu périodiquement, au suffrage universel égal et au vote secret ou suivant une procédure équivalente assurant la liberté du vote ».
 4. Ce Pacte rappelle les droits électoraux de la DUDH, notamment à travers son article 25, qui énonce que « Tout citoyen a le droit et la possibilité...b) de voter et d'être élu, au cours d'élections périodiques, honnêtes, au suffrage universel et égal et au scrutin secret, assurant l'expression libre de la volonté des électeurs...c) d'accéder, dans des conditions générales d'égalité, aux fonctions publiques de son pays ».

africaine (UA)⁵ ne l'ont fait que bien plus tard⁶. Sur le terrain, la consécration effective du principe d'élection est réalisée principalement à travers les missions d'assistance électorale. Au sens strict, l'assistance électorale est le processus qui vise à doter des pays demandeurs de la capacité d'organiser à l'avenir des élections sans aide extérieure⁷. Cette assistance s'effectue essentiellement par le biais des organisations intergouvernementales. Il s'agit donc d'une aide multilatérale qui peut provenir de divers organismes internationaux et régionaux.

Par l'implantation des processus électoraux, il s'agit de mettre à la disposition des différents groupes composant une société un système pacifique de dévolution de pouvoir et de gestion des conflits. L'organisation d'élections démocratiques n'a en effet pas pour but de faire disparaître les conflits puisqu'elle ne traite pas leurs causes. Elle propose uniquement aux différents partis constitutifs d'une société de réaliser leurs revendications, qu'elles soient politiques, économiques ou sociales par le canal pacifique de l'élection. Dans les États entamant une transition démocratique, et notamment lorsqu'ils ont connu un conflit, la mise en place des processus électoraux incite les anciens belligérants à abandonner les moyens violents pour la réalisation de leurs revendications, les amenant ainsi à se transformer en partis politiques capables de mener une campagne électorale. L'implantation des processus électoraux évite de ce fait que les désaccords au sein d'une société s'expriment par la violence. C'est dans ce sens là que l'assistance électorale contribue à la pacification des États.

5. Ce n'est en effet qu'en 2007 que l'UA a adopté la Charte africaine de la démocratie, des élections et de la gouvernance. Cette Charte est entrée en vigueur le 15 février 2012.

6. Chronologiquement, ce sont les organisations intergouvernementales au sein desquelles les pays occidentaux sont majoritaires, ou ont une influence prépondérante, qui ont été les premières à se doter d'un cadre juridique permettant le développement de l'assistance électorale. Elles ont été suivies quelques années plus tard par les autres organisations, dont la composition Étatique était plus hétérogène.

7. PNUD, « Assistance électorale », *Notions Essentielles*, n° 14, décembre 2003, p. 1.

Cette pratique a suscité cependant de nombreuses controverses à la suite notamment des missions d'assistance électorale n'ayant pas obtenu des résultats escomptés. Les élections organisées, sous l'égide de la communauté internationale, en Afghanistan, en Irak et dans bien d'autres pays, se sont dans de nombreux cas soldées par l'arrivée au pouvoir des partis politiques constitués sur des bases ethniques ou religieuses, avec pour conséquence d'importants blocages institutionnels et un ralentissement, voire un arrêt de l'avancée des processus de paix. Dans d'autres cas, il est arrivé que l'organisation même du scrutin soit à l'origine des affrontements armés. Les violences postélectorales qui ont embrasé la Côte d'Ivoire après les élections présidentielles de novembre 2010 en sont le tout dernier exemple. Ces déconvenues ont provoqué de nombreuses interrogations quant au réel apport de l'assistance électorale à la consolidation de la paix, et amènent dès lors à identifier les obstacles que doivent surmonter ces missions pour parvenir à imposer le principe d'élection de façon durable.

Les effets de l'assistance électorale dans une optique de pacification des États paraissent aujourd'hui atténués par des facteurs d'ordre aussi bien endogène qu'exogène. Les facteurs inhérents aux missions d'assistance électorale elles-mêmes, comme sa capacité d'imposer ses conclusions quant à la régularité d'un processus électoral à l'ensemble des acteurs politiques, ainsi qu'à l'opinion publique, se sont très vite révélés insuffisants et ont mis en avant les limites d'une intervention apportée de l'extérieur. Ensuite, l'environnement global dans lequel se déroulent les élections, c'est-à-dire la situation conjoncturelle et structurelle des États en transition démocratique, est également apparu comme l'un des facteurs essentiels de la réussite ou de l'échec de ces opérations. Pour bien resituer l'assistance électorale par rapport à ce qu'elle est véritablement et saisir les capacités réelles de ces missions, il convient d'analyser cette pratique par rapport à des facteurs aussi bien internes qu'externes susceptibles d'avoir une incidence sur la portée de ce nouveau procédé au service de la paix.

