Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Volume 45 – Numéro 3

Année : 2015

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit

URI : <http://hdl.handle.net/11143/9916>

DOI : <http://dx.doi.org/10.17118/11143/9916>

Page vide laissée intentionnellement.

Articles

DE CERTAINS ENJEUX EN RESPONSABILITÉ MÉDICALE DES ONCOLOGUES : LES DÉCISIONS COLLECTIVES DANS LE TRAITEMENT INDIVIDUALISÉ DU CANCER ..... Par **367**
Shahad SALMAN

LA "RAISONNABILITÉ" SELON DUNSMUIR : DICHOTOMIE ENTRE LA COUR SUPRÊME DU CANADA ET LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC **417**
Par Pierre BRABANT

LE DROIT À LA VIE DE L'ENFANT À NAÎTRE FACE AU PLURALISME JURIDICO-CULTUREL EUROPÉEN : ESSAI DE CONCILIATION À PARTIR DE LA THÉORIE DE LA MARGE NATIONALE D'APPRÉCIATION **469**
Par Henri BANDOLO KENFACK

LES CONTOURS CIVILISTES DE LA FRAUDE CRIMINELLE : POUR UNE APPROCHE TRANSVERSALE, PARTIE II (ASPECTS PRATIQUES) **511**
Par Mario NACCARATO
Avec la collaboration de Simon-Pierre BERNARD AREVALO

Chronique

AFFAIRE DE LA NOMINATION DU JUGE MAINVILLE À LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC : UNE CONCESSION ET TROIS CRITIQUES **575**
Par Maxime ST-HILAIRE

Page vide laissée intentionnellement.

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : DE CERTAINS ENJEUX EN RESPONSABILITÉ MÉDICALE DES
ONCOLOGUES : LES DÉCISIONS COLLECTIVES DANS LE
TRAITEMENT INDIVIDUALISÉ DU CANCER

Auteur(s) : Shahad SALMAN

Revue : *RDUS*, 2015, volume 45, numéro 3

Pages : **367-416**

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/9917>

DOI : <http://dx.doi.org/10.17118/11143/9917>

Page vide laissée intentionnellement.

DE CERTAINS ENJEUX EN RESPONSABILITÉ MÉDICALE DES ONCOLOGUES : LES DÉCISIONS COLLECTIVES DANS LE TRAITEMENT INDIVIDUALISÉ DU CANCER

par Shahad SALMAN*

L'avenue de « l'oncologie de précision » a permis l'intégration en clinique de tests basés sur la génomique permettant d'individualiser le traitement au profil génétique du patient et aux variantes géniques de son cancer, tel le test Oncotype Dx. L'intégration de cette technologie en clinique amène son lot de changements dans le traitement des patients par les oncologues : d'une part, elle implique l'individualisation de la prise en charge du patient par l'oncologue traitant et, d'autre part, l'intégration de la pratique interdisciplinaire, notamment le recours aux décisions collectives des comités de thérapies du cancer (CTC). Les CTC étudient le dossier de chaque patient individuellement et, suite à des discussions collectives, rendent une décision thérapeutique. Cet article a ainsi pour buts d'étudier les obligations et responsabilités des oncologues dans les traitements individualisés des patients et d'analyser la nature de l'interaction juridique que les oncologues peuvent avoir dans ce contexte, particulièrement à travers le recours à un CTC dans le cadre de l'élaboration du traitement.

The emergence of "precision oncology" has allowed the integration of clinical tests based on genomics to individualize treatment to the patient's genetic profile, as well as to his cancer gene variants, such as the Oncotype Dx. The integration of this technology in the clinical context involves certain changes in the treatment of patients by oncologists. Firstly, it requires individualizing care for a patient by the treating oncologist, and secondly, it integrates the use of group decision-making through the recourse to Tumour Boards. These decision-making committees study the record of each patient individually and, following collective discussions, issue a decision on treatment. The goal of this article is to study the obligations and liability of oncologists in the individualized treatment of cancer patients and to analyze the nature of the legal interactions that oncologists may encounter in this context, especially with Tumour Boards, in developing the treatment plan for their patients.

---

*. LL.B., J.D., LL.M., avocate et associée académique, Centre de génomique et politiques (CGP), Université McGill. Cet article contient une partie du mémoire de Maîtrise en droit (LL.M.) présenté par l'auteure à la Faculté de Droit de l'Université McGill en avril 2015. L'auteure aimerait remercier Professeure Lara Khoury, superviseure du mémoire, pour ses conseils sur cette partie du mémoire. L'auteure aimerait aussi remercier Me Man H. Zawati et Prof. Bartha Maria Knoppers du CGP pour leur support à la réalisation de cet article, ainsi que les Docteurs William Foulkes, Christian Ferrario, Sarkis Meteressian et Lawrence Panasci pour les discussions sur le sujet de cet article. L'auteure aimerait aussi remercier Yixiao Zheng pour son assistance. L'auteure aimerait reconnaître la contribution financière du réseau APOGEE-Net/CanGeneTest pour la recherche et la rédaction de cet article. La consultation des sites Web cités et consultés dans le présent article est à jour au 1^{er} octobre 2015.

SOMMAIRE

I. Introduction	369
II. Contexte	374
A. L'oncologie de précision : l'exemple de l'Oncotype	374
B. L'interdisciplinarité en oncologie : les comités de thérapies du cancer.....	375
1. Notion d'interdisciplinarité	375
2. Les comités de thérapies du cancer : rôles et d roulement.....	377
III. De certaines obligations de l'oncologue envers son patient	381
A. Obligation de soigner.....	382
B. Obligation de suivre	390
C. Recours à un comité de thérapies du cancer.....	393
IV. Relations juridiques entre l'oncologue, le comité de thérapies du cancer et le patient.....	397
A. Lien juridique entre l'oncologue et le comité de thérapies du cancer : une relation de traitant- consultants?	398
B. Lien juridique entre le comité de thérapies du cancer et le patient de l'oncologue traitant.....	402
1. L'existence d'un duty of care	402
2. La nature de la relation juridique en droit civil	405
3. Le comité de thérapies du cancer : une entité juridique indépendante?.....	407
V. Discussion : Responsabilité collective	408
VI. Conclusion	414

I. Introduction

Selon la Société canadienne du cancer, il est estimé que deux Canadiens sur cinq développeront un cancer au cours de leur vie¹. Le cancer du sein constitue 26% des cancers diagnostiqués chez la femme, continuant toujours à être la forme de cancer la plus courante². Face à la prolifération constante de cette maladie, la médecine est continuellement à la recherche de nouvelles approches thérapeutiques afin d'offrir de meilleurs soins aux patients atteints de cancer. L'achèvement du « Projet du Génome Humain » en 2003³, à travers le développement de la recherche en biologie moléculaire, particulièrement en génomique⁴, a notamment contribué à une amélioration des méthodes de traitement du cancer, notamment celui du sein, vers une approche plus personnalisée⁵.

-
1. Société Canadienne du cancer, *Statistique canadienne sur le cancer*, 2014, en ligne : <<http://www.cancer.ca/~media/cancer.ca/CW/cancer%20information/cancer%20101/Canadian%20cancer%20statistics/Canadian-Cancer-Statistics-2014-FR.pdf>>.
  2. Société Canadienne du cancer, « Statistiques sur le cancer du sein », en ligne : <<http://www.cancer.ca/fr-ca/cancer-information/cancer-type/breast/statistics/?region=qc>>.
  3. Francis S. COLLINS, Michael MORGAN et Aristides PATRINOS, « The Human Genome Project: Lessons from Large-Scale Biology », (2003) 300:5617 *Science* 286.
  4. « La génomique, c'est l'étude de l'ensemble du matériel génétique d'un être vivant, qu'il s'agisse d'un humain, d'une plante, d'un animal et, même, d'un virus. Plus précisément, la génomique est l'analyse des génomes des organismes, tant du point de vue de leur anatomie (séquences et organisation) que de leur physiologie (expression et régulation) ». Voir Génome Québec, « Génomique 101-Qu'est-ce que la génomique et le génome humain? », (2014), en ligne : Génome Québec <<http://www.genomequebec.com/genomique-101.html>>.
  5. Susan M. DOMCHEK, Tara M. FRIEBEL et al., « Association of risk-reducing surgery in BRCA1 or BRCA2 mutation carriers with cancer risk and mortality », (2010) 304:9 *Jama* 967-975; Susan M DOMCHEK, Angela BRADBURY et al., « Multiplex genetic testing for cancer susceptibility: out on the high wire without a net? », (2013) 31:10 *J Clin Oncol* 1267-1270, à la p. 1267; Evaluation of Genomic Applications in Practice and Prevention, « About EGAPP », (2013), en ligne : EGAPP Views <<http://www.egappreviews.org/about.htm>>; Bryn WILLIAMS-JONES et Vural OZDEMIR, « Challenges for Corporate Ethics in Marketing Genetic

Les soins de santé dits « personnalisés » ou « médecine de précision » tiennent compte du bagage génétique du patient dans le but « d'individualiser le diagnostic, le traitement et la prévention de maladies ayant une composante génétique »⁶. Plus spécifiquement, dans le domaine des soins oncologiques, similairement au contexte français, il s'agit du début de l'oncologie de précision⁷. Ces soins se traduisent entre autres par l'intégration en clinique de nouveaux tests basés sur la génomique, pour le dépistage et la prédiction de certains cancers ou de leur récurrence⁸. Ainsi, l'utilisation de nouveaux tests d'expression génique pour l'établissement de pronostics plus précis a entraîné une lutte plus efficace contre le cancer et a nécessité une meilleure collaboration entre différents spécialistes⁹. Face à cette complexité émergente du traitement du cancer, des études démontrent que l'approche interdisciplinaire dans le traitement individualisé contribue à une meilleure qualité

Tests », (2007) 77:1 *J Bus Ethics* 33-44; N M. LINDOR et al., « Concise Handbook of Familial Cancer Susceptibility Syndromes - Second Edition », (2008) 2008:38 *JNCI Monogr* 3-93; Tom HUDSON, *Médecine de l'avenir et recherche translationnelle*, Forum Québécois des Sciences de la Vie à la p. 6.

6. Commission de l'Éthique en Science et en Technologie, « Les soins de santé "personnalisés": Prudence et balises », (2014) à la p. xiii, en ligne : <http://www.ethique.gouv.qc.ca/fr/assets/documents/SSP/CEST_SSP_Avis.pdf>.
7. George COUKOS et al., « Ensemble vers l'oncologie de précision! », (2014) 431:20 *Rev Médicale Suisse* 1099.
8. Voir Yvonne BOMBARD, Peter B. BACH et Kenneth OFFIT, « Translating genomics in cancer care », (2013) 11:11 *J Natl Compr Canc Netw* 1343-1353; Margaret A. HAMBURG et Francis S. COLLINS, « The path to personalized medicine », (2010) 363:4 *N Engl J Med* 301-304; Wylie BURKE et Bruce M. PSATY, « Personalized medicine in the era of genomics », (2007) 298:14 *Jama* 1682-1684.
9. Génome Québec, « La génomique une révolution en marche », (2014), p. 2, en ligne : Génome Québec <http://www.genomequebec.com/DATA/PUBLICATION/4_fr~v~La_genomique_une_revolution_en_marche.pdf>; Laurent SANSREGRET et Alain NEPVEU, « La médecine personnalisée grâce aux signatures d'expression génique: l'exemple du cancer du sein », (2011) 2:1 *Médecine Science Amérique*, p. 24-26; Christian BOURDY et al., « Favoriser le Leadership Médicale », 53:3 *Le Collège* (Printemps 2013) 20.

de vie des patients atteints, et potentiellement, prolonge leur survie¹⁰.

L'Oncotype Dx (ci-après « Oncotype »), un exemple de test d'expression génique¹¹, est utilisé par les oncologues médicaux (ci-après « oncologue ») pour guider l'utilisation de la chimiothérapie dans le traitement de certains types de cancer du sein, en identifiant les patientes qui en bénéficieraient, et pour prédire le risque de récurrence du cancer sur une période de dix ans¹². Dans le cadre de cette utilisation, la collaboration interdisciplinaire joue un rôle important : l'oncologue peut parfois recourir à un comité de thérapie du cancer (CTC)¹³. En fait, les règles d'utilisation de l'Oncotype émises par la Direction québécoise de cancérologie¹⁴ requièrent dans les cas de lésions multiples aux seins que le choix de la lésion à soumettre pour analyse se fasse en équipe

-
10. Voir Peter M. ELLIS, « The importance of multidisciplinary team management of patients with non-small-cell lung cancer », (2012) 19 *Cur Oncol* S7; Judy C. BOUGHEY et Jill DIETZ, « Providing the Best Care for Patients with Breast Cancer Through Use of the Multidisciplinary Team », (2014) *Ann Surg Oncol* 21.
  11. Comité Éthique & Cancer, « Avis no 21 du 15 janvier 2013: De l'équité d'accès aux tests génomiques: le cas du test prédictif Oncotype Dx dans les cancers du sein », (2012), en ligne : <<http://www.ethique-cancer.fr/phoenixws/detailavis/topic-1/article-89/avis-n-21-du-15-janvier-2013.html>>.
  12. Rodrigo GONCALVES et Ron BOSE, « Using multigene tests to select treatment for early-stage breast cancer », (2013) 11:2 *J Natl Compr Canc Netw* 174–182, à la page 175; Joseph RAGAZ, « Canada's uneven response », (2011) Rep CARD 41; Canadian Breast Cancer Network, « Oncotype Dx: A Test to Help Breast Cancer Patients Personalize Their Treatment », 16:3 (Fall 2012) 24,14.
  13. Voir le Programme québécois de lutte contre le cancer introduit en 1997 Gouvernement du Québec, « Programme québécois de lutte contre le cancer- pour lutter efficacement contre le cancer, formons équipe » (octobre 1997) à la p. 52, en ligne : Ministère de la Santé et des Services Sociaux <<http://publications.msss.gouv.qc.ca/acrobat/f/documentation/1997/97-729-5.pdf>>.
  14. Direction québécoise de cancérologie, « Utilisation du Test Oncotype DX pour le Cancer du Sein- Cadre de Référence » (novembre 2012), en ligne : Ministère de la Santé et des Services Sociaux <<http://publications.msss.gouv.qc.ca/acrobat/f/documentation/2012/12-902-09W.pdf>>.

interdisciplinaire ou en comité de thérapie des tumeurs¹⁵, un CTC. Semblablement, l'Alberta Health Services, dans son guide sur la chimiothérapie, octroie aussi la discrétion à un CTC (*tumour board* étant le terme utilisé) pour déterminer certains critères d'exclusion dans l'utilisation de l'Oncotype¹⁶. Ces comités sont composés de divers intervenants de la santé qui se réunissent régulièrement pour discuter de dossiers de patients afin d'établir ou de réviser leur diagnostic ou leur traitement¹⁷. Ainsi, les décisions thérapeutiques pour un même patient peuvent être prises collectivement par plusieurs spécialistes. Dans ce processus d'élaboration d'un plan de traitement individualisé, l'oncologue se trouve ainsi dans une relation tripartite : lui-même (oncologue traitant), son patient et un CTC du centre hospitalier.

Aujourd'hui, l'oncologue qui traite un patient doit être à la hauteur des compétences requises par son expertise médicale, c'est-à-dire qu'il doit prodiguer des traitements individualisés tenant compte des particularités génétiques du patient et des variantes de son cancer, tout en intégrant l'approche interdisciplinaire, notamment à travers le recours à un CTC, pour l'élaboration du meilleur traitement pour son patient¹⁸. Comment le recours à un test basé sur la génomique et à un CTC influence-t-il les obligations professionnelles de l'oncologue dans le traitement

---

15. *Id.*, à la page 2.