I) Les facteurs endogènes limitant la portée de l'assistance électorale dans le processus de pacification des États

En raison d'une pratique souple en matière d'appréciation des processus électoraux, les missions d'assistance électorale ont du mal à imposer leur point de vue à tous les acteurs politiques, ainsi qu'à la population des pays concernés (1). Ces difficultés sont atténuées par les lacunes des instruments juridiques qui encadrent cette pratique (2).

1) Les difficultés liées à l'appréciation des processus électoraux

Pour être qualifiées de démocratiques, les élections doivent correspondre à un certain nombre de critères internationalement acceptés. Même si les termes employés peuvent légèrement varier d'une organisation à l'autre, ils correspondent aux mêmes exigences⁸. D'après les critères communément admis, les élections démocratiques doivent être « honnêtes », « libres » et « équitables ».

Le problème est que ces notions sont assez vagues et leur interprétation tout aussi vaste. Si chaque organisation précise ce qu'elle entend par élections « honnêtes »⁹, « libres » et « équitables », dans les faits, l'appréciation de ces critères pose quelques difficultés. En effet, même si la plupart des organisations ont mis en place des grilles d'observation pour apprécier la régularité d'un processus électoral, l'appréciation de l'ensemble d'un processus

8. Certaines organisations, comme l'OSCE, emploient le terme d'élections « justes », d'autres, comme les Nations Unies, celui d'élections « équitables ». Les deux notions recouvrent les mêmes exigences puisqu'elles supposent que l'ensemble des participants au processus électoral soit soumis aux mêmes conditions.

9. Pour l'OSCE, par exemple, « le concept d'élections honnêtes suppose que le processus électoral se déroule dans la transparence et conformément à l'obligation de rendre des comptes et que l'électorat soit en mesure de faire un choix réel et informé ». Voir : OSCE, « Manuel d'observation électorale », 5^e éd., Varsovie, Bureau des institutions démocratiques et des droits de l'homme (BIDDH) de l'OSCE, 2005, p. 20.

électoral relève au final des observateurs internationaux (et tout particulièrement du chef de la mission) chargés de vérifier si ces normes sont bien appliquées. Il s'agit donc au final d'un jugement humain, ayant pour base des faits relatés par d'autres individus, et donc une appréciation qui parfois peut être subjective¹⁰.

Le risque de subjectivité d'une telle appréciation des processus électoraux est d'autant plus élevé que les missions d'assistance électorale comportent des dangers d'instrumentalisation. Ce sont en effet les choix des hommes politiques qui orientent un pays dans un sens ou un autre. Ces choix sont fonction de leur sensibilité et de leur vision du monde. En fonction de leur sensibilité, ils peuvent, par exemple, choisir de privilégier les relations économiques avec un pays ou un groupe de pays particulier. En opérant une sélection parmi les hommes qui seront amenés à gouverner un pays, les élections déterminent également les orientations politiques et économiques de ces États, ce qui peut avoir d'importantes répercussions sur la politique étrangère des grandes puissances. Ainsi, l'ampleur des enjeux liés aux résultats des processus électoraux explique en partie l'instrumentalisation ou les tentatives d'instrumentalisation de l'assistance électorale. Ces pratiques ont porté atteinte à la crédibilité des missions d'assistance électorale et ont par là même réduit sa capacité d'enracinement des processus électoraux.

La difficulté en matière d'appréciation de la régularité d'un processus électoral réside également dans le fait que la plupart des élections peuvent être entachées d'irrégularité. Aucun processus électoral n'est parfaitement démocratique, ce dernier qualificatif renvoyant plutôt à un idéal à atteindre. Ainsi, dans les pays pauvres en expérience démocratique, il n'est pas étonnant que les premières élections soient imparfaites. Dans ce dernier cas, le problème est de savoir quelle attitude adopter face à ces irrégularités électorales. Si des fraudes électorales ont été constatées, alors que

10. Sacha NESTOROVIC, *L'assistance électorale multilatérale : promouvoir la paix par la démocratie*, coll. Logiques Juridiques, Paris, L'Harmattan, 2012, p. 207.

dans l'ensemble le processus électoral est resté conforme aux exigences d'une élection démocratique, il est délicat de définir l'attitude à adopter. Dans le même sens, il est difficile de déterminer la proportion acceptable d'irrégularités électorales et de savoir si l'on doit annuler et réorganiser les élections dans tout le pays, ou au contraire valider les résultats électoraux malgré ces imperfections. L'élection présidentielle afghane du 20 août 2009 est représentative des difficultés rencontrées par les organisations intergouvernementales lorsqu'elles doivent apprécier un processus électoral. Quelques jours après cette élection, les tensions ont éclaté au sein même de la Mission d'assistance des Nations Unies en Afghanistan (MANUA) quant à l'attitude à adopter par rapport aux fraudes qui ont entaché le scrutin. Le Représentant spécial adjoint de l'ONU en Afghanistan, qui prônait la fermeté à l'égard de la fraude électorale et un recomptage des votes, a reproché aux Nations Unies d'avoir fermé les yeux sur la fraude. Il a été limogé le 30 septembre 2009.

Les organisations intergouvernementales sont donc parfois contraintes de se prononcer sur la régularité d'un processus électoral dans des contextes de fortes tensions où toute prise de position peut avoir des conséquences extrêmement dommageables, tant sur le processus de démocratisation que sur la paix intérieure. L'annulation, par exemple, de tout le processus électoral pour cause de fraudes risque d'attiser les tensions et de mettre un terme aux progrès démocratiques réalisés dans le pays, tandis que la décision de valider les élections en dépit des irrégularités constatées sur le terrain peut, en plus d'envenimer une situation déjà tendue, discréditer l'organisation en question auprès d'une bonne partie de l'opinion publique, surtout du côté des vaincus. Aussi, les organisations n'ont pas toujours de réponse idéale à apporter à des situations d'une grande complexité et se retrouvent parfois même à devoir choisir la moins mauvaise des solutions. En pratique, si les irrégularités constatées n'ont aucune incidence sur le résultat final des élections, les missions d'observation électorale valident le scrutin, tout en mentionnant les anomalies constatées. C'est ce qui s'est en partie passé lors des élections présidentielles en Côte d'Ivoire en novembre 2010.

Cette façon d'interpréter les irrégularités qui peuvent entacher un processus électoral est reflétée par les rapports des missions d'observation électorale. Ceux-ci témoignent souvent de l'utilisation de termes généraux et peu précis pour décrire le degré de régularité d'une élection. Dans sa déclaration préliminaire sur les élections législatives au Togo, l'Union européenne a considéré que « les élections législatives du 14 octobre 2007 se sont [...] déroulées dans des conditions globalement satisfaisantes »¹¹. Le recours aux termes vagues pour juger de la régularité d'un processus électoral est en fait juste et en adéquation avec les faits constatés sur le terrain puisque la plupart des élections connaissent des irrégularités plus ou moins importantes. Si cette façon de procéder permet aux organisations de donner un point de vue réaliste, elle a pour inconvénient de compliquer la situation, car les conclusions des rapports qui valident les élections tout en reconnaissant les fraudes peuvent servir d'arguments aussi bien aux perdants – cherchant par exemple à justifier les manifestations – qu'aux gagnants, cherchant, quant à eux, à légitimer *a posteriori* leur prise de pouvoir. Lorsque les rapports de l'observation électorale ne sont pas nets ni précis, ils peuvent accroître la confusion et le flou général qui prévalent dans le pays. En procédant de la sorte, les organisations intergouvernementales peuvent apparaître comme hésitantes aux yeux de l'opinion publique. Leur crédibilité peut ainsi être atténuée et leur impartialité remise en cause. En Géorgie et en Arménie, les rapports de l'OSCE sur les élections de 2007 et 2008 n'ont pas été acceptés par les partis d'opposition, qui ont estimé qu'ils ne reflétaient pas complètement la réalité.

Les difficultés liées à l'appréciation des processus électoraux sont donc de nature à nuire à l'autorité des missions d'assistance électorale. Cette façon apparaît cependant comme la plus appropriée et la plus acceptable. Les organisations intergouvernementales ne peuvent en effet pas se permettre de ne pas relever les irrégularités électorales car c'est l'essence même de leur mission. Par ailleurs, annuler tout un processus électoral à cause de quelques cas de fraude paraît dis-

11. Union européenne, « Mission d'observation électorale au Togo : Déclaration préliminaire », 16 octobre 2007, p. 2.

proportionné et surtout irréalisable en raison notamment des moyens qu'une telle initiative impliquerait. La meilleure solution est peut-être de réorganiser les élections là où les fraudes ont été constatées, à l'instar de ce qui s'est passé en Macédoine en 2009. Le rôle de l'assistance électorale dans l'enracinement des processus électoraux est également lié aux moyens de pression dont dispose la communauté internationale pour faire accepter le verdict de ces missions à l'ensemble des acteurs politiques.