16. Alberta Health Services, « Oncotype Dx™ Testing and Reporting – Oncologist » (17 mars 2014), en ligne : Alberta Health Services <<http://www.albertahealthservices.ca/hp/if-hp-cancer-guide-oncotypedx-testing-reporting.pdf>>; Alberta Health Services, « Adjuvant Systemic Therapy for Early Stage (Lymph Node Negative and Lymph Node Positive) Breast Cancer » (avril 2014), p. 2, 4 et 5, en ligne : Alberta Health Services <<http://www.albertahealthservices.ca/hp/if-hp-cancer-guide-adjuvant-systemic-therapy-breast.pdf>>.

17. Voir le Programme québécois de lutte contre le cancer introduit en 1997 Gouvernement du Québec, préc., note 13, à la page 52.

18. Voir Collège royal des médecins et chirurgiens du Canada, *Objectifs de la formation surspécialisée en oncologie médicale*, 1er juillet 2014, p. 1, 3 et 8, en ligne : <<http://www.royalcollege.ca/cs/groups/public/documents/document/y2vk/mdaw/~edisp/tztest3rcpsced000981.pdf>> décrivant les exigences en matière de traitement et de travail en interdisciplinarité, notamment le recours au CTC.

individualisé de son patient? Plus particulièrement, dans ce contexte, quelle est la responsabilité de l'oncologue et des médecins qui participent à un CTC?

Les règles en matière de responsabilité médicale et professionnelle n'offrent pas de réponse spécifique et complète à ces questions. Bien que l'Oncotype fasse partie de la réalité clinique depuis 2009, hormis ces règles pratiques d'utilisation, il est intéressant de constater qu'il n'y a pas de lignes directrices spécifiques au Canada qui déterminent les obligations et responsabilités des oncologues responsables du choix de traitement pour les patients, autre que le principe général du standard de pratique médical. De surcroît, les documents émanant de la Direction québécoise de cancérologie au sujet des CTC n'offrent que peu d'information sur les obligations des différents intervenants de la santé et restent ambigus sur le processus de prise de décisions collectives.

Cet article a donc pour objectif, à travers l'exemple du test de l'Oncotype, d'analyser les enjeux juridiques, en droit civil et en common law, reliés aux obligations et responsabilités de l'oncologue dans le traitement de son patient, particulièrement dans les étapes du recours à un test d'expression génique et aux décisions collectives. Plus précisément, il s'agira en premier lieu de revisiter les obligations professionnelles de l'oncologue envers son patient à la lumière des enjeux soulevés par ces nouvelles réalités, particulièrement les obligations de soigner et de suivre le patient. Par la suite, il s'agira de proposer une analyse sur la nature des relations juridiques entre l'oncologue et le CTC ou ses membres, et d'offrir une discussion sur la possibilité d'une responsabilité collective dans ce contexte. Ainsi, cet article se veut aussi une contribution au débat sur les enjeux de responsabilité médicale dans des relations juridiques multiples, réalité émergente dans le contexte médical. Mais avant tout, afin de situer davantage le contexte de cette analyse juridique, il est essentiel d'examiner brièvement le contexte des soins individualisés et interdisciplinaires en oncologie.

II. Contexte

A. L'oncologie de précision : l'exemple de l'Oncotype

L'approche de l'oncologie de précision dans le traitement des cancers se caractérise par l'introduction en clinique de technologies basées sur la génomique dont l'objectif est d'offrir des soins avec une plus grande précision, en individualisant le diagnostic et le traitement¹⁹. Le recours aux tests d'expression génique est l'une de ces applications cliniques²⁰.

Afin d'illustrer le contexte de l'utilisation de ces nouveaux tests, nous prenons l'exemple du test Oncotype. Il s'agit d'un test multigénique qui mesure l'expression de 21 gènes ciblés dont le résultat sous forme de score (trois niveaux: risque faible, intermédiaire ou élevé) sert à déterminer le risque de récurrence et à guider le choix du traitement pour certaines patientes atteintes d'un cancer du sein²¹. Ce test permet d'orienter la prise de décisions complexes en matière de traitement, précisément dans le choix de prescrire ou non une chimiothérapie adjuvante, traitement suggéré après l'ablation de la tumeur²². Actuellement,

---

19. Rui CHEN et Michael SNYDER, « Promise of personalized omics to precision medicine », (2013) 5:1 *Wiley Interdiscip Rev Syst Biol Med* 73.

20. « The term molecular profiling is used here to collectively describe molecular approaches that concomitantly measure the expression of multiple genes on tissue or other biological samples. The typical application is gene-expression profiling using microarrays » Voir John P. A. IOANNADIS, « Is Molecular Profiling Ready for Use in Clinical Decision Making? », (2007) 12:3 *The Oncologist* 301-311, à la p. 302; Blue Cross Blue Shield, « Gene Expression Profiling in Women with Lymph-Node-Positive Breast Cancer to Select Adjuvant Chemotherapy Treatment », (2014), en ligne : Blue Cross Blue Shield <<http://www.bcbs.com/blueresources/tec/press/gene-expression-profiling-in-1.html>>; L. SANSREGRET et A. NEPVEU, préc., note 9.

21. Direction québécoise de cancérologie, préc., note 14.

22. Centre des Maladies Deschênes-Fabiadu Sein, « Généralités », en ligne : Centre des maladies du sein Deschênes-Fabia <<http://www.centredesmaladiesdusein.ca>>; Ce type de chimiothérapie est utilisé pour éviter une rechute et l'apparition du cancer après la chirurgie, mais il s'avère bénéfique seulement pour certains patients. Voir Mike PAULDEN et

le risque de propagation et le choix du traitement sont déterminés par un ensemble de facteurs cliniques et pathologiques classiques, comme l'âge, les caractéristiques et le stade de la tumeur (sa taille, le grade, etc.)²³. Le test prédictif Oncotype permet ainsi d'orienter la prise de décision thérapeutique alternativement ou en complémentarité aux méthodes actuelles²⁴. Son utilisation est guidée par les règles d'utilisation émises par la DCQ. Elles exigent qu'un seul test soit demandé par patient, même en présence de lésions multiples. Dans ce dernier cas, « le choix de la lésion à soumettre pour analyse devra être discuté en équipe interdisciplinaire ou au comité de thérapie des tumeurs »²⁵. Ainsi, l'oncologue est nécessairement amené à travailler en interdisciplinarité afin de prodiguer des soins optimaux et individualisés à son patient²⁶.

B. L'interdisciplinarité en oncologie : les comités de thérapies du cancer

1. Notion d'interdisciplinarité

Au Québec, à la fin des années 90, le Ministère de la Santé et des Services Sociaux (MSSS), par la mise en place de son Programme québécois de lutte contre le cancer (PQLC)²⁷, a proposé une organisation des soins oncologiques en milieu hospitalier basée sur le travail interdisciplinaire. Avant tout, soulignons les différences entre l'interdisciplinarité et la multidisciplinarité (ex.

---

al., « Cost-Effectiveness of the 21-Gene Assay for Guiding Adjuvant Chemotherapy Decisions in Early Breast Cancer », (2013) 16:5 Value Health 729-739, à la page 730.

23. Comité Éthique & Cancer, préc., note 11.

24. Centre des Maladies Deschênes-Fabiadu Sein, préc., note 22; Comité Éthique & Cancer, préc., note 11; Des tests Oncotype similaires ont été développés pour le cancer de la prostate et du colon, voir Genomic Health Inc, « Oncotype Dx » (2014), en ligne : Genomic Health Inc. <<http://www.oncotypedx.com/>>.

25. Direction québécoise de cancérologie, préc., note 14, à la page 4.

26. Collège royal des médecins et chirurgiens du Canada, préc., note 18, à la page 8.

27. Gouvernement du Québec, préc., note 13.

l'équipe médicale) dans la pratique médicale, car celles-ci influencent le rôle et la responsabilité des médecins qui y participent. L'interdisciplinarité est un concept souvent confondu avec le terme « multidisciplinarité »²⁸. Certaines sources américaines et canadiennes utilisent le terme anglais *multidisciplinary* pour référer à l'interdisciplinarité. L'Avis sur les équipes interdisciplinaires en oncologie de la Direction québécoise de cancérologie (ci-après « l'Avis sur l'interdisciplinarité ») décrit la multidisciplinarité comme étant la situation où les « professionnels de la santé se succèdent au chevet d'un même patient, mais sans que leurs actions ou leur compréhension des symptômes (problèmes cliniques biopsychosociaux complexes) soient orchestrés »²⁹. Par opposition, l'interdisciplinarité permet l'intégration des actions des intervenants de la santé dans une approche globale et « se caractérise par une plus grande interactivité et une véritable dynamique de groupe »³⁰, alors que, dans le contexte multidisciplinaire, « chaque professionnel est autonome et peut prendre des décisions indépendantes »³¹. Au Québec, l'interdisciplinarité dans la pratique médicale se démontre par la mise en place d'équipes interdisciplinaires locales, régionales et suprarégionales, dont les deux dernières ont pour mandat de tenir des réunions de CTC³². Nous étudions les CTC étant donné leur rôle croissant dans la prestation des soins en oncologie et leur potentiel d'influence sur les décisions de traitement³³.

---

28. Anne-Patricia PREVOST et Claude BOUGIE, « Équipe multidisciplinaire ou interdisciplinaire », (2008) 43:11 *Le Médecin du Québec* 43, à la page 44.

29. Direction de la lutte contre le cancer, « Les équipes interdisciplinaires en oncologie » (Août 2005) à la page 15, en ligne : Ministère de la Santé et des Services Sociaux <http://www.msss.gouv.qc.ca/sujets/prob_sante/cancer/download.php?f=de94252ae4e5c0ad813e0c2861402695>.

30. A.-P. PREVOST et C. BOUGIE, préc., note 28, à la page 44.

31. Direction de la lutte contre le cancer, préc., note 29, à la page 26.

32. *Id.*, à la page 39. La Direction québécoise de cancérologie a récemment proposé plusieurs autres instances nationales et régionales de gestion interdisciplinaire, ne faisant pas l'objet de ce texte. Voir le plan proposé Gouvernement du Québec, préc., note 17.

33. P. M. ELLIS, préc., note 10, à la page S9.

2. Les comités de thérapies du cancer : rôles et déroulement

Le PQLC définit les réunions de CTC comme « des rencontres [qui] portent sur la thérapie comme telle (révision des données du diagnostic, des stadifications³⁴ et des plans de traitement médicaux) »³⁵. Ce sont des comités décisionnels composés de chirurgiens, d'oncologues, de radio-oncologues, de pharmaciens et de pathologistes dont les décisions portent sur le traitement pour un patient donné³⁶. Ils peuvent aussi être composés de non-professionnels de la santé (ci-après « intervenants de la santé ») tel un intervenant d'un Centre local de services communautaires (CLSC)³⁷. Leur rôle est « de permettre des discussions scientifiques sur les cas complexes et de proposer aux médecins traitants des orientations concernant la bonne pratique médicale et les meilleurs traitements basés sur les données probantes ou la recherche »³⁸. Le Programme québécois de dépistage du cancer du sein (PQDCS) leur reconnaît aussi un rôle important dans la révision des cas dans le

---

34. Définition : « Revoir la pertinence des modes d'investigations utilisés et la justesse du diagnostic », voir Gouvernement du Québec, *préc.*, note 13, à la page 52.

35. Direction de la lutte contre le cancer, *préc.*, note 29, à la page 39.

36. Direction de la lutte contre le cancer, « Orientations prioritaires 2007-2012 du Programme québécois de lutte contre le cancer », (2007), à la p. 32, en ligne : Ministère de la Santé et des Services Sociaux <<http://publications.msss.gouv.qc.ca/acrobat/f/documentation/2007/07-902-03.pdf>>.

37. Il n'y a pas d'uniformité dans les documents de la Direction québécoise de cancérologie quant aux types de professionnels et non-professionnels qui composent un CTC, voir Direction de la lutte contre le cancer, *préc.*, note 29, à la page 45.

38. Groupe Conseil de lutte contre le cancer, « Annexe 3 - Matrice d'évaluation des équipes/établissements » à la p. annexe III, en ligne : Ministère de la Santé et des Services Sociaux <http://www.msss.gouv.qc.ca/sujets/prob_sante/cancer/download.php?f=492fa990714599239a47b61875b9a6b4>; Voir aussi Action Cancer Ontario, « Multidisciplinary cancer conferences (MCCs)- Transforming the delivery of cancer care » à la p. 4, en ligne : <<https://www.cancercare.on.ca/common/pages/UserFile.aspx?fileId=13572>>; Frances WRIGHT et al., « Multidisciplinary Cancer Conference Standards », (2006) à la p. 2, en ligne : Action Cancer Ontario <<http://www.cancercare.on.ca/pdf/pebcmccf.pdf>>.

contexte d'activités d'investigation³⁹. L'étude du dossier de chaque patient atteint d'un cancer ou sa révision se fait individuellement et les recommandations sont basées sur la médecine factuelle⁴⁰ et les avis d'experts⁴¹. Au Québec, il est recommandé que les réunions de CTC se tiennent à toutes les semaines⁴², tandis qu'*Action Cancer Ontario* suggère minimalement à toutes les deux semaines⁴³.

Il est possible de décrire le recours à un CTC par un médecin traitant en trois étapes : la sélection de cas d'étude, la présentation de cas, et les discussions et la prise de décision. En premier lieu, le médecin traitant doit faire une demande au coordonnateur du CTC afin de mettre le dossier de son patient sur la liste de discussion⁴⁴.

-
39. « L'investigation regroupe un ensemble de gestes qui vont mener à poser un diagnostic, à évaluer autant l'étendue que le degré de malignité de la tumeur et à caractériser la maladie, sur ses aspects tant physiques que psychosociaux. » Voir Programme québécois de dépistage du cancer du sein, « Le fonctionnement interdisciplinaire dans le cadre de l'investigation », (2001), à la page 98, en ligne : Ministère de la Santé et des Services Sociaux <<http://www.msss.gouv.qc.ca/sujets/santepub/pqdc/index.php?documents-de-reference>>.
40. Cette médecine fonde les décisions cliniques notamment sur les études scientifiques menées auprès de groupe de patients plutôt que sur des données de laboratoires (ces derniers résultant de recherches non effectuées sur des humains). En plus de l'examen clinique habituel, la médecine fondée sur les faits suggère au médecin de se référer à la littérature scientifique pour trouver les meilleures réponses disponibles applicables aux conditions de son patient. Voir Joyce PICKERING, « Evidence based medicine at McGill », (2004) 8 *MJM* 94; André SCHEEN, « Comment concilier médecine factuelle et médecine personnalisée? », (2013) 9:395 *Rev Med Suisse* 1499, à la page 1499; David L SACKETT, « Evidence-based Medicine » dans *Encyclopedia of Biostatistics*, John Wiley & Sons, Ltd, 2005, en ligne : *Encyclopedia of Biostatistics* <<http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1002/0470011815.b2a08019/abstract>>.
41. Nagi S EL SAGHIR et al., « Tumor boards: optimizing the structure and improving efficiency of multidisciplinary management of patients with cancer worldwide », (2014) 34 *Am Soc Clin Oncol Educ Book* e46L, à la pAGE e461.
42. Direction de la lutte contre le cancer, préc., note 29, à la p. 39.
43. F. WRIGHT et al., préc., note 38, à la page 2.
44. « Physicians contact the MCC Coordinator to put patients on the list for discussion ». Voir *Action Cancer Ontario*, « Thoracic multidisciplinary cancer conferences: Jewish General Hospital, Montreal, Qc » (Juin 2010), en ligne : *Action Cancer Ontario* <<https://www.cancercare.on.ca/>>

Divers critères sont utilisés pour établir la priorité des dossiers. Les nouveaux cas sont généralement priorisés⁴⁵, par contre « les critères de sélection des cas varient selon les domaines »⁴⁶. Un médecin traitant peut également référer un dossier à un CTC lorsque les règles d'utilisation d'un test le requièrent, comme avec l'Oncotype⁴⁷. La deuxième étape est la présentation par les médecins traitants des cas de leurs patients placés sur la liste de discussion⁴⁸. Chaque médecin traitant présente ainsi successivement le cas de son

---

common/pages/UserFile.aspx?fileId=13042>; « Other cases (e.g. recurrent or metastatic cancer) can be forwarded to the MCC Coordinator for discussion, at the discretion of the individual physician ». Voir F. WRIGHT et al., préc., note 38, aux pages 2-3.