2) Les lacunes des instruments juridiques des missions d'assistance électorale

Au niveau international ou régional, il n'existe pas de mécanismes de sanction spécialement prévus pour obliger un État à se conformer aux exigences électorales des organisations intergouvernementales. La plupart des sanctions envisageables visent à punir des manquements aux valeurs démocratiques. C'est dans la mesure où les rapports d'observation électorale sont pris en compte pour apprécier le caractère démocratique d'un régime que les missions d'assistance électorale peuvent donner lieu à des sanctions. En effet, comme le souligne Jean d'Aspremont « c'est le défaut d'une élection régulière des détenteurs du pouvoir ou de ceux qui les contrôlent qui conduit à juger un État non démocratique »¹². La régularité d'un processus électoral est donc étroitement prise en compte pour apprécier le caractère démocratique d'un gouvernement et c'est à ce titre qu'elle peut engendrer les sanctions. L'acceptation des résultats électoraux est un autre élément déterminant¹³.

12. Jean d'ASPREMONT, *L'État non démocratique en droit international : une étude critique du droit international positif et de la pratique contemporaine*, Paris, Pedone, 2008, p. 13.

13. D'après l'article 23 de la Charte africaine de la démocratie, des élections et de la gouvernance, constitue un changement anticonstitutionnel de gouvernement et est passible de sanctions « Tout refus par un gouvernement en place de remettre le pouvoir au parti ou au candidat vainqueur à l'issue d'élections libres, justes et régulières ».

La plupart des organisations intergouvernementales se sont dotées de moyens permettant de sanctionner un État qui n'aurait pas organisé d'élections régulières ou ne respecterait pas les résultats électoraux. Il s'agit le plus souvent des mesures de suspension ou de l'exclusion de l'État réfractaire. L'exclusion fait perdre à l'État en question la qualité de membre de l'organisation, et par là même, tous les avantages attachés à cette qualité, tandis que la suspension est une privation partielle et momentanée de certains des droits de l'État membre : celui-ci doit donc continuer à respecter ses engagements envers l'organisation¹⁴. Des sanctions économiques peuvent également être adoptées.

Le problème est qu'en matière d'assistance et d'observation électorale, les sanctions prévues par les instruments juridiques régionaux et internationaux sont en réalité difficilement applicables et s'avèrent souvent insuffisantes pour contraindre les acteurs politiques des pays concernés à se plier aux recommandations de ces missions. En effet, la suspension d'un État d'une organisation intergouvernementale doit généralement être approuvée par au moins la majorité des États qui composent cette organisation. En ce qui concerne l'Organisation des États américains (OEA), par exemple, la décision de suspension doit être approuvée par les deux tiers des États¹⁵. Il s'agit donc de décisions politiques. Un certain consensus entre les États membres d'une organisation est donc indispensable pour l'adoption des sanctions. Selon les organisations, ce consensus est plus ou moins difficile à trouver. Au niveau des Nations Unies, en raison du droit de veto accordé aux cinq membres permanents, il est impossible de condamner l'un de ces membres et il est très difficile de sanctionner des États disposant de relations diplomatiques solides avec l'une de ces puissances.

En réalité, les sanctions pour défaut d'élections régulières n'ont été prises qu'à de rares occasions et uniquement dans un

14. Anne WEBER, *Les mécanismes de contrôle non contentieux du respect des droits de l'homme*, Paris, Pedone, 2008, p. 259.

15. Article 21 de la Charte interaméricaine de la démocratie.

certain sens. Les États représentant un enjeu géostratégique important pour les pays les plus influents des organisations intergouvernementales ne sont que rarement inquiétés. Le comportement de leurs dirigeants suscite souvent des indignations et de la réprobation, mais pas de sanction juridique, les mécanismes de sanctions étant souvent bloqués par les États les plus influents de ces organisations. Il y a donc une forte inégalité de traitement entre les États et les exemples ne manquent pas. Le Commonwealth a, par exemple, exclu le Zimbabwe, en 2002, pour défaut d'élection démocratique, mais n'a pas pris de telles mesures contre le Nigeria en 2007, qui n'a pourtant pas organisé de véritables élections démocratiques. Ces pratiques confirment les propos de Jean d'Aspremont lorsqu'il observe que « selon leurs enjeux politiques, sécuritaires, militaires ou économiques, les États démocratiques s'accommodent du régime politique illicite de certains de leurs partenaires, même si occasionnellement ils en ressentent quelque embarras »¹⁶.