45. « All new patients » Action Cancer Ontario, préc., note 44; « New cancer cases, inpatient and ambulatory » F. WRIGHT et al., préc., note 38, à la p. 2.

46. Bien que nous ne sommes pas en mesure de vérifier si cette priorisation existe toujours, ces deux cas (cancer de la tête et du cou et certains cas de cancers précoces de l'endomètre et de la vulve) peuvent servir d'exemples. Voir Gouvernement du Québec, préc., note 13, à la page 113 et 119; Action Cancer Ontario, « Disease site attendance criteria and patient discussion guidance » (janvier 2014), en ligne : <<https://www.cancercare.on.ca/common/pages/UserFile.aspx?fileId=63113>>; Voir aussi l'exemple Centre Hospitalier Régional de Trois-Rivières, « Guide de pratique en cancérologie du comité des tumeurs du C.H.R.T.R. » (6 octobre 2003), en ligne : <<http://www.pqdcqs.qc.ca/fichiers/File/guidedecancerologie06-octobre-2003.pdf>>; La sélection des tumeurs pour le test de l'Oncotype peut être considérée comme une forme de priorisation étant donné que la règle d'utilisation découle de la DCQ. Voir Direction québécoise de cancérologie, préc., note 14; Programme Québécois de Dépistage du Cancer du Sein, préc., note 39, à la page 41.

47. Direction québécoise de cancérologie, préc., note 14, à la page 3.

48. F. WRIGHT et al., préc., note 38, à la page 3; Hôpital Général Juif, « Comités de thérapie du cancer » (2014), en ligne : Hôpital Général Juif <<http://jgh.ca/fr/comit%C3%A9sdeth%C3%A9rapieducancer>>; L'Avis sur l'interdisciplinarité utilise plutôt le terme coordonnateur clinico-administratif désignant la personne « responsable d'organiser les rencontres d'équipe et de voir à leur animation. [Pour assurer le] leadership médical, il apparaît essentiel qu'un médecin assume cette responsabilité et travaille de concert avec le coordonnateur clinico-administratif. » : Direction de la lutte contre le cancer, préc., note 29, à la page 35.

patient⁴⁹. La dernière étape consiste principalement au partage des expertises et des connaissances des professionnels présents aux discussions sur chaque cas à l'étude, et, ultimement, à la prise de décision sur le cas présenté.

Une approche consensuelle dans la prise de décision semble être favorisée bien que les documents de la Direction québécoise de cancérologie ne soient pas explicites à ce sujet. En effet, le PQDCS se réfère aux auteurs Friend et coll. et suggère « qu'il n'y a pas nécessairement toujours l'unanimité à l'occasion de ces rencontres » de CTC⁵⁰. L'Avis sur l'interdisciplinarité mentionne l'importance des « engagements des membres de l'équipe à l'égard des décisions prises en équipes », même si elles ne sont pas toujours unanimes⁵¹. Bien que l'Avis ne mentionne pas spécifiquement les CTC, nous estimons que ce barème pourrait leur être applicable⁵². Une décision d'un CTC serait donc nécessairement prise soit par vote à la majorité simple ou au deux tiers, soit de façon consensuelle, où aucun vote n'est pris et aucun intervenant n'exprime son opposition. Plusieurs questions juridiques à propos des obligations et responsabilités de l'oncologue traitant face à ces décisions collectives dans un contexte de traitement individualisé et de sa relation avec le CTC méritent ainsi d'être discutées.

---

49. Le PQDCS suggère huit étapes pour la planification et la présentation des cas. Quoique ces étapes ne soient pas explicites dans les MCC Tools, il est possible d'en déduire des étapes similaires. Programme Québécois de Dépistage du Cancer du Sein, préc., note 39, à la page 46.

50. G. FRIEND, R. ANSARI et J. C. GARCIA, « Teamwork improves breast cancer management in the community » (1995) 88:6 *Indiana Med J Indiana Med State Assoc* 458.

51. Direction de la lutte contre le cancer, préc., note 29, à la page 37.

52. Voir Robert A. KAGAN, « The multidisciplinary clinic » (2005) 61:4 *Int J Radiat Oncol Biol Phys* 967, à la page 967 et 968. Cet auteur considère que l'objectif premier est d'arriver à un consensus et par la suite présenter la décision au patient.

III. De certaines obligations de l'oncologue envers son patient

Le contexte actuel de la pratique en oncologie suscite plusieurs enjeux juridiques susceptibles d'influencer la prestation de soins par l'oncologue, notamment la nécessité que ce dernier tienne compte de la technologie de précision dans l'établissement du meilleur traitement pour son patient dans le cadre d'une pratique interdisciplinaire⁵³. Dans ce contexte, l'oncologue traitant se trouve à faire partie d'une relation tripartite : lui-même (oncologue traitant), son patient et le CTC.

Avant tout, examinons la relation oncologue traitant – patient et rappelons ses principes de base. Cette dernière est basée sur un contrat médical qui naît d'un véritable échange de consentement entre ces deux parties⁵⁴. Le patient consulte un oncologue généralement en dehors d'un cadre d'urgence, alors qu'il a la capacité de consentir. Son consentement à contracter est donc libre et volontaire⁵⁵. En common law, l'acceptation de l'oncologue de traiter le patient qui a expressément ou implicitement sollicité ses services fait naître un *duty of care*⁵⁶, c'est-à-dire le devoir de

---

53. Collège Royal des Médecins et Chirurgiens du Canada, préc., note 18, à la page 10.

54. Malgré la décision de la Cour d'appel dans l'affaire *Hôpital de l'Enfant-Jésus c. Camden-Bourgault*, [2001] R.J.Q. 832 (C.A.) qui rejette la théorie contractuelle, nous souscrivons à l'opinion des auteurs Philips-Nootens et coll., qui sont d'avis que la conclusion de la Cour devait dissocier les questions de détermination de la nature de la relation et celle de la responsabilité du fait d'autrui. Pour davantage de discussion à ce sujet, voir Suzanne PHILIPS-NOOTENS, Pauline LESAGE-JARJOURA et Robert P. KOURI, *Éléments de responsabilité médicale*, 3e éd., Cowansville, Québec, Yvon Blais, 2007, au para 4; 43-46; Pour une critique de la théorie contractuelle, voir Jean-Louis BAUDOUIN, Patrice DESLAURIERS et Benoît MOORE, *La responsabilité civile*, 8e Édition, II, Cowansville, Québec, Éditions Yvon Blais, 2014, aux paras 2-33.

55. S. PHILIPS-NOOTENS, P. LESAGE-JARJOURA et R. P. KOURI, préc., note 54; Voir BAUDOUIN, DESLAURIERS et MOORE, préc., note 54..

56. Ellen I. PICARD et Gerald B. ROBERTSON, *Legal liability of doctors and hospitals in Canada*, 4e éd., Toronto, Thomson Carswell, 2007, à la page 7.

prendre soin (*exercice care*)⁵⁷. Cette section portera sur certaines des obligations qui découlent de ce devoir.

Précisément, nous procéderons à l'analyse de certaines obligations de l'oncologue envers son patient, en tenant compte des particularités du recours à l'Oncotype et à un CTC. Ainsi, la section revisitera les principes bien connus des obligations de soigner et de suivre des médecins traitants tout en considérant les exigences particulières du traitement et du suivi individualisé en oncologie. Par contre, elle traitera en particulier et dans un deuxième temps, sous l'angle de l'obligation de soigner, le nouvel enjeu du recours à un CTC dans le cadre de l'élaboration d'un plan de traitement individualisé pour un patient. La nature de l'interaction juridique entre l'oncologue traitant et le CTC sera plutôt traitée dans la section qui suivra.

A. Obligation de soigner

L'oncologie de précision offre à l'oncologue tant la possibilité de guider le traitement que le suivi de son patient. L'utilisation de tests basés sur la génomique, tel l'Oncotype, dans le traitement du cancer a sans aucun doute un impact sur la pratique médicale en oncologie. En effet, une récente étude ontarienne menée auprès d'oncologues utilisant les tests d'expression géniques a démontré qu'il existe une variation des cas où le médecin commandait le test, ainsi que des impacts négatifs sur la relation médecin-patient⁵⁸. L'étude suggère que les patients placent un poids considérable sur le résultat d'un tel test dans leur choix de poursuivre ou non la chimiothérapie, et ce, malgré l'incertitude scientifique toujours existante quant à l'utilité de ces tests⁵⁹. La question se pose donc : l'utilisation de ces tests issus de l'oncologie de précision influence-t-elle les obligations de soigner et de suivre de l'oncologue? En

---

57. *Id.*, à la page 213.

58. Yvonne BOMBARD et al., « Access to personalized medicine: factors influencing the use and value of gene expression profiling in breast cancer treatment » (2014) 21:3 *Curr Oncol* 426.

59. Yvonne BOMBARD et al., « Patients' perceptions of gene expression profiling in breast cancer treatment decisions » (2014) 21:2 *Curr Oncol* 203.

général, tout oncologue ne doit poser que des actes médicaux faisant partie du standard de pratique. Pour évaluer l'impact de l'utilisation de ces tests cliniques, il faut déterminer le standard auquel l'oncologue sera évalué et les différents facteurs pouvant influencer son établissement.

Les critères objectifs et subjectifs du standard de pratique

Avant tout, rappelons que la *Loi sur les services de santé et services sociaux* (LSSS) prévoit que toute personne a droit de recevoir des soins adéquats, conformes à la science et personnalisés⁶⁰. Le patient a aussi droit à tous les soins que requiert son état de santé⁶¹. Ainsi, tout médecin « a le devoir primordial de protéger et de promouvoir la santé et le bien-être des individus qu'il sert, tant sur le plan individuel que collectif »⁶². D'ailleurs, tout médecin est tenu d'exercer sa pratique avec prudence et diligence, mais aussi en conformité avec les données actuelles de la science⁶³, et ce, pendant toutes les étapes de la prestation des soins. Dans *X c. Mellen*, la Cour du Banc de la Reine a reconnu l'importance que les médecins procurent à leurs patients « des soins consciencieux, attentifs et conformes aux données acquises de la science »⁶⁴. Par conséquent, afin de prédire l'utilité de la chimiothérapie adjuvante pour une patiente atteinte d'une forme de cancer du sein, il est pertinent de se demander si un oncologue a une obligation de recourir au test de l'Oncotype? Ou peut-il simplement se fier aux méthodes traditionnelles, telle l'évaluation des caractéristiques pathologiques (grandeur de la tumeur, âge, etc.)?

L'oncologue est tenu d'utiliser des méthodes scientifiques à jour et de s'abstenir de recourir à des méthodes insuffisamment

---

60. *Loi sur les services de santé et les services sociaux*, RLRQ c S-42, art. 5.

61. *Id.*, art. 7.

62. *Code de déontologie des médecins*, RLRQ c M-9, r 17, art. 3.

63. *Code civile du Québec*, RLRQ c C-1991, art. 2100; S. PHILIPS-NOOTENS, P. LESAGE-JARJOURA et R. P. KOURI, préc., note 54; *Code de déontologie des médecins*, préc., note 62, art. 47.

64. *X c. Mellen*, [1957] BR 389, à la p. 416.

éprouvées autrement que dans le contexte de la recherche⁶⁵. C'est ainsi que la Cour supérieure a reconnu la responsabilité d'un oto-rhino-laryngologiste ayant omis de recourir à des méthodes actuelles pour diagnostiquer un cancer rare dans la partie laryngée de l'épiglotte⁶⁶. Alors qu'il soupçonnait la présence d'une tumeur, le médecin s'était contenté d'effectuer des examens physiques pour poser son diagnostic. Pourtant, la littérature scientifique pertinente était unanime quant au fait que certains tests étaient requis et que le simple examen physique ne suffisait pas.

Néanmoins, les oncologues ne sont pas obligés de tout connaître⁶⁷. Ils seront toujours évalués en fonction des connaissances du médecin raisonnable placé dans les mêmes circonstances. Ainsi, toute nouvelle technologie de traitement doit être reconnue comme un standard de pratique pour que son utilisation soit requise ou acceptée par un tribunal en vertu de l'obligation de soigner.

L'évaluation de l'acte médical de l'oncologue, comme tout médecin, dépend de deux critères : l'un objectif et l'autre subjectif, les deux formant le « standard de pratique ». Il est reconnu que le standard auquel sera tenu un médecin est celui du médecin raisonnable, considéré comme le critère objectif⁶⁸. Ce standard dépend aussi d'un critère subjectif : il faut tenir compte des circonstances particulières d'un médecin comme son éducation, son expérience, le risque des procédures qu'il accomplit, etc.⁶⁹. Plusieurs facteurs influencent la reconnaissance de ce standard par les tribunaux.

---

65. *Code de déontologie des médecins*, préc., note 62, art. 44 et 48.

66. *Côté c. Larouche*, EYB 2001-22320 (REJB) (CS Qc) .

67. S. PHILIPS-NOOTENS, P. LESAGE-JARJOURA et R. P. KOURI, préc., note 54, au para 300.

68. E. I. PICARD et G. B. ROBERTSON, préc., note 56, à la page 227; Voir *Lapointe c. Hôpital Le Gardeur*, [1992] 1 RCS 351; *Lauzon v Davey*, 2006 ABQB 499.

69. E. I. PICARD et G. B. ROBERTSON, préc., note 56, à la page 227; Voir *Lapointe c. Hôpital Le Gardeur*, préc., note 68.

Dans le cas d'un oncologue, le niveau de spécialisation peut influencer le standard de pratique auquel il est tenu. La performance de tout médecin qui possède une spécialité serait évaluée en fonction d'un standard différent du simple omnipraticien⁷⁰. L'oncologie médicale est une branche de la médecine interne et est aussi une surspécialité médicale⁷¹. *A fortiori*, le niveau de surspécialisation d'un oncologue entraînerait l'exigence d'un standard plus élevé que celui par exemple d'un spécialiste en médecine interne. Un standard plus élevé de diagnostic a aussi été exigé de la part de grands spécialistes pratiquant dans un centre hospitalier de pointe où plusieurs ressources technologiques et experts étaient disponibles⁷². Les oncologues qui pratiquent dans des centres hospitaliers auprès d'équipes interdisciplinaires et qui ont accès à un CTC pourraient donc être tenus à un standard plus élevé.

Standard de pratique : la signification scientifique vs légal

Dans le but d'évaluer l'acte d'un oncologue de ne pas avoir eu recours à un test, lorsqu'il est allégué que l'utilisation aurait permis un traitement plus précis, les tribunaux tiendraient compte de la science médicale. Afin d'établir le standard de pratique, les tribunaux se réfèrent au témoignage du médecin défendeur et à ceux des experts, et à la littérature scientifique, notamment aux documents non normatifs disponibles, tels les guides de pratiques cliniques ou documents d'associations professionnelles⁷³. Dans le cas de l'utilisation de l'Oncotype, le cadre de référence de son utilisation émis par la Direction québécoise de cancérologie serait parmi ces références⁷⁴.

---

70. E. I. PICARD et G. B. ROBERTSON, préc., note 56, à la page 227; S. PHILIPS-NOOTENS, P. LESAGE-JARJOURA et R. P. KOURI, préc., note 54, aux para 301 et 302 citant *Rouillier c. Chesnay*, [1993] RRA 528, 542.

71. Fédération des médecins spécialistes du Québec, « Spécialités médicales », en ligne : Fédération des médecins spécialistes du Québec <<https://www.fmsq.org/fr/profession/medecine-specialisee/specialites-medicales>>.

72. *Harewood c. Spanier*, [2000] RRA 864, *Id.*

73. *Bérard-Guillette c. Maheux*, JE 99-993.

74. Direction québécoise de cancérologie, préc., note 14.

À ce sujet, les auteures Campbell et Glass identifient ces sources non législatives et non réglementaires comme étant des *soft laws*⁷⁵. Les standards contenus dans ces *soft laws*, contrairement aux standards des normes législatives ou réglementaires, n'ont pas une valeur juridique directe, bien qu'ils influencent le comportement des professionnels de la santé⁷⁶. Par conséquent, les normes émanant de documents scientifiques, bien qu'elles soient considérées comme des standards de pratique au plan scientifique, ne sont pas automatiquement reconnues par les tribunaux comme le standard légal de pratique⁷⁷. En effet, les tribunaux réfèrent à ces standards scientifiques dans plusieurs contextes, mais ils les considèrent comme un standard légal de pratique seulement dans certains cas, souvent en l'absence de normes législatives⁷⁸. Le respect que les professionnels de la santé accordent à un *soft law* peut aussi guider le tribunal dans la détermination du standard. Dans la plupart des cas, les professionnels de la santé acceptent un *soft law* comme étant un standard de pratique si celui-ci représente des pratiques déjà établies et bien reconnues par la communauté médicale⁷⁹. Cette reconnaissance attribue à un *soft-law* le statut de standard légal de pratique auquel tout professionnel devrait se conformer⁸⁰.

Conséquemment, le critère de l'usage fréquent d'une méthode par les pairs est un facteur important dans sa reconnaissance comme un standard de pratique⁸¹. En d'autres mots, une utilisation répandue d'un test dans la communauté médicale peut tendre vers sa reconnaissance comme un standard de pratique. Ainsi, l'oncologue n'a pas l'obligation de recourir à des

---

75. Angela CAMPBELL et Kathleen GLASS, « The legal status of clinical and ethics policies, codes, and guidelines in medical practice and research » (2001) 46 *McGill Law J* 473, à la page 473.

76. *Id.*, à la page 475.

77. *Id.*

78. *Id.*

79. *Id.*, à la page 480.

80. *Id.*

81. S. PHILIPS-NOOTENS, P. LESAGE-JARJOURA et R. P. KOURI, préc., note 54, au para 300.

examens ou traitements s'ils ne sont pas couramment utilisés⁸². L'évaluation du critère de l'utilisation courante se fait à l'époque du choix de l'examen ou du traitement⁸³. Cependant, plusieurs méthodes peuvent être en vigueur sans qu'il ne soit possible de déterminer laquelle constitue le standard de pratique. Lors de l'établissement du traitement en oncologie, cette situation peut survenir tant dans le choix de la méthode général ou personnalisée (par exemple entre test Oncotype ou paramètres classiques) que dans les résultats obtenus par la méthode choisie au sujet du meilleur pronostic suggéré (par exemple le choix dans l'efficacité d'une chimiothérapie adjuvante ou non). Un examen de la jurisprudence en matière de querelles scientifiques et de présence de multiples choix thérapeutiques révèle certaines règles pouvant orienter l'établissement du traitement dans ces situations.

Les choix thérapeutiques et le standard de pratique

D'abord, il faut rappeler que les tribunaux n'ont pas pour tâche de trancher les querelles scientifiques. Dans l'arrêt *ter Neuzen c. Korn*⁸⁴, la Cour a établi qu'elle ne possédait pas « les connaissances spécialisées qui [lui] permettrai[t] de dire aux professionnels qu'ils dérogent à leurs devoirs »⁸⁵. En common law, cette décision a confirmé les bases de la défense intitulée *approved practice* en réponse à des allégations de non-respect du standard de pratique⁸⁶. Dans certaines situations, les tribunaux ne sanctionnent pas les médecins lorsqu'il y a plusieurs choix thérapeutiques valides. Dans l'affaire *Lamarre c. Julien*⁸⁷, un chirurgien avait opté pour une technique classique d'intervention sans procéder au préalable à une biopsie. Le patient lui reprochait de ne pas avoir procédé à une biopsie avant l'exérèse de la tumeur. Le juge résume l'évaluation du choix de l'approche comme suit :

---

82. *Id.*, à la page 300.

83. *Lauzon c. Ranger*, [2003] RRA 304 (CS).

84. *ter Neuzen c. Korn*, 1995 RCS 674.

85. *Id.*, au para 38.

86. E. I. PICARD et G. B. ROBERTSON, préc., note 56, à la page 355.

87. *Lamarre c. Julien*, [1999] RRA 605 (CS).

La responsabilité professionnelle doit être appréciée suivant la norme reconnue et on ne peut conclure à la faute du médecin que lorsqu'il y a eu violation des règles médicales admises généralement : en l'espèce, la demande a seulement démontré l'utilisation d'une approche différente par d'autres médecins⁸⁸.

C'est ainsi que si plusieurs choix thérapeutiques sont scientifiquement valables et éprouvés à l'époque du traitement, le médecin ne sera pas sanctionné s'il opte pour l'un plutôt que l'autre⁸⁹. Les questionnements liés à l'utilisation de nouveaux tests issus de l'oncologie de précision qui permettent d'offrir des alternatives à des méthodes traditionnelles de détermination du traitement sont, en absence de jurisprudence spécifique, susceptibles de mener à ces mêmes réponses, l'Oncotype étant un bel exemple.

Par ailleurs, en oncologie, l'incertitude quant au choix du traitement peut aussi survenir en dehors de l'utilisation d'un test d'expression génique. Un patient atteint d'un cancer complexe peut se trouver dans une situation où différents traitements se présentent sans qu'il y en ait un nécessairement plus rassurant ou dans une situation où il y a plusieurs choix possibles⁹⁰. Ce dilemme thérapeutique peut aussi survenir dans le choix du dosage de la chimiothérapie⁹¹. L'oncologue doit agir en tenant compte des caractéristiques particulières à ce domaine, notamment

---

88. *Id.*, au para 61.

89. J.-L. BAUDOUIN, P. DESLAURIERS et B. MOORE, préc., note 54; Voir *ter Neuzen c. Korn*, préc., note 84, au para 38; *Lapointe c. Hôpital Le Gardeur*, préc., note 68.

90. S. PHILIPS-NOOTENS, P. LESAGE-JARJOURA et R. P. KOURI, préc., note 54, au para 334; Razvan A. POPESCU et al., « The current and future role of the medical oncologist in the professional care for cancer patients: a position paper by the European Society for Medical Oncology (ESMO) », (2014) 25:1 *Ann Oncol* 9-15, à la page 11.

91. Une auteure américaine estime que le dosage de la chimiothérapie est susceptible de causer des litiges en responsabilité médicale. Voir : Patricia LEGANT, « Oncologists and medical malpractice » (2006) 2:4 *J Oncol Pract* 164, à la page 165; R.A. Popescu et al., préc., note 90, à la page 11.

« l'importance d'intervenir rapidement et d'opter d'emblée pour le bon traitement » et « la complexité des traitements »⁹².

L'affaire *Fillion c. Cantin*⁹³, dans laquelle la patiente est décédée en raison des effets secondaires de la chimiothérapie et de la radiothérapie, est un exemple intéressant où les médecins hémato-oncologues faisaient face à un choix de traitement difficile. Dans cette affaire, il s'agissait de déterminer si les médecins avaient commis une faute dans le cadre des soins et des traitements prodigués à la patiente, et si les traitements planifiés avaient été faits en conformité avec les règles de l'art. La Cour supérieure conclut que face à un choix de différents traitements, tous appuyés par des données scientifiques divergentes, elle n'a pas à trancher, mais « doit plutôt déterminer si le traitement donné correspond à celui reconnu par la science médicale à l'époque contemporaine »⁹⁴. La Cour ajoute :

Compte tenu du nombre de méthodes de traitements possibles entre lesquelles les professionnels de la santé doivent parfois choisir et de la distinction entre l'erreur et la faute, un médecin ne sera pas tenu responsable si le diagnostic et le traitement du malade correspondent à ceux reconnus par la science médicale à cette époque, même en présence de théories opposées⁹⁵.

De surcroît, cette décision rappelle que face à des choix thérapeutiques, l'oncologue doit laisser le choix au patient dans la mesure où les informations nécessaires lui ont été fournies. Toutefois, l'oncologue ne doit pas oublier son devoir de bien informer le patient des différentes approches possibles. Certains auteurs suggèrent que le médecin a un devoir d'orienter le patient

---

92. Direction de la lutte contre le cancer, préc., note 29, à la page 17.

93. *Fillion c. Cantin*, 2012 QCCS 2666.

94. *Id.*

95. *Id.*, citant *Lapointe c. Hôpital Le Gardeur*, préc., note 68, à la page 363; Au sujet de la différence entre l'erreur et la faute, voir Jean-Pierre MENARD, « L'erreur de diagnostic: fautive ou non fautive », (2005) 230 *Développements récents en responsabilité médicale et hospitalière* 251.

et de discuter de l'approche qu'il privilégie tout en étayant les motifs de son choix⁹⁶. Une nouvelle approche suggère que :

Devant plusieurs options thérapeutiques pour un problème de santé donné, le patient devrait être en mesure de partager avec son médecin la valeur qu'il attribue aux bienfaits et aux risques des différentes options et à leur probabilité. Cette intégration est un défi important qui ouvre la voie à un nouveau paradigme de la pratique clinique axée sur le partage d'information⁹⁷.

Pour savoir si un oncologue doit utiliser tel traitement ou tel test, ce dernier doit s'assurer de son utilisation et de ses caractéristiques auprès de la communauté médicale. L'oncologie de précision, tel que discuté dans cette section, est susceptible de soulever davantage de questions et plus d'incertitude quant au choix du meilleur traitement à un patient. Les réponses à de telles incertitudes, en l'absence de règles ou de jurisprudence spécifiques dans le domaine, résident dans une analyse générale de la notion d'obligation de soigner et de l'établissement du standard de pratique. Dans ce contexte, la collaboration avec un CTC peut s'avérer une solution à ces difficultés dans le choix du traitement. Ultimement, dans le contexte d'un litige en responsabilité médicale, devant un tribunal, il reviendrait aux experts médicaux de faire reconnaître le recours à un test d'expression génique comme le standard pratique dans des circonstances données. Des questions semblables se posent lorsque l'oncologue a recours aux résultats de risque de récurrence du cancer de son patient comme moyen pour assurer le suivi de ce dernier.

B. Obligation de suivre

Si l'établissement du traitement en oncologie s'avère un défi important pour les oncologues dans l'accomplissement de leur

---

96. S. PHILIPS-NOOTENS, P. LESAGE-JARJOURA et R. P. KOURI, préc., note 54, au para 334.

97. Michel CAUCHON et Michel LABRECQUE, « Former des cliniciens érudits », (2013) 48:6 *Médecin Qué* 87.

obligation de soigner, une difficulté similaire est présente lors du suivi du patient pendant et à la fin des traitements. Avant tout, rappelons que la notion de continuité des soins médicaux se trouve à la LSSS. L'article 5 énonce le droit de toute personne de recevoir des soins de santé et des services sociaux avec continuité⁹⁸. Le médecin qui a examiné, investigué ou traité un patient doit assurer le suivi médical requis par l'état de santé de son patient; s'il ne peut plus l'assumer, il doit s'assurer que son patient reçoive les services professionnels requis⁹⁹. En oncologie, « la plupart des interventions [de soins] s'étendent [...] sur une certaine période de temps et imposent un suivi »¹⁰⁰. La nécessité d'un suivi est particulièrement présente en oncologie étant donné les risques de récurrence d'un cancer. Le rôle de l'oncologue est d'offrir « les soins au patient dans un continuum qui s'étend à partir du moment du diagnostic, et ce, pendant toute la durée de la maladie, en prescrivant de la chimiothérapie et d'autres médicaments anti-cancéreux »¹⁰¹ (traduction de l'auteure). L'oncologue doit aussi fonder sa pratique de suivi sur des données probantes solides¹⁰².

À la fin des traitements, l'oncologue doit faire face à une angoisse de son patient, celle de la possibilité d'une récurrence de son cancer¹⁰³. Comment l'oncologue doit-il assurer le suivi du patient après son traitement? Peut-il se fier au résultat de prédiction du risque de récurrence fourni par un test basé sur la génomique? En principe, un médecin ne doit pas abandonner son patient après l'administration du traitement, à moins d'un transfert de son patient¹⁰⁴. Cette règle trouve son application en oncologie étant donné la gravité des traitements du cancer et les risques de récurrence de la maladie. L'oncologue peut se fier aux résultats d'un

---

98. *Loi sur les services de santé et les services sociaux*, préc., note 60, art. 5.

99. *Code de déontologie des médecins*, préc., note 62, art. 32 et 35.

100. S. PHILIPS-NOOTENS, P. LESAGE-JARJOURA et R. P. KOURI, préc., note 54.

101. Université McGill, « Education & Training-Department of Oncology », en ligne: Faculté de Médecine <http://www.medicine.mcgill.ca/oncology/education/edu_residencyfellowship.asp>.

102. François VINCENT, « Après le cancer, une histoire à suivre... » (2012) 47:10 *Médecin Qué* 67, à la page 68.

103. *Id.*

104. J.-L. BAUDOUIN, P. DESLAURIERS et B. MOORE, préc., note 54.

test d'expression génique qui prédit le risque de récurrence. Cependant, il ne faut pas oublier qu'un tel test doit au préalable rencontrer le standard de pratique. Ainsi, notre analyse précédente au sujet de la détermination du standard de pratique s'applique ici. Enfin, l'obligation de suivre de l'oncologue comporte aussi une exigence d'évaluer les effets des traitements et d'informer son patient de la fréquence des rencontres nécessaires pour le suivi¹⁰⁵.

Par ailleurs, l'oncologue doit s'assurer de suivre et d'obtenir les rapports des professionnels qui participent à l'investigation¹⁰⁶. En effet l'oncologue ne participe pas seul aux soins de son patient, notamment il ne peut exercer sans avoir recours à un anatomo-pathologiste ou à un radiologiste¹⁰⁷. Le défaut d'un médecin de prendre connaissance des rapports des autres spécialistes a été sanctionné à maintes reprises. Dans l'affaire *Suite c. Cooke*¹⁰⁸, un chirurgien avait omis de consulter le rapport du pathologiste à la suite de la ligature des trompes de sa patiente. Ce rapport exposait l'excision par le chirurgien d'une veine plutôt que d'une trompe. La Cour supérieure a sanctionné le chirurgien pour son défaut d'avoir divulgué à la patiente les risques de grossesse, dû à un manque de suivi du rapport après la chirurgie. Ce dénouement peut se transposer au cas où un oncologue requiert un rapport de pathologie sur un tissu tumoral. C'est l'oncologue qui consulte un spécialiste dans le cadre de l'investigation qui doit s'assurer de bien prendre connaissance du rapport de ce dernier, déterminant par exemple la nature de la tumeur. Toutefois, le Collège des médecins du Québec (CMQ), dans une récente communication, suggère que dans certains cas de cancer où le facteur temps peut faire la différence entre vie et mort, c'est au médecin investigateur d'alerter le médecin traitant, ainsi que de vérifier que son rapport a bien été

---

105. *Id.*

106. « [...] l'ensemble des gestes qui vont mener à poser un diagnostic, à évaluer autant l'étendue que le degré de malignité de la tumeur et à caractériser la maladie, sur ses aspects tant physiques que psychosociaux ». Voir Gouvernement du Québec, préc., note 13, à la page 98.