Enfin, en marge de ces pratiques peu équitables, la question de l'efficacité des sanctions reste entière. Les sanctions prises se sont avérées souvent insuffisantes et inadaptées pour contraindre les acteurs politiques à respecter les critères internationaux et régionaux en matière électorale. La suspension ou l'exclusion d'un État d'une organisation intergouvernementale ne conduisent pas forcément à l'effondrement d'un régime politique, ni à son évolution vers plus de démocratie. Le président du Zimbabwe est resté au pouvoir malgré la suspension de son pays du Commonwealth. En ce qui concerne les sanctions économiques ou le refus d'accorder des visas aux dirigeants des pays incriminés, force est de constater que ces mesures ont peu d'impact sur le comportement des autorités en place. Des mesures prises par l'Union européenne à l'encontre des dirigeants de certains États n'ont produit leurs effets qu'à l'égard d'une poignée de pays, comme la Birmanie par exemple, qui a entamé une transition démocratique depuis 2012. Dans la plupart des autres cas, ces mesures sont restées sans conséquences sur l'évolution démocratique des pays visés. D'ailleurs, de nombreux spécialistes des relations internationales dénoncent ces

16. Jean d'ASPREMONT, préc., note 12, p. 334.

pratiques. Boutros Boutros-Ghali remettait en cause les effets des sanctions économiques à l'encontre des populations vivant sous un ordre dictatorial. D'après lui, ces sanctions pénalisent les populations et en aucune manière les dirigeants coupables. Elles constituent alors, écrit-il, « des violations des droits de l'homme perpétrées au nom des droits de l'homme »¹⁷.

Ainsi, la pratique des sanctions selon une politique de « deux poids, deux mesures » s'est révélée insuffisante à plusieurs égards. En effet, elle ne semble pas permettre de contraindre les États à organiser des élections régulières, ni les acteurs politiques à en respecter les résultats. En outre, elle a accru la méfiance vis-à-vis de l'assistance électorale, renforçant ainsi la conviction d'une instrumentalisation de ces missions et conduisant à terme à un potentiel rejet de ces opérations. Au-delà de ces difficultés inhérentes aux processus électoraux et aux pratiques des organisations intergouvernementales, l'impact de l'assistance électorale dans le processus de pacification des États est également lié à la situation conjoncturelle et structurelle des pays où sont déployées ces missions.

II) Les facteurs exogènes limitant la portée de l'assistance électorale dans le processus de pacification des États

Les missions d'assistance électorale sont souvent déployées dans des contextes de fortes tensions. Ces tensions sont susceptibles de basculer en affrontements violents à tout moment et, par là même, de faire échouer l'organisation d'élections démocratiques (1). Par ailleurs, le succès des missions d'assistance électorale nécessite au préalable que, pour l'ensemble de la population et des acteurs politiques, la prise de pouvoir au moyen d'élections régulières soit le seul moyen envisageable et acceptable : en d'autres termes, la réussite de ces opérations est conditionnée par l'existence d'une culture démocratique (2).

17. Cité par Alain CAILLE, « Paix et démocratie. Une prise de repères », Centre International des Sciences de l'Homme, Unesco, 2004, p. 19.

1) Les limites dues à la situation conjoncturelle des États en transition démocratique

L'assistance électorale est principalement réalisée dans les États en transition démocratique. Si ces États présentent des similitudes, leur situation peut être aussi très différente dans la mesure où certains d'entre eux entament une transition démocratique à la suite d'un conflit, tandis que d'autres s'engagent dans cette voie à l'issue d'un processus pacifique. Ces contextes très différents ont des incidences importantes sur les effets de l'assistance électorale dans l'enracinement des processus électoraux.

En règle générale, dans les États aussi bien en crise qu'en sortie de conflit, l'organisation des élections se déroule souvent dans des contextes tendus. Les États en transition démocratique connaissent en effet une certaine instabilité, car cette phase particulière, qui se caractérise par le passage d'un régime économique et politique à un autre, crée parfois un environnement favorable à l'émergence de conflits violents. Les causes des conflits engendrées par le processus de transition sont multiples et leurs effets, interdépendants. L'opposition entre deux ordres, celui du passé et celui du présent, mais aussi l'anarchie qui prévaut dans certains pays lorsque le retour à la liberté n'est pas encadré, portent en germe des possibles conflits armés. Ces contextes tendus sont aggravés par la perspective des élections qui exacerbe encore davantage les antagonismes déjà existants et augmente les risques d'affrontements violents.