107. Jean-Pierre MENARD, « Diagnostic du cancer et responsabilité médicale » (2012) 1 *Yvon Blais* 2, à la page 4.

108. *Suite c. Cooke*, [1995] RJQ 2765 (CA).

reçu¹⁰⁹. Le CMQ suggère la même démarche auprès du médecin traitant, si l'examen révèle une anomalie qui n'avait pas originalement été soupçonnée.

Face à des situations d'incertitude dans l'établissement du traitement ou du suivi du patient, l'obligation de soigner comporte la possibilité que l'oncologue ait recours à une consultation. Bien qu'il soit un médecin surspécialisé, l'oncologue doit reconnaître ses limites¹¹⁰. Le recours à un CTC est reconnu comme une pratique offrant une solution aux limites individuelles de l'oncologue, parfois même une exigence pour la prescription de tests d'expression génique et certains types complexes de cancer¹¹¹. Il est donc important d'analyser la nouvelle question reliée au traitement et au suivi individualisés à savoir l'obligation ou non de l'oncologue traitant de recourir à un CTC dans ce contexte.

C. Recours à un comité de thérapies du cancer

L'oncologue, en tant que médecin traitant, peut recourir à un CTC par choix ou lorsque des règles de priorisation des cas ou d'utilisation de l'Oncotype le suggèrent¹¹². Le recours à un CTC, à l'instar de la possibilité de consulter un collègue, peut permettre à l'oncologue de remédier aux limites de sa connaissance, par exemple dans le choix du meilleur traitement pour son patient. Le recours à un CTC s'inscrit-il dans l'obligation de soigner de l'oncologue? L'oncologue a-t-il le choix de recourir à un CTC pour l'étude ou la révision du traitement de son patient? La décision *E.S. c. Ferenczy*¹¹³ où un chirurgien a été tenu responsable pour des dommages à une patiente causés notamment par le défaut d'avoir

---

109. Yves ROBERT, « Effectuer un examen, c'est bien s'assurer du suivi, c'est mieux! », en ligne : Blogue du Collège des Médecins du Québec <<http://blog.cmq.org/2014/01/16/effectuer-un-examen-cest-bien-sassurer-du-suivi-cest-mieux/>>.

110. *Code de déontologie des médecins*, préc., note 62, art. 42.

111. Voir *supra* section II.B.2.

112. *Id.*

113. *ES c. Ferenczy*, 2012 QCCS 1988.

eu recours au CTC de son centre hospitalier peut nous éclairer sur ce point.

De prime abord, tout médecin, pour accomplir son obligation de soigner, a la faculté, parfois l'obligation, de recourir à une consultation¹¹⁴. Toutefois, il n'existe pas de critères spécifiques qui permettent de déterminer quand un médecin doit consulter. Les auteurs Philips-Nootens et coll. suggèrent que la consultation puisse intervenir lorsqu'un médecin « peut avoir besoin [de l'avis d'un collègue] pour poser un diagnostic, pour faire une investigation (gastroscopie, cathétérisme, cardiaque etc.) pour commencer un traitement [ou] pour contrôler l'efficacité »¹¹⁵. Les auteurs Picard et Robertson suggèrent aussi trois contextes issus de la jurisprudence qui obligerait une consultation: le médecin est incapable de diagnostiquer la condition de son patient; le patient ne répond pas correctement à un traitement donné et; le patient a besoin d'un traitement pour lequel son médecin n'a pas les compétences à l'administrer¹¹⁶. La jurisprudence québécoise reconnaît l'obligation de consulter dans des situations similaires¹¹⁷.

L'affaire *Ferenczy* a soulevé des questions intéressantes à ce sujet. Les demandeurs, la patiente et son conjoint, reprochaient à l'anatomo-pathologiste d'avoir diagnostiqué un cancer du poumon plus grave que celui dont la demanderesse était atteinte. Ils reprochaient également au chirurgien thoracique de ne pas avoir réévalué le diagnostic et d'avoir procédé à l'exérèse (enlèvement) du poumon gauche « sans avoir au préalable soumis ce cas complexe au Comité des tumeurs de l'hôpital »¹¹⁸. Aux fins de notre analyse, nous nous intéresserons seulement à la responsabilité du

---

114. S. PHILIPS-NOOTENS, P. LESAGE-JARJOURA et R. P. KOURI, préc., note 54, au para 321; *Vail c. MacDonald*, (1976), 66 DLR (3d) 530 (SCC); *Ares c. Venner*, [1970] RCS 608.

115. S. PHILIPS-NOOTENS, P. LESAGE-JARJOURA et R. P. KOURI, préc., note 54, au para 320.

116. E. I. PICARD et G. B. ROBERTSON, préc., note 56, à la page 313.

117. Jannick PERRAULT, *Les affres de la spécialité: le médecin doit-il consulter?*, Essai soumis à la Faculté de Droit en vue de l'obtention du grade de « Maîtrise en Droit », Université de Sherbrooke à la page 67.

118. *ES c. Ferenczy*, préc., note 113, au para 3.

chirurgien. Plusieurs experts ont témoigné, mais la Cour a retenu principalement le témoignage du Dr. Vaillancourt. Dans son rapport, il est d'avis qu'en raison du défaut du chirurgien d'avoir consulté un CTC, la demanderesse avait reçu « des soins chirurgicaux thoraciques en deçà des standards de ceux qui ont cours depuis au moins le début du présent siècle, et donc de 2005 »¹¹⁹. La Cour considère que le chirurgien n'a pas agi comme un chirurgien prudent, diligent et compétent. Elle est d'avis qu'« une consultation auprès d'un comité des tumeurs était nécessaire, ce qui aurait, selon toute probabilité, évité une chirurgie inutile »¹²⁰. En l'espèce, la consultation d'un CTC a été reconnue comme le standard de pratique d'un chirurgien raisonnable. Cette décision a comme conséquence d'inclure dans les obligations du médecin la consultation d'un CTC, du moins pour les cas complexes.

À cet égard, une autre affaire provenant de l'Ontario fait aussi référence à la nécessité de consulter un CTC. L'expert invité avait témoigné sur la nécessité de soumettre le cas d'un bébé de quatre mois à un *tumour board* pour déterminer les meilleures options de traitement contre une tumeur au cerveau¹²¹. Cependant, l'analyse de la Cour supérieure de l'Ontario ne revient pas sur cette expertise et ne statue pas sur la question. Cette affaire ainsi que *Ferenczy* sont les seules décisions repérées qui discutent du recours à un CTC dans le cadre d'un litige en responsabilité médicale.

---

119. *Id.* au para 105. À ce sujet nous supposons que le Dr. Vaillancourt fait référence à l'Avis sur l'interdisciplinarité de 2005.

120. *Id.*

121. *Huinink v Oxford (County)*, 2008 OJ No 1317 au para 50 « All experts agreed that the presence of the mass would have been revealed. Dr. Del Maestro would have provided the parents with the same three treatment options he presented at four months and he would have presented this case to the Tumour Board. At the Tumour Board, the paediatricians, the oncologist, and the radiation oncologist would all be present. The patient's case would have been presented at the Tumour Board by Dr. Del Maestro and a general overall decision would have been made about the best way to deal with her ».

Dans certaines circonstances, le recours à un CTC dans le cadre de l'utilisation de l'Oncotype pourrait s'avérer une obligation de l'oncologue. À la lumière de la jurisprudence, cela pourrait être nécessaire dans les cas où l'oncologue se trouve dans l'impossibilité d'établir un diagnostic, dans l'incertitude quant au traitement et ses effets sur le patient ou face à un cas complexe. Cependant, si aucun CTC n'existe au sein de l'institution où l'oncologue exerce et qu'il se trouve dans l'une des situations décrites en jurisprudence, l'oncologue devrait tout de même voir à consulter un collègue pour assurer le respect de son obligation de soigner. Il en est de même si le dossier de son patient n'a pas pu être discuté en CTC en raison des règles de priorisation des études de cas¹²².

Par ailleurs, rappelons que l'oncologue traitant qui a recours à ses confrères pour le traitement de son patient doit au préalable s'assurer du consentement de ce dernier. Le choix du recours à un CTC peut être exigé par le patient, par l'oncologue traitant et potentiellement par des programmes gouvernementaux ou des guides de pratique clinique, telles les règles d'utilisation de l'Oncotype. Dans tous les cas, il y a une obligation d'informer le patient de la possibilité d'un recours à un CTC¹²³. Une affaire pendante à la Cour supérieure soulève des questions intéressantes à ce sujet¹²⁴. Dans *Côté c. Centre Hospitalier Affilié Universitaire de Québec (CHA)*, la demanderesse, dans l'une des conclusions de sa demande principale, exigeait le retrait de notes psycho-oncologiques prises par une équipe multidisciplinaire de soins en cancer. Elle alléguait ne jamais avoir demandé des soins psycho-oncologiques de l'équipe multidisciplinaire qui l'avait prise en charge dans le cadre d'un plan de soins pour les patients atteints de cancer. La demande des défendeurs de radier ces conclusions a été rejetée et le dossier quant au fond suit toujours son cours. Cette décision, n'en étant pas une sur le fond, n'a qu'un impact limité sur notre analyse. Par contre, dans le but d'éviter la survenance possible d'une telle situation, il est possible de suggérer qu'un

---

122. Voir, *supra* section II.B.2.

123. *Loi sur les services de santé et les services sociaux*, préc., note 60, art. 8.

124. *Côté c. Centre hospitalier affilié universitaire de Québec (CHA)*, 2013 QCCS 1294.

oncologue, qui a recours à un CTC au cours de la prestation des soins, serait avisé de fournir à son patient au préalable toutes les informations nécessaires sur ce processus interdisciplinaire.

Enfin, bien que le tribunal, dans l'affaire *Ferenczy*, ait considéré « qu'une consultation auprès d'un comité des tumeurs était nécessaire » dans les circonstances, nous croyons, avec égards, que le terme « consultation » n'a pas fait l'objet d'une analyse juridique. La Cour n'a pas eu l'occasion d'analyser la relation juridique entre le médecin traitant (chirurgien, oncologue ou autre) et le CTC étant donné que le fait reproché était l'absence de celle-ci. C'est pourquoi nous tenterons d'analyser dans la section qui suit la nature de cette interaction juridique et des conséquences sur la responsabilité des médecins impliqués qui peuvent en découler.

IV. Relations juridiques entre l'oncologue, le comité de thérapies du cancer et le patient

La prestation par l'oncologue d'une partie du traitement individualisé en concertation avec un CTC introduit la question de la qualification juridique de cette pratique en interdisciplinarité qui diffère de l'équipe médicale ou multidisciplinaire¹²⁵. L'affaire *Ferenczy* a permis de déduire que dans certaines circonstances le recours à un CTC pourrait être considéré comme faisant partie du standard de pratique de l'oncologue traitant dans l'accomplissement de son obligation de soigner. Cependant, l'oncologue qui discute du cas de son patient en CTC exerce-t-il pour autant un acte de consultation et agit-il, de ce fait, dans un rapport de médecin traitant - médecin consultant? Dans cette section, nous laissons de côté l'étude des obligations pour aborder l'analyse des relations juridiques entre l'oncologue et le CTC ou ses membres ainsi que celles des membres du CTC envers le patient, qui peuvent naître une fois que l'oncologue y présente le dossier de son patient. En pratique, cette analyse est essentielle dans la détermination du risque de responsabilité individuelle et collective

---

125. Voir *Infra* section II.B.1.

de l'oncologue traitant et de ses confrères médecins qui participent aux traitements d'un même patient.

A. Lien juridique entre l'oncologue et le comité de thérapies du cancer : une relation de traitant-consultants?

L'acte de consultation crée une relation juridique entre le médecin traitant et un ou des confrères médecins ou autres professionnels de la santé. Selon le Dictionnaire de droit québécois et canadien, une consultation est un « avis ou conseil qu'une personne sollicite d'une autre personne détenant une expertise ou des qualifications particulières »¹²⁶. Un acte de consultation « s'accomplit chaque fois qu'un médecin appelle un autre médecin à confronter ses opinions au sujet d'un patient ou sollicite l'opinion d'un confrère au sujet d'un diagnostic ou d'un traitement »¹²⁷. Selon l'auteure Perreault, en général, le médecin traitant maintient le contrat médical avec son patient. Ainsi, le médecin traitant et consultant prodiguent des soins simultanés¹²⁸. En effet, le médecin traitant conserve son obligation de soigner envers son patient et l'acte du consultant est une intervention ponctuelle d'une personne plus spécialisée que le médecin traitant. De plus, « en règle générale, le consultant n'émet qu'une opinion et des recommandations sans prendre de décisions; cette décision] n'[ayant] pas de force obligatoire à moins que le médecin traitant ne l'ait entérinée »¹²⁹.

Dans les cas de pluralités de consultants pour un même patient, selon les auteurs Philips-Nootens et coll., le médecin traitant devrait agir comme « coordonnateur » des soins simultanés pour assurer le suivi de ces différentes consultations. Ces auteurs discutent aussi de certains comités ad hoc qui peuvent être mis en place pour arriver à des consensus lorsqu'il n'y a pas d'accord entre

---

126. Hubert REID, *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, 4e édition, Wilson & Lafleur.

127. J. PERRAULT, préc., note 117, à la page 41.

128. *Id.*, à la page 45.

129. *Id.*

le médecin traitant et le consultant¹³⁰. Par contre, il n'est pas possible de déduire si, dans ce contexte, les auteurs ont voulu référer au modèle des CTC. En somme, l'acte de consultation est (1) une demande d'un médecin traitant ou de son patient (2) d'une opinion ou une recommandation à un ou des confrère(s) médecin(s) ou d'autre(s) professionnel(s) (consultant(s)) (3) où le traitant est indépendant du consultant ou agit comme coordonnateur dans la relation juridique.

Est-il possible d'assimiler le recours à un CTC à un acte de consultation? Deux caractéristiques divergentes, mais réconciliables, dans la composition et l'objectif de ces deux types de pratiques, permettent de proposer qu'un recours à un CTC peut être considéré comme un acte de consultation¹³¹.

De prime abord, rappelons qu'un CTC est (1) un comité décisionnel constitué de divers intervenants de la santé (2) dont les réunions sont fixées de façon hebdomadaire ou bimensuelle ayant comme (3) objectif la concertation dans les soins d'un même patient. Tel qu'il a été expliqué à la section « Contexte » de cet article, ces comités ne sont pas des structures informelles. Bien au contraire, ils possèdent une structure organisationnelle bien établie (présence de coordonnateur, liste de discussion, prise de présence, etc.) au sein d'un centre hospitalier.