Les tensions préélectorales dans les États en transition démocratique sont tout d'abord accrues par le fait que les élections présentent des risques pour tous les acteurs politiques. Elles supposent que les autorités en place acceptent le risque de perdre le pouvoir au profit de leurs adversaires politiques. Ce risque est difficilement acceptable, car on sait bien que la perte de pouvoir signifie également la fin du monopole économique, politique et militaire, et parfois même la fin de l'immunité judiciaire, c'est-à-dire de l'impunité. En Tunisie et en Égypte, le renversement des

pouvoirs par les révoltes de 2011 a été suivi de nombreuses poursuites judiciaires à l'encontre des anciens dirigeants. En ce qui concerne l'opposition, les élections permettent de déterminer son réel poids politique. Ainsi, la perspective des élections n'enthousiasme pas forcément tous les acteurs politiques. Leur attitude pacifique ou violente à l'égard d'un système électoral est souvent intimement liée à leurs chances de gagner les élections, c'est-à-dire aux bénéfices qu'ils peuvent tirer de ce nouveau procédé.

Le risque d'un rejet des résultats électoraux et d'un retour aux méthodes violentes de prise de pouvoir est d'autant plus élevé que l'organisation des élections est un processus complexe, qui comporte des imperfections, et ce, quel que soit le pays organisateur. Ces imperfections sont cependant plus importantes dans les pays en transition démocratique, car le procédé électoral est un système nouveau qui nécessite donc de nombreuses mises au point. Il est donc presque normal d'avoir quelques défaillances lors des premières consultations électorales. L'ennui est que les acteurs locaux ne tiennent pas toujours compte de cette situation et les contestations, qui portent essentiellement sur les fraudes, peuvent facilement tourner à des émeutes post électorales. En 2008 et 2009, les contestations des processus électoraux ont donné lieu à des émeutes postélectorales dans de nombreux pays, comme au Kenya en 2008 ou en Iran et en Moldavie en 2009. Dans tous ces cas, les perdants avaient dénoncé les résultats électoraux et avaient accusé les gagnants de fraude électorale. Cette situation bien particulière des États où sont déployées les missions d'assistance électorale démontre à la fois l'utilité d'une pré-

sence extérieure indépendante et impartiale¹⁸, mais aussi ses limites¹⁹.

Le rôle pacificateur de l'assistance électorale est encore plus limité lorsque ces opérations sont déployées dans les États entamant une transition démocratique à la suite d'un conflit. Dans ce cas de figure, l'organisation d'élections par le biais de l'assistance électorale peut, faute de certaines conditions, réactiver des dynamiques guerrières conduisant à de nouveaux affrontements – ce fut notamment le cas de la Côte d'Ivoire après les élections présidentielles de novembre 2010. En règle générale, la nature et l'intensité d'un conflit influencent le sens et l'issue des élections. Lorsque les conflits sont de faible intensité, la fracture entre les différents groupes qui composent une société est moins prononcée, et la probabilité que les élections amènent au pouvoir des partis favorables à la paix est plus élevée. La construction d'une paix durable est dès lors plus rapide. En cas de conflits ethniques ou religieux plus prononcés, les effets de l'assistance électorale sont minimes. Dans l'immédiat après-guerre, l'absence d'une citoyenneté partagée ainsi que le refus des anciens belligérants de vivre ensemble aboutissent souvent à un vote ethnique et à la victoire de partis extrémistes, ce qui empêche à court terme d'amorcer une réconciliation nationale. Dans ce contexte, l'organisation d'élections a plus de mal à favoriser le dépassement des conflits, et le rôle de l'assistance électorale dans l'édification d'une paix durable se trouve dès lors forcément limité (cas de l'Irak).

Aussi, l'environnement dans lequel sont déployées les missions d'assistance électorale n'est pas toujours propice à

18. En dissuadant les acteurs politiques locaux de recourir à la fraude électorale et aux violences politiques, et en améliorant l'efficacité des structures internes chargées de l'organisation des élections, l'assistance électorale augmente la régularité du suffrage qu'elle appuie, réduisant alors les risques de contestations. On voit donc bien la dimension préventive de sa mission, puisque les causes des conflits potentiels sont déjà combattues en amont.