Ainsi, la première différence entre le recours à un CTC et l'acte de consultation se situe dans la composition. En général,

---

130. S. PHILIPS-NOOTENS, P. LESAGE-JARJOURA et R. P. KOURI, préc., note 54, au para 333.

131. Pour une analyse complète de la relation entre l'oncologue et le CTC, voir Shahad SALMAN, *De certains enjeux en responsabilité médicale des oncologues médicaux: les décisions collectives dans le traitement individualisé du cancer*, Mémoire soumis à la Faculté de Droit en vue de l'obtention du grade de « Maîtrise en Droit », Université McGill, 2015, en ligne : http://digitool.library.mcgill.ca/view/action/singleViewer.do?dvs=1452443473806~913&locale=en_US&show_metadata=false&VIEWER_URL=/view/action/singleViewer.do?&DELIVERY_RULE_ID=6&adjacency=N&application=DIGITool-3&frameId=1&usePid1=true&usePid2=true.

l'acte de consultation a lieu entre un médecin traitant et un ou des médecins ou autres professionnels de la santé qui agissent de façon autonome et non en tant que groupe, et leurs actes se succèdent. Or, le CTC est un regroupement d'intervenants de la santé qui reçoit des demandes d'un même oncologue traitant pour l'étude du dossier d'un même patient. Par contre, cette différence ne peut à elle seule exclure la possibilité de qualifier la relation entre l'oncologue traitant et le CTC comme un acte de consultation. Il faut rappeler qu'à la base, la consultation est un outil supplémentaire disponible pour qu'un médecin remplisse son contrat de soins¹³², rôle qu'un CTC exerce aussi. De plus, un CTC ressemble à un comité ad hoc tel que décrit par les auteurs Philips-Nootens et coll.¹³³, ouvrant la porte à l'existence d'une forme de comité de consultants¹³⁴.

La deuxième différence entre le recours à un CTC et l'acte de consultation se trouve dans leurs objectifs respectifs. En général, dans un acte de consultation tel que reconnu par la doctrine, un médecin consultant ne prend pas de décision et se limite à offrir une opinion au médecin traitant¹³⁵. Par contre, le CTC est un groupe au sein duquel il y a un processus de prise de décision collectif et généralement consensuel. De la réunion, il résulte généralement un acte unique auquel l'oncologue traitant ou tout autre médecin qui présente le cas de son patient participe activement. Cette différence soulève la question de la nature et de la valeur probante de cet acte décisionnel unique. En d'autres mots, cette décision unique est-elle une opinion ou une recommandation semblable à celle résultant d'un acte de consultation?

La valeur probante de cette décision au plan scientifique diffère du contexte juridique. Les décisions des CTC sont prises sur la base des données de la médecine factuelle et de la recherche, et sur l'expertise clinique des médecins spécialistes qui y

---

132. S. PHILIPS-NOOTENS, P. LESAGE-JARJOURA et R. P. KOURI, préc., note 54, au para 320.

133. Voir *supra* sous-section III.B.1.a). Voir aussi *Id* au para 333.

134. *Id.*

135. J. PERRAULT, préc., note 117, à la page 45.

participent¹³⁶. Ces données regroupent les meilleures preuves cliniques disponibles sur une situation donnée¹³⁷. Ces données de la médecine factuelle, combinées à l'approche de l'oncologie de précision dans un contexte de consultation interdisciplinaire, constitueraient donc théoriquement au plan scientifique les meilleurs moyens de prise en charge d'un patient atteint de cancer.

Au niveau juridique, nous sommes d'avis qu'un médecin ne peut être contraint de suivre une décision clinique plutôt qu'une autre dans l'accomplissement de son contrat médical. L'oncologue traitant est redevable à son patient sur la base du caractère *intuitu personae* de sa relation juridique. En effet, le contrat médical est basé sur une relation de confiance dont témoigne le patient envers l'oncologue¹³⁸. Le patient s'attend donc à ce que son cocontractant, l'oncologue qu'il a choisi, honore personnellement ses obligations. L'oncologue traitant dans cette relation contractuelle, bien qu'il puisse en obtenant le consentement de son patient demander l'opinion d'un expert, ne peut être obligé de suivre des décisions de soins prises par des tiers experts. Autrement, l'oncologue ne serait pas seul partie au contrat avec le patient et ne serait pas indépendant dans son jugement clinique. Ainsi, nous estimons qu'une décision d'un CTC ne peut le contraindre de remplacer son jugement clinique par celui d'un groupe interdisciplinaire bien qu'il y participe et que cette concertation soit exigée dans certains cas de cancer complexes. Ainsi, malgré la valeur probante de la décision d'un CTC, juridiquement, celle-ci ne peut donc avoir force obligatoire; elle demeure une recommandation semblable à celle émanant d'un médecin consultant.

En somme, cette analyse permet de conclure que l'oncologue qui présente le cas de son patient à un CTC reçoit une opinion émanant d'un groupe de consultants. L'acte de consultation intervient dans le cadre d'une réunion interdisciplinaire de divers intervenants où l'oncologue traitant qui présente le cas de son

---

136. Voir *Infra* note 61

137. D. L. S. Sackett, *préc.*, note 40.

138. S. PHILIPS-NOOTENS, P. LESAGE-JARJOURA et R. P. KOURI, *préc.*, note 54, au para 18.

patient sollicite l'avis des autres intervenants présents qui agissent comme consultants. Cette intervention de confrères médecins dans le traitement du patient de l'oncologue traitant soulève certaines questions quant à leurs responsabilités envers le patient, ce que nous discuterons dans les sous-sections qui suivent.

B. Lien juridique entre le comité de thérapies du cancer et le patient de l'oncologue traitant

Il n'est pas possible de compléter une analyse sur les interactions juridiques entre un oncologue et un CTC lorsqu'il a recours à l'Oncotype sans questionner l'existence ou non d'une relation juridique entre les médecins qui participent à un CTC (ci-après « médecin participant ») et le patient et entre le CTC en tant que groupe et le patient.

Avant tout, soulignons que l'absence d'un contact en personne entre le patient et les médecins participants n'élimine pas l'existence d'un lien juridique, en droit civil, ou d'un *duty of care*, en common law. Plusieurs fondements juridiques qui feront l'objet des sous-sections qui suivent peuvent expliquer cette affirmation.

1. L'existence d'un duty of care

D'abord, en common law, ce devoir de prendre soin du patient de façon raisonnable est généralement évident dans une relation traditionnelle de consultation en personne entre un médecin et un patient¹³⁹. En effet, en common law, il est reconnu qu'un *duty of care* est créé à chaque fois qu'un médecin accepte de traiter un patient. Ainsi, un médecin consultant peut se voir imposer ce devoir dès qu'il accepte une consultation¹⁴⁰. Ce devoir

---

139. Mark A. SIDHOM et Michael G. POULSEN, « Multidisciplinary care in oncology: medicolegal implications of group decisions » (2006) 7:11 *Lancet Oncol* 951, à la page 951.

140. Council of the College of Physicians and Surgeons of Nova Scotia, « Guidelines for Physicians Regarding Referral and Consultation » (21 mars 2014), à la page 4, en ligne : <<https://www.cpsns.ns.ca/>>

peut aussi exister lorsqu'il n'y a pas de contact direct : différents raisonnements juridiques peuvent justifier cette conclusion.

Premièrement, se basant sur l'analogie avec la consultation « de couloirs », où il y a absence de contact direct entre le patient et le médecin « consulté dans le couloir », un tribunal pourrait considérer qu'un médecin-participant a un *duty of care* envers le patient de l'oncologue traitant. En effet, dans un *obiter* d'une décision de la Cour supérieure de l'Ontario, *Crawford v Penney*¹⁴¹ (confirmée en appel), la Cour écrit :

[...] I have serious doubts that there is, as the Defendants argue, a class of consultation known as a "hallway conversation" or a "corridor consult" attached to which there is no duty of care in favour of the patient for whom the advice or opinion is sought¹⁴².

Deuxièmement, il est aussi possible de justifier l'existence d'un *duty of care* d'un médecin participant envers le patient absent sur la base des règles générales issues de la jurisprudence de *negligence* sur la détermination d'un *duty of care*¹⁴³. En effet, il faut noter que le patient n'est pas en relation thérapeutique directe avec le médecin participant, ce qui rend la détermination de l'existence de ce devoir de diligence ambiguë. En l'absence de précédents jurisprudentiels, un test en deux étapes, le *Ann's test*, tel que modifié par l'arrêt *Cooper c. Hobart*, permet d'évaluer l'opportunité de reconnaître un nouveau devoir en de telles circonstances¹⁴⁴:

(1) Was the harm that occurred the reasonably foreseeable consequence of the defendant's act? And (2) are there

---

DesktopModules/Bring2mind/DMX/Download.aspx?PortalId=0&TabId=129&EntryId=47>.

141. *Crawford v Penney*, 2003 maintenu en appel *Crawford v Penney*, 2004 demande d'autorisation à la Cour Suprême du Canada rejetée.

142. *Id.*

143. Nicholas V. TODD, « Medical negligence. An overview of legal theory and neurosurgical practice: duty of care » (2014) 28:2 *Br J Neurosurg* 209, à la page 209.

144. E. I. PICARD et G. B. ROBERTSON, préc., note 56, à la page 221.

reasons, notwithstanding the proximity between the parties established in the first part of this test, that tort liability should not be recognized here?¹⁴⁵

Le premier principe contient deux critères : *reasonable foreseeability* et *proximity*¹⁴⁶. La victime, ou le groupe à laquelle elle appartient, doit avoir été raisonnablement prévisible pour le défendeur et il doit exister une relation de proximité entre la victime et le défendeur¹⁴⁷. En matière de responsabilité médicale, ce principe s'énonce comme suit :

If it is reasonably foreseeable that negligence by the doctor may cause harm to a third party (whether identifiable or not), and if there is sufficient proximity between the doctor and the third party, a duty of care will arise (unless there are reasons of policy, which decline otherwise), and breach of that duty will result in the doctor being liable to the third party¹⁴⁸.

Dans le contexte d'un CTC, nous considérons que ce principe s'applique. Les médecins qui participent à un CTC prennent des décisions consensuelles ou majoritaires concernant le choix de traitement d'un patient d'un confrère, une tierce partie. Ces décisions peuvent avoir un impact sur le patient, car l'oncologue peut choisir de se baser sur celles-ci. Les médecins participants pourraient ainsi raisonnablement envisager que leurs décisions aient un impact sur le patient. Un tribunal pourrait ainsi reconnaître une proximité suffisante entre les médecins participants et le patient pour créer un *duty of care*. Quant à la deuxième question énoncée dans l'arrêt *Cooper*, nous ne sommes pas d'avis qu'il existe dans ce contexte des raisons valables, de politiques publiques ou d'équité, qui devraient empêcher la

---

145. *Cooper c. Hobart*, [2001] 3 RCS 537 au para 30 [*Cooper*]; Ces étapes sont toutefois critiquées, voir Karen CRAWLEY et Shauna VAN PRAAGH, « "Academic Concerns"—Caring about Conversation in Canadian Common Law » (2011) 34:2 *Dalhous Law J* 405, à la page 407.

146. Linda EDWARDS, J. Stanley EDWARDS et Patricia WELLS, *Tort Law*, 4e éd., New York, Cengage Learning, 2008, à la page 72.

147. *Id.*

148. E. I. PICARD et G. B. ROBERTSON, préc., note 56, à la page 221.

reconnaissance d'un *duty of care*. Au contraire, nous estimons qu'un partage équitable de la responsabilité entre l'oncologue traitant et les consultants du CTC est nécessaire, ce que nous discuterons dans la dernière section de la présente partie.

2. La nature de la relation juridique en droit civil

En droit civil, « [...] la responsabilité médicale [peut] se fonder soit sur un rapport consensuel et donc apparenté au régime contractuel, soit sur l'obligation générale prescrite par l'article 1457 C.c.Q. de se comporter de façon à ne pas nuire à autrui »¹⁴⁹. La relation entre le médecin participant et le patient de l'oncologue traitant est donc contractuelle ou extracontractuelle. En l'absence de jurisprudence ou de règles spécifiques déterminant les relations juridiques dans le contexte interdisciplinaire, il faut se référer aux règles générales dans une relation traitant-consultant. Rappelons que la relation oncologue-patient est contractuelle et lorsqu'un oncologue a recours à un CTC, il n'y a pas de transfert, mais bien un acte de consultation, et donc aucun bris du lien juridique qui unit l'oncologue à son patient. Par contre, à l'instar de l'acte de consultation, y a-t-il formation d'un nouveau contrat entre un médecin participant et le patient? Les auteurs Philips-Nootens et coll. écrivent à ce sujet :

Même si le patient marque son accord pour la consultation, ce consentement autorise seulement une atteinte à sa personne par le médecin consultant et n'implique pas *ipso facto* la formation d'un nouveau contrat. Pour qu'il acquière deux débiteurs contractuels, il faudrait qu'il ait consenti spécifiquement à la prise en charge partielle par le second spécialiste, et que les tâches de l'un et de l'autre aient donc été bien définies. Si tel n'est pas le cas, le médecin traitant reste ultimement responsable à son égard de l'entière démarche thérapeutique, et donc du tiers qu'il introduit dans l'exécution de son contrat de soin¹⁵⁰.

---

149. J.-L. BAUDOUIN, P. DESLAURIERS et B. MOORE, préc., note 54, à la page 39.

150. S. PHILIPS-NOOTENS, P. LESAGE-JARJOURA et R. P. KOURI, préc., note 54, au para 330.

En se basant sur cette opinion formulée en regard d'un acte de consultation traditionnel, c'est-à-dire tel que reconnu par la doctrine, il est possible de la considérer comme applicable dans le contexte étudié des CTC.

Par ailleurs, certaines règles générales en responsabilité médicale peuvent davantage justifier la nature de cette relation juridique. Premièrement, en général, si la relation médecin participant-patient n'est pas contractuelle, elle est nécessairement extracontractuelle¹⁵¹. Deuxièmement, la situation des médecins participant à un CTC est similaire à celle des radiologistes et des anesthésistes dans un centre hospitalier¹⁵². Comme ces professionnels, les médecins-participants traitent le patient indépendamment d'une volonté personnalisée, c'est-à-dire qu'il n'y a pas de relation *intuitu personae* avec le patient. Dans l'affaire *Goupil c. Centre hospitalier universitaire de Québec*, le tribunal a conclu à une responsabilité extracontractuelle entre la patiente et le pathologiste¹⁵³.

En effet, le choix des médecins qui participent à un CTC est une décision organisationnelle de l'établissement, de l'équipe interdisciplinaire régionale ou suprarégionale, ou même un choix personnel du spécialiste de participer. Le patient ne participe pas à ce choix; il ne peut sélectionner les spécialistes qui participent au groupe qui discutera de son traitement. Pour toutes ces raisons, la relation entre le médecin-participant et le patient de l'oncologue traitant est nécessairement extracontractuelle. Les médecins participant à un CTC ont donc un devoir d'agir avec prudence et diligence envers le patient basé sur les principes bien connus de l'article 1457 C.c.Q.

-
151. Jean-Pierre MÉNARD et Denise MARTIN, *La responsabilité médicale pour la faute d'autrui*, Cowansville, Québec, Éditions Yvon Blais, 1992, à la page 49.
152. S. PHILIPS-NOOTENS, P. LESAGE-JARJOURA et R. P. KOURI, préc., note 54, au para 44.
153. *Goupil c. Centre hospitalier universitaire de Québec*, [2001] RJQ 1814 (C.S.).

3. Le comité de thérapies du cancer : une entité juridique indépendante?

Enfin, quant à la possibilité de reconnaître une relation juridique entre le CTC en tant qu'entité indépendante et le patient, celle-ci a été écartée par plusieurs auteurs tant en droit civil qu'en common law. Dans une analyse des implications juridiques du *group decision* en common law, spécifiquement dans le contexte des CTC en Australie, les auteurs Sidhom et Poulsen sont d'avis que les CTC ne sont pas incorporés et donc ne peuvent interagir en tant qu'entité indépendante¹⁵⁴. De plus, l'Association canadienne de protection médicale (ACPM) abonde dans le même sens lorsqu'elle discute des soins concertés :

Les cadres juridiques actuels sont fondés sur la capacité juridique d'une personne et d'entités légalement constituées telles que des corporations et des sociétés de personnes; il n'existe aucune reconnaissance juridique d'une «équipe» sans personnalité morale¹⁵⁵.

L'ACPM estime que la reconnaissance d'une responsabilité d'entreprise (ou d'équipe) ne peut se faire qu'à travers une modification législative, démarche qu'elle ne considère comme non nécessaire. À notre avis, sans nécessairement écarter cette avenue pour une analyse future, nous alignons notre analyse vers une approche individualiste de la responsabilité médicale¹⁵⁶. L'existence d'obligations communes et le recours à la règle générale de l'article 1480 C.c.Q. constituent des moyens pour atteindre le but recherché, soit la reconnaissance de la responsabilité des divers intervenants de la santé. En droit civil, la même approche a été

---

154. M. A. SIDHOM et M. G. POULSEN, préc., note 139, à la page 952.

155. Association canadienne de protection médicale, « Les soins concertés : Perspective de la responsabilité médicale - Guides », en ligne : <<https://oplfrpd5.cmpa-acpm.ca/fr/-/collaborative-ca-1>>.

156. Voir *Weiss c. Solomon*, [1989] RJQ 731 (C.S.). Dans cette affaire, la Cour supérieure reconnaît notamment la responsabilité de l'hôpital basée sur la faute de son comité d'éthique. La Cour semble imputer une faute au groupe formant le comité, quoiqu'elle ne se prononce pas sur le statut juridique de ce comité en tant qu'entité juridique indépendante.

retenue envers l'équipe médicale. Celle-ci n'est pas considérée comme une entité indépendante, telle une personne morale. L'équipe médicale ne peut donc pas contracter avec le patient¹⁵⁷.

En résumé, à la lumière de l'analyse effectuée tant en droit civil qu'en common law, il est possible de conclure avec certitude qu'il existe une relation juridique entre le médecin participant et le patient de l'oncologue traitant même s'il n'y a aucun contact direct entre eux. Dans les deux cas, la relation juridique existe entre le patient et chaque médecin participant. La relation tripartite oncologue, CTC et patient ainsi créée est susceptible d'influencer la détermination de la responsabilité de l'oncologue traitant face à son patient.

V. Discussion : Responsabilité collective

Ultimement, le patient soigné par un oncologue qui consulte un CTC dans le choix du traitement dispensé, par exemple en ayant recours à un test prédictif du meilleur traitement, voudrait être indemnisé pour les dommages causés en cas de faute découlant de cette décision. Dans cette relation tripartite, qui peut être tenu responsable? En d'autres mots, un médecin participant peut-il être tenu responsable à l'égard du patient de l'oncologue traitant? Le patient se tournera automatiquement vers son oncologue traitant, seul médecin avec qui il a eu un contact en personne, étant aussi l'interlocuteur entre le CTC et le patient. Or, plusieurs médecins ont une relation juridique avec le patient ou possèdent un *duty of care* envers celui-ci; il peut donc y avoir plusieurs défendeurs potentiels.

L'objectif n'est pas d'offrir des réponses exhaustives à ces questions en émergence, mais d'analyser l'avenue de la reconnaissance d'une responsabilité individuelle de chaque médecin participant et la possibilité de reconnaître des fautes communes aux médecins impliqués dans cette relation tripartite donnant lieu à l'existence d'une responsabilité collective. En effet,

---

157. Alain BERNARDOT et Robert P. KOURI, « La responsabilité civile de l'équipe médicale » (1974) 34 *R du B* 8, à la page 10.

le contexte tripartite exposé dans ce texte et l'existence de divers types de relations (contractuelles et extracontractuelles) emportent de nouvelles perspectives dans la détermination du risque de responsabilité (*Figure 1*) qui seront exposées dans cette dernière section.

Figure 1 Qualification des liens

Plusieurs auteurs ayant analysé la responsabilité des actes de divers médecins dans les soins d'un même patient penchent vers une responsabilité individuelle de chaque médecin¹⁵⁸. Généralement, ces discussions ont lieu dans le contexte d'une équipe médicale ou d'un acte de consultation qui implique plus d'un consultant. Les auteurs Philips-Nootens et coll. sont d'avis que dans le contexte d'actes simultanés provenant de plusieurs consultants et du médecin traitant, ce dernier serait responsable « d'un fait qu'il aurait pu, ou dû contrôler, mais pas d'une erreur propre à ce spécialiste »¹⁵⁹. Cette règle suppose que les consultants peuvent aussi être tenus responsables à titre individuel.

158. M. A. SIDHOM et M. G. POULSEN, préc., note 139; Conference Board du Canada, « Le risque de responsabilité dans les soins interdisciplinaires: Découvrir de nouvelles perspectives » (Avril 2007), en ligne : Conference Board du Canada <<http://www.conferenceboard.ca/e-library/abstract.aspx?did=1990>>; Suzanne PHILIPS-NOOTENS, « La responsabilité civile du médecin anesthésiste », (1989) 19:1 *RDUS* 317; S. PHILIPS-NOOTENS, P. LESAGE-JARJOURA et R. P. KOURI, préc., note 54.

159. S. PHILIPS-NOOTENS, P. LESAGE-JARJOURA et R. P. KOURI, préc., note 54, au para 329 citant S. S. PHILIPS-NOOTENS, préc., note 158, à la page 357.

Similairement, dans le contexte d'une équipe médicale en chirurgie, le chirurgien serait responsable de ses actes personnels et non de ceux des autres spécialistes¹⁶⁰. L'examen de la doctrine en matière de responsabilité d'une équipe médicale permet d'identifier les règles qui pourraient s'avérer applicables dans le contexte d'un litige impliquant un CTC.

Dans une équipe médicale, le chirurgien a un contrat médical avec son patient, mais une relation extracontractuelle existe entre l'anesthésiste et le patient. Le partage de la responsabilité dans une relation tripartite en équipe médicale consiste en l'idée que chaque spécialiste est responsable des actes qui relèvent de sa spécialité. C'est la sanction de fautes personnelles attribuables à chaque spécialiste individuellement. Par contre, la responsabilité de l'équipe médicale peut aussi être déterminée par l'existence d'obligations communes pouvant mener à des fautes communes, où tous les médecins ayant participé à la décision peuvent être responsables des dommages causés¹⁶¹. Ainsi, si une faute commune cause un préjudice au patient, il est possible d'avoir plusieurs défendeurs¹⁶². Les défendeurs, par exemple le chirurgien et l'anesthésiste, seraient responsables de leur propre manquement à une obligation qui s'avère commune aux deux spécialistes¹⁶³.

Similairement à l'équipe médicale, la relation tripartite oncologue, CTC et patient contient un lien juridique contractuel (oncologue traitant et son patient) et un autre extracontractuel (médecin participant et le patient de l'oncologue traitant). Dans cette relation, il y aurait aussi des obligations individuelles et des obligations communes. Cependant, il serait plus difficile d'envisager des obligations individuelles propres à chaque intervenant alors que l'acte qui émane d'un CTC est unique et résulte d'une concertation entre ces divers intervenants. La responsabilité dans cette relation tripartite serait donc généralement basée principalement sur des fautes communes, découlant de manquements aux obligations

---

160. *Id.*, aux paras 153-155.

161. *Id.*, au para 155.

162. S. PHILIPS-NOOTENS, préc., note 158, à la page 353.

163. *Id.*, au para 353.

communes (de compétence, de communication et de confidentialité) qui incombent à tous les intervenants de la santé qui participent à un CTC¹⁶⁴.

Au même titre qu'un anesthésiste et un chirurgien dans une équipe chirurgicale ayant commis une faute commune, tous les participants à un CTC et l'oncologue traitant qui ont manqué à l'une des obligations communes dans la prise d'une décision pourraient être poursuivis individuellement. En droit civil, il serait même possible d'envisager une solidarité entre les défendeurs en cas de responsabilité. En effet, l'article 1480 C.c.Q. prévoit une solidarité entre les personnes ayant participé à un fait collectif fautif qui entraîne un préjudice¹⁶⁵. L'article 1480 prévoit que :

Lorsque plusieurs personnes ont participé à un fait collectif fautif qui entraîne un préjudice ou qu'elles ont commis des fautes distinctes dont chacune est susceptible d'avoir causé le préjudice, sans qu'il soit possible, dans l'un ou l'autre cas, de déterminer laquelle l'a effectivement causé, elles sont tenues solidairement à la réparation du préjudice. (Nos italiques)

Ainsi, la première situation prévue à cet article pourrait être applicable dans le contexte étudié, quoique la notion de « fait collectif fautif » prévue à l'article soit controversée et son application incertaine en responsabilité médicale¹⁶⁶. Malgré tout, l'opinion de certains auteurs à ce sujet peut servir de fondement à des arguments en faveur de l'application de cette notion dans le contexte d'un CTC. Premièrement, selon l'auteure Isabelle Duclos, « pour être en présence d'un fait collectif fautif, plusieurs personnes doivent avoir entraîné un dommage en participant collectivement, soit par une série d'actes connexes et inséparables soit par leur

---

164. Voir S. SALMAN, *préc.*, note 131, à la page 72.

165. *Code civil du Québec*, *préc.*, note 63, art. 1480.

166. Voir Julie SAVARD et Judith ROCHETTE, « La solidarité des défendeurs en matière de recours en responsabilité médicale et hospitalière : où en sommes-nous? », (2012) 14 *Collection Blais* 129.

apport à une seule action »¹⁶⁷. L'idée qu'un fait collectif fautif corresponde à l'acte fautif unique de plusieurs personnes coïncide avec les caractéristiques de la décision unique d'un CTC qui émane de discussions collectives. Deuxièmement, à la lumière de l'opinion de l'auteur Boulanger, nous estimons que cet article s'appliquerait dans le cas de faute commune¹⁶⁸. À ce sujet, il écrit :

[L'article 1480 C.c.Q.] est articulé autour de deux axes : la faute commune et l'allègement du fardeau de preuve par l'emploi de l'adjectif « susceptible ». Ce n'est pas l'adjectif « probable » qui a été utilisé par le législateur, mais bien un qualificatif qui dénote une exigence bien moindre pour celui qui se réclame de l'article 1480 C.c.Q.¹⁶⁹.

Ainsi, l'article 1480 C.c.Q., s'il est interprété dans le sens proposé par ces auteurs, s'appliquerait dans le contexte étudié et donnerait lieu à la possibilité de reconnaître une responsabilité collective des participants à un CTC, incluant l'oncologue traitant.

Par ailleurs, une décision intéressante de common law émanant de la Cour de justice de l'Ontario¹⁷⁰, qui s'approche de cette opinion, mérite d'être analysée. Dans cette affaire, un patient admis en psychiatrie dans un centre hospitalier, où il avait été pris en charge par une équipe constituée notamment d'un psychiatre, d'un psychologue, d'infirmiers et d'un travailleur social, a subi des dommages lorsqu'il a sauté par la fenêtre et a été frappé par une voiture. La Cour a reconnu la responsabilité individuelle des médecins traitants faisant partie de l'équipe et de certains infirmiers. Plusieurs fautes étaient à la base de cette conclusion de *negligence*, notamment le défaut de l'un des infirmiers d'avoir

---

167. Isabelle DUCLOS, *Le fait collectif fautif prévu à l'article 1480 C.c.Q. et son impact sur l'exercice collectif de la médecine*, Mémoire de maîtrise, Université de Sherbrooke, 1996, à la page 60.

168. Marc BOULANGER, « La responsabilité médicale : une Cour suprême quelquefois courageuse, quelquefois frileuse », (2005) 230 *Développements récents en responsabilité médicale et hospitalière* 91, à la page 140.

169. *Id.*

170. *DeJong (Litigation Guardian of) v Owen Sound General & Marine Hospital*, [1996] OJ No 809.

suffisamment observé le patient alors qu'il était sous sa charge. Bien que l'infirmier responsable était identifié, la Cour a estimé que cette faute était attribuable à toute l'équipe :

That deficiency rested in the fact that there was no designation of a specific team member to make the sightings in accordance with the level of observation; nor was there any requirement or practice that the person making the sightings sign a docket verifying the fact, as well as the time, of the sighting¹⁷¹.

Le tribunal a reconnu ainsi la responsabilité individuelle des médecins et infirmiers impliqués sur la base d'une faute commune à l'équipe ayant été la cause des dommages au patient. Les auteurs Lahey et Currie considèrent que cette affaire représente la situation la plus proche, disponible dans la jurisprudence, d'une responsabilité médicale dans un contexte interdisciplinaire¹⁷².

Par contre, il est intéressant de noter que les auteurs Sidhom et Poulsen suggèrent quelques nuances à cette approche de responsabilité individuelle de chacun des médecins participants à un CTC¹⁷³. D'abord, chaque médecin participant serait présumé avoir participé à la décision, à moins qu'il ait exprimé son désaccord expressément¹⁷⁴. Cette présomption s'appliquerait même si le médecin participant est resté silencieux lors de la réunion. C'est le cas d'une décision consensuelle où il n'y a généralement pas d'opposition officielle. À l'opposé, tout médecin qui s'est expressément opposé à la décision collective ne verra pas sa responsabilité engagée. Ensuite, la responsabilité peut aussi être limitée par l'expertise du médecin participant. Selon ces auteurs, un médecin participant qui assiste à une discussion en dehors de son champ d'expertise ne pourrait pas être tenu responsable. À titre d'exemple, un oncologue médical qui participe à un CTC sur le

---

171. *Id.*, au para 170 cité dans William LAHEY et Robert CURRIE, « Regulatory and medico-legal barriers to interprofessional practice », (2005) 19:s1 *J Interprof Care* 197, à la page 213.

172. W. LAHEY et R. CURRIE, préc., note 171, à la page 212.

173. M. A. SIDHOM et M. G. POULSEN, préc., note 139, à la page 952.

174. *Id.*

cancer du cou et de la tête ne serait pas responsable d'une décision prise par les chirurgiens présents portant sur la chirurgie la plus appropriée¹⁷⁵.

En terminant, cette approche pour déterminer la responsabilité dans le contexte d'une relation tripartite, aussi reconnue dans le cas des équipes médicales ou des relations traitant-consultant, permet la responsabilisation de tous les médecins ayant des obligations envers le patient. Plusieurs intervenants de la santé participent à des discussions collectives en vue de prendre une décision sur le patient étudié. Dans ce contexte, l'oncologue traitant ne devrait pas assumer seul cette décision, sachant qu'il a recours à un CTC dans le but de s'assurer d'offrir le meilleur traitement à son patient. Tous les médecins-participants doivent être conscients que leur présence impacte directement les soins d'un patient. Cette approche pourrait s'étendre à tous les intervenants de la santé qui participent aux discussions menant à la décision¹⁷⁶.

VI. Conclusion

Aujourd'hui, la médecine évolue vers une approche de traitement plus rationnelle, basée sur une médecine de précision, fondée sur les faits et orientée vers l'interdisciplinarité dans la prestation des soins oncologiques. Le test clinique de l'Oncotype utilisé dans le traitement du cancer du sein illustre les exigences de cette pratique qui soulèvent de nombreux enjeux juridiques nouveaux.

L'analyse des obligations et responsabilités des oncologues dans l'établissement du meilleur traitement pour un patient a révélé de nouveaux défis tant pour le contexte médical que juridique. Les traitements en oncologie sont prodigués dans un contexte de soins individualisés et d'interdisciplinarité. D'une part, il existe de

---

175. *Id.*

176. Voir W. LAHEY et R. CURRIE, préc., note 171; Conference Board du Canada, préc., note 158.

nouveaux tests d'expression génique en clinique que l'oncologue doit intégrer dans sa pratique et, d'autre part, une exigence croissante pour le travail en interdisciplinarité, particulièrement le recours à un CTC. L'oncologue n'est donc plus seul dans son obligation de prodiguer des soins à son patient atteint de cancer.