19. L'assistance électorale n'a toutefois qu'un effet dissuasif et incitatif, puisqu'elle ne peut en aucun cas empêcher les acteurs locaux d'agir dans un sens ou un autre.

l'organisation d'élections démocratiques ou à tout le moins à leur utilisation comme instrument de stabilisation des États. En raison de la persistance de multiples sources de conflits susceptibles de basculer à tout moment en affrontements armés, les effets de l'assistance électorale sont difficiles à appréhender et à anticiper avec certitude. Dans ces contextes bien particuliers, l'organisation des élections par le biais de l'assistance électorale ne doit donc pas être considérée comme l'aboutissement final de l'action internationale, ni comme la fin d'un mouvement général de pacification, mais plutôt comme le point de départ d'un long processus, dont la réalisation risque de connaître aussi bien des avancées que des obstructions. La portée de l'assistance électorale se retrouve également très limitée lorsque ces missions sont déployées dans des environnements dépourvus de culture démocratique.

2) Les limites dues à la situation structurelle des États en transition démocratique : l'obstacle culturel

L'enracinement des élections comme mode de distribution pacifique du pouvoir exige un environnement dans lequel ce mécanisme est accepté par le peuple et les acteurs politiques. La pratique et les expériences démocratiques d'un peuple forment ce que l'on appelle la culture démocratique. La culture démocratique est avant tout un vécu, une pratique. Elle peut être définie comme « un ensemble de connaissances et croyances qui permettent aux individus de donner sens à leurs rapports au pouvoir et à leur comportement, aux groupes de s'identifier au système politique à partir de valeurs fondatrices de la démocratie »²⁰.

La pratique de la démocratie suppose une certaine conception du pouvoir et de l'homme. Cette conception spécifique du pouvoir doit prévaloir aussi bien au niveau des élites d'un pays qu'au niveau de sa population. Sans une élite prédisposée à se conformer aux règles de la démocratie, l'assistance électorale apportée de l'extérieur a peu de chance de pacifier ou d'entamer la

20. Luc SINDJOUN, « La culture démocratique en Afrique subsaharienne : comment rencontrer l'arlésienne de la légende africaniste », OIF, Symposium international de Bamako, juin 2000, p. 522.

pacification d'un pays. L'acceptation et le respect des résultats électoraux sont par exemple étroitement liés aux rapports et à la conception du pouvoir des acteurs politiques. Leur vision du pouvoir, qui est déterminante pour la paix, dépend d'une multitude de facteurs qui peuvent varier d'un homme à l'autre. Il peut s'agir de leur culture, c'est-à-dire de leur éducation et de leur vécu, mais aussi de facteurs inhérents à la nature humaine dans toute sa complexité, comprenant inévitablement la fameuse problématique de l'attrait de l'homme pour le pouvoir²¹.

Ces facteurs endogènes difficilement maîtrisables sont pourtant essentiels à la réussite des objectifs assignés à l'assistance électorale. En Côte d'Ivoire par exemple, le refus du président sortant d'accepter sa défaite lors des élections de novembre 2010 a déclenché des affrontements violents entre ses partisans et ceux du président élu et reconnu par la communauté internationale. Ce n'est qu'après quatre mois de médiation diplomatique et de combats sanglants, qui ont finalement abouti à l'arrestation par la force des armes du président sortant, que la Côte d'Ivoire a retrouvé une paix toute relative. Cet exemple illustre bien le lien de dépendance étroit entre le succès d'une opération d'assistance électorale et les multiples composantes du terreau dans lequel elle se déploie, dépendant de nombreux facteurs difficilement maîtrisables ou prévisibles, car relatifs aux êtres humains et à leur perception personnelle du pouvoir. Pour une compréhension plus subtile des effets de l'assistance électorale, il conviendrait sans doute de développer une analyse des paramètres psychologiques, en gardant bien à l'esprit le fait que c'est aux êtres humains avant tout qu'il incombe de décider jusqu'où ils sont prêts à aller pour s'accaparer le pouvoir.

Cette conception spécifique du pouvoir propre à la démocratie doit également prévaloir parmi la population des pays où sont déployées les missions d'assistance électorale, car, si une majeure partie de la population refuse d'adhérer à un type de pouvoir donné, les concepteurs d'un tel pouvoir sont dès lors pri-

21. Sacha NESTOROVIC, préc., note 10, p. 167.

vés d'une ressource fondamentale et ne sont plus en mesure de s'imposer sur l'ensemble d'un pays. Le problème est que dans certains États, le principe de légitimité démocratique est un concept nouveau, qui n'obtient pas toujours l'adhésion de toute la population. Pour réussir à imposer le principe d'élection, les missions d'assistance électorale – qui ont été souvent déployées dans des environnements dépourvus d'expérience démocratique, où les élections n'étaient pas nécessairement considérées comme la base de la légitimité du pouvoir – devaient donc avant tout convaincre la population de l'utilité et des bienfaits de la démocratie.