L'étude des obligations de soigner et de suivre de l'oncologue dans l'utilisation de tests d'expression génique a permis de déterminer qu'il doit s'assurer de maintenir une pratique conforme au standard du médecin prudent et diligent dans des circonstances données. Ainsi, face à un dilemme thérapeutique découlant de l'utilisation de tels tests, l'oncologue traitant doit s'assurer de suivre les données scientifiques disponibles et de consulter en cas d'incertitude dans le choix. Pour certains tests et cas de cancer complexes, le recours à un CTC est déjà prévu dans des *soft-laws*. Il est incertain si le recours à un CTC fait partie de l'obligation de soigner, mais la jurisprudence révèle que celle-ci peut le devenir dans certains cas.

Par contre, la jurisprudence est silencieuse quant à la qualification de la relation juridique entre l'oncologue traitant et le CTC. Notre analyse comparative suggère que le recours à un CTC est juridiquement assimilable à un acte de consultation, ce qui a permis de situer les rôles et les obligations des différents intervenants de la santé impliqués et de déterminer la responsabilité de l'oncologue face aux décisions du CTC. Ainsi, ce dernier doit se comporter comme tout médecin traitant qui rapporte une deuxième opinion à son patient. Cependant, l'existence de plusieurs consultants pour un même patient qui interviennent simultanément avec l'oncologue traitant soulève plusieurs questions sur la détermination de la responsabilité médicale.

L'analyse juridique a démontré que chaque médecin, en common law, avait un *duty of care* envers le patient, et, en droit civil, une relation juridique extracontractuelle avec celui-ci, bien qu'il n'y ait pas de contact en personne entre eux. L'acte de plusieurs médecins dans les soins d'un même patient peut ainsi faire naître des obligations communes. De ce fait, l'oncologue de

même que les autres intervenants de la santé peuvent être responsables pour le même dommage causé par une violation d'obligations communes. Cette analyse de la responsabilité médicale a permis de noter l'importance que les différents intervenants de la santé participant à un CTC soient conscients du risque d'engager leur responsabilité, bien que ces derniers ne rencontrent jamais le patient.

L'analyse juridique réalisée dans ce texte a permis de révéler la présence d'importantes limites et ambiguïtés aux régimes actuels d'obligations et de responsabilité médicales. La complexité de la pratique en oncologie n'ira pas en diminuant, sachant les avancées de la technologie génomique et la pression croissante de recourir à l'interdisciplinarité pour offrir de meilleurs traitements au patient. La collaboration intra et interprofessionnelle continuera à être une avenue intéressante pour faire face à cette complexité. Bien que ces régimes de responsabilité soient adaptables au nouveau contexte entourant la pratique en oncologie, une clarification du cadre d'exercice de l'activité de l'oncologue et des CTC par les ordres professionnels et le législateur, ou éventuellement par les tribunaux, s'avère importante.

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : LA « RAISONNABILITÉ » SELON DUNSMUIR : DICHOTOMIE ENTRE LA COUR SUPRÊME DU CANADA ET LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Auteur(s) : Pierre BRABANT

Revue : RDUS, 2015, volume 45, numéro 3

Pages : 417-467

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/9918>

DOI : <http://dx.doi.org/10.17118/11143/9918>

Page vide laissée intentionnellement.

LA « RAISONNABILITÉ » SELON *DUNSMUIR* : DICHOTOMIE ENTRE LA COUR SUPRÊME DU CANADA ET LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

par Pierre BRABANT*

*Cet article s'intéresse à l'application des règles énoncées par la Cour suprême du Canada à l'égard de l'appréciation de la « raisonnable » de la décision d'un tribunal administratif faisant l'objet d'un contrôle judiciaire. Elle révèle l'existence d'un écart significatif entre les principes énoncés par la Cour suprême depuis l'arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick* et leur application par la Cour d'appel du Québec. Pour y parvenir, l'auteur a d'abord fait une synthèse des règles fondant la détermination de la norme de contrôle judiciaire et de son évolution jurisprudentielle auprès des cours de juridiction fédérale et provinciale. Il s'est ensuite attardé au pouvoir d'intervention des cours judiciaires lors d'un contrôle judiciaire, notamment au regard la norme de la décision raisonnable. Il termine son analyse par une étude comparative des jugements de la Cour suprême avec 82 jugements de la Cour d'appel du Québec contenant l'expression « issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit » mentionnée au paragraphe 47 de l'arrêt *Dunsmuir*.*

---

*This article examines the application of the Supreme Court of Canada's [SCC] guidelines with respect to appreciation of the "reasonableness" of an administrative tribunal's decision under judicial review. In so doing, it reveals a significant gap between the principles put forth by the SCC since *Dunsmuir v New Brunswick* and their application by Quebec's Court of Appeal. The writer begins by summarizing the rules setting the standard relating to judicial review and the evolving manner in which Federal and Provincial courts have applied this standard. He then examines the power of interventions by the courts in light of the reasonableness standard. The writer completes his analysis by means of a comparative examination of judgments of the SCC and eighty-two judgments rendered by Quebec's Court of Appeal which contain the phrase "[...] possible, acceptable outcomes which are defensible in respect of the facts and law [...]", as found in paragraph 47 of the *Dunsmuir* decision.*

---

* . Étudiant à l'École du Barreau et conseiller en relations industrielles agréé depuis 2004. L'auteur tient à remercier Me Jean Carol Boucher (L.L.D.) ainsi qu'André Braën (D.C.L.), Pierre Thibault (LL. L.), David Robitaille (Ph.D.), Julie Paquin (D.C.L.) et Katherine Lippel (LL.M.), professeurs à la Faculté de droit civil de l'Université d'Ottawa, pour leur patience, leurs encouragements et leurs judicieux conseils durant ses études à la licence en droit. Nos remerciements vont également à Mmes Laurence Azgour et Claire Moissan pour leur assistance à la rédaction de cet article.

SOMMAIRE

INTRODUCTION	419
1. L'APPROCHE RELATIVE À LA NORME DE CONTRÔLE	422
1.1 Première étape : vérifier la présence de précédents pour la question de droit posée	422
1.2 Deuxième étape : analyse contextuelle	424
1.2.1 Détermination de la norme de la décision correcte	424
1.2.1.1 Questions de droit d'importance capitale pour le système judiciaire canadien	424
1.2.1.2 Les véritables questions de compétence	426
1.2.2 Détermination de la norme de la décision raisonnable	427
1.3 Pouvoirs d'intervention de la cour lors d'un contrôle judiciaire	430
1.3.2.1 la notion d'« <i>intelligibilité d'une décision</i> »	431
1.3.2.2 la notion « [...] d' <i>issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit</i> »	433
2. LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC	435
2.1 Jurisprudence contradictoire sur la détermination de la norme de contrôle du Tribunal des droits de la personne	435
2.2 Analyse de la « <i>raisonnabilité</i> » d'une décision	437
2.2.1 Jugements ne contenant aucun critère	441
2.2.2 Jugements ne contenant qu'un critère	443
2.2.3 Jugements contenant deux critères	444
2.2.4 Jugements contenant trois critères	446
2.2.5 Jugements contenant quatre critères	447
CONCLUSION	449
ANNEXES	
Note 62	455
Note 72	459

INTRODUCTION

« Je participe à cette quête depuis 25 ans. Et, je dois l'avouer, l'image des tribus d'Israël errant 40 ans dans le désert me vient parfois à l'esprit à cet égard. J'ai néanmoins bon espoir que ce long périple touche à sa fin »¹.

Telles ont été les paroles de la très honorable Beverley McLachlin, juge en chef de la Cour suprême du Canada, lors d'un discours prononcé le 27 mai 2013, pour exprimer la difficulté des cours judiciaires de préserver un juste équilibre entre le respect des pouvoirs attribués par l'État aux tribunaux administratifs et le pouvoir d'intervention des tribunaux judiciaires en tant que gardiens de la primauté du droit (*Rule of law*), par la voie du contrôle judiciaire. Les raisons de ce conflit s'expliquent bien. Les tribunaux administratifs, grâce à leur fonctionnement simple, flexible et accessible, assurent la pérennité de notre système de justice moderne. Une intervention trop envahissante des tribunaux judiciaires sur les tribunaux administratifs risquerait d'effriter l'efficacité des tribunaux administratifs, et ainsi de mettre en péril tout notre système de justice basé sur cette règle fondamentale qu'est la primauté du droit. C'est pourquoi les cours de justice n'interviennent que lorsque les tribunaux administratifs contreviennent à des règles fondamentales de forme ou de fond qui démontrent que leur décision excède le mandat que le législateur a voulu leur confier. Ces règles ont été regroupées à travers le temps dans différentes catégories sous le terme de « *normes de contrôle judiciaire* ».

---

1. COUR SUPRÊME DU CANADA, Tribunaux administratifs et tribunaux judiciaires : une relation en évolution, Allocution de la très honorable Beverley McLachlin, C.P., Juge en chef du Canada, 6^e Congrès international et 29^e Congrès annuel du Conseil des tribunaux administratifs canadiens, Toronto (Ontario), le 27 mai 2013, [en ligne], <http://www.scc-csc.gc.ca/court-cour/judges-juges/spe-dis/bm-2013-05-27-fra.aspx> (consulté le 13 novembre 2014).

Au cours des années 1970, le législateur a commencé à introduire des clauses privatives dans la loi habilitante des organismes administratifs afin de les mettre à l'abri des interventions, jugées trop fréquentes, des cours de justice des décennies précédentes. Ainsi, en 1979, dans l'arrêt *Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 1963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*², la Cour suprême a énoncé que les tribunaux administratifs bénéficiant d'une clause privative étaient des tribunaux spécialisés dans leur champ de compétence. Leurs décisions n'étaient susceptibles d'un contrôle judiciaire que dans deux situations, qualifiées de norme de contrôle, soit la « *décision manifestement déraisonnable* » pour les erreurs intra juridictionnelles et « *l'erreur simple* » pour les erreurs juridictionnelles ou de compétence. La décision manifestement déraisonnable commandait une très grande retenue des tribunaux judiciaires dans leur pouvoir d'intervention tandis que l'erreur simple ne commandait aucune retenue.

En 1988, dans l'arrêt *U.E.S., local 298 c. Bibeault*³, la Cour suprême a énoncé la nouvelle notion « *d'analyse pragmatique et fonctionnelle* » pour déterminer la norme de contrôle applicable à la décision du tribunal administratif contestée. Outre la clause privative, les tribunaux judiciaires devaient tenir compte de divers éléments, tels le libellé de la disposition législative qui confère la compétence au tribunal administratif, l'objet de la loi qui crée le tribunal, la raison d'être de ce tribunal, le domaine d'expertise de ses membres et la nature du problème soumis au tribunal⁴. De plus, l'analyse pragmatique et fonctionnelle établissait que l'erreur intra juridictionnelle touchait les questions de droit qui relèvent de la compétence du tribunal spécialisé, mais aussi de la disposition qui circonscrit cette compétence⁵. En 1997, la Cour suprême a introduit une troisième norme de contrôle : la norme de la décision

---

2. *Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 1963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227.

3. *U.E.S., local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048.

4. *Id.*, par. 122.

5. *Id.*

raisonnable *simpliciter*⁶. Il s'agit d'une norme intermédiaire entre la norme de la décision manifestement déraisonnable et la norme de la décision correcte. Elle se distinguait de l'erreur manifestement déraisonnable par le caractère « *flagrant ou évident* » de l'erreur. Alors que dans le cas du « manifestement déraisonnable », l'erreur devait être manifeste, dans le cas de l'erreur *simpliciter*, il fallait un examen approfondi des motifs pour l'établir⁷.

Ces normes de contrôle ont été appliquées par les tribunaux judiciaires jusqu'à l'arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*⁸ en 2008. Au nom de la majorité des juges de la Cour suprême, les juges Lebel et Bastarache ont énoncé que la distinction entre la norme de la décision manifestement déraisonnable et la décision raisonnable *simpliciter* était « *illusoire* »⁹ et, qu'en conséquence, il était nécessaire de fusionner ces deux normes sous l'appellation de la norme de la « *décision raisonnable* ». Dès lors, le nombre de normes de contrôle était réduit de trois à deux, soit celle de la « *décision correcte* » et celle de la « *décision raisonnable* ». L'analyse afférente à la détermination de la bonne norme de contrôle est nommée « *approche relative à la norme de contrôle* ». Notre travail a l'intention de présenter cette nouvelle approche développée dans l'arrêt *Dunsmuir* par les juges Lebel et Bastarache. Pour ce faire, nous allons présenter l'approche relative à la norme de contrôle développée par ces derniers. Nous allons par la suite définir les pouvoirs d'intervention des cours judiciaires dans le cadre d'un contrôle judiciaire assujéti à la norme de contrôle de la décision correcte, puis celle de la décision raisonnable. Finalement, nous allons analyser l'application de la norme de la décision raisonnable à travers plusieurs arrêts de la Cour suprême et de la Cour d'appel du Québec à l'égard du critère de l'intelligibilité d'une décision d'un décideur administratif et la signification du terme « *issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit* ».

---

6. Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc. [1997] 1 R.C.S. 748.

7. *Id.*

8. *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick* 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190.

9. *Id.*, par. 41.

1. L'APPROCHE RELATIVE À LA NORME DE CONTRÔLE

1.1 Première étape : vérifier la présence de précédents pour la question de droit posée

Selon les juges Lebel et Bastarache, la détermination de la norme de contrôle d'une décision d'un organisme administratif se fait en deux étapes bien distinctes. La première est de vérifier si la jurisprudence a déjà établi de manière satisfaisante le degré de déférence correspondant à une catégorie de questions en particulier à l'égard de l'organisme administratif visé par la décision contestée. Le cas échéant, ce sera cette norme de contrôle qui s'appliquera. Cette étape est relativement simple et la Cour a estimé qu'« *il n'est pas toujours nécessaire de se livrer à une analyse exhaustive pour arrêter la bonne norme de contrôle* »¹⁰.

Les tribunaux judiciaires ne se sont pas souvent référés à la jurisprudence antérieure pour déterminer la norme de contrôle judiciaire. Cela s'est cependant produit à la Cour fédérale lorsqu'elle a dû déterminer quelle norme appliquer à l'égard du contrôle judiciaire de la décision de la Section d'appel des réfugiés (SAR) comme tribunal d'appel d'une décision de la Section de la protection des réfugiés (SPR)¹¹. La Cour d'appel fédérale s'est également référée à la jurisprudence pour appliquer la norme de la décision correcte dans le cas du contrôle judiciaire d'une consultation publique pour évaluer l'impact environnemental d'un projet de centrale hydroélectrique dans la partie inférieure du fleuve Churchill

---

10. *Id.*, par. 57.

11. *Alvarez c. Canada (Citoyenneté et Immigration Alvarez c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2014 CF 702, par. 17 (en l'espèce, la Cour a jugé qu'il n'était pas nécessaire d'effectuer une analyse complète de la norme à appliquer puisque la jurisprudence a maintes fois statué que la norme de contrôle est celle de la décision correcte. Cette tendance n'est toutefois pas unanime comme le souligne le juge Martineau dans l'affaire *Monia Patricia Djossou c. Le ministre de la citoyenneté et de l'immigration*, 2014 CF 1080, par. 18. Il a lui-même appliqué la norme de la décision raisonnable).

(Labrador)¹². Il en fut de même pour la Cour d'appel du Québec a dans l'arrêt *Syndicat des infirmières, inhalothérapeutes, infirmières auxiliaires du Coeur du Québec (SIIACQ) c. Centre hospitalier régional