Cet objectif s'est avéré difficile à réaliser dans des sociétés n'ayant aucune culture démocratique, et ce, d'autant plus qu'après seulement quelques années d'euphorie, qui ont suivi la chute du mur de Berlin, la méfiance vis-à-vis de la démocratie s'est accentuée en raison notamment des conséquences néfastes qui ont été parfois attribuées à tort ou à raison à l'implantation d'un tel système. L'anarchie et la guerre civile, qui, dans certains cas, ont accompagné les processus de démocratisation, ont été considérées par certaines populations comme étant pires que la dictature. En Asie centrale, le Kirghizistan, qui, cinq ans après sa révolution de couleur de 2005, a connu un coup d'État et des affrontements armés, a sans doute incité les populations des pays voisins à ne plus considérer la démocratie comme une priorité et même à se tourner vers des régimes plus ou moins autoritaires, capables avant tout d'assurer la sécurité nationale. En Afghanistan, la baisse du taux de participation entre les deux élections présidentielles de 2004 et 2009²² démontre aussi quelque part le désenchantement de certaines catégories de population à l'égard de la démocratie.

Il serait donc illusoire de penser que, dans de tels environnements, l'organisation d'un seul processus électoral soit de nature à instaurer une véritable démocratie. La plupart du temps, les premières élections ne mettent en place que des démocraties superficielles, des « démocraties de façades ». Pour que les États

22. En 2004, le taux de participation était de 78 % alors qu'en août 2009, il n'était que de 38,7 %.

s'approprient réellement le mode électoral comme outil de dévolution pacifique du pouvoir, et par là même de gestion de conflits, il est au préalable nécessaire que ce système soit unanimement accepté au niveau des acteurs politiques, mais aussi par le reste de la population. Cela suppose dans certains cas une évolution des mœurs qui à l'évidence ne peut avoir lieu à court terme puisque nécessitant parfois des changements majeurs, comme le renouvellement des élites, mais aussi la formation des futurs citoyens. Les réels effets de l'assistance électorale ne peuvent donc se profiler qu'à long terme, à la suite d'un enracinement progressif des valeurs démocratiques qu'elle véhicule.

CONCLUSION

En dépit d'un bilan contrasté, on peut considérer l'assistance électorale comme un outil indispensable pour la pacification des États, et ce, tant que les élections seront considérées comme l'unique moyen envisageable pour la mise en place d'institutions représentatives et légitimes. Il s'agit d'un instrument imparfait dont les faiblesses proviennent du régime même que l'assistance électorale est censée mettre en œuvre : la démocratie. Si ce mode de gouvernement comporte de nombreuses lacunes à l'origine des difficultés de l'assistance électorale pour consolider la paix, il n'en demeure pas moins, comme l'affirmait déjà Winston Churchill il y a plusieurs dizaines d'années, « le moins mauvais de tous les systèmes ». Dans l'attente d'une meilleure solution, tout laisse pour l'instant présager la poursuite de l'utilisation de l'assistance électorale comme instrument de pacification des pays en transition démocratique.

À très long terme, on peut cependant logiquement prévoir une dévaluation du rôle des missions d'assistance électorale, dont l'objectif premier consistait à permettre aux pays assistés de se passer de l'aide internationale, afin d'être en mesure d'organiser leurs élections sans aide extérieure. Cette dépréciation correspondrait donc paradoxalement à une réussite de l'assistance électorale, dans la mesure où son but ultime est de devenir elle-même superflue, après avoir permis l'ancrage profond de la démocratie

dans chaque pays concerné. À terme, l'aboutissement du processus de transition démocratique risque donc sans doute d'effacer l'actuelle raison d'être des missions d'assistance et d'observation électorales. Celles-ci continueront toutefois probablement à être perpétrées à un moindre niveau, aucun pays n'étant totalement à l'abri de tensions électorales, ni de la nécessité d'avoir une présence tierce capable de susciter la confiance de tous les acteurs. Il est donc probable que les missions d'assistance électorale gardent une certaine utilité pendant de très longues années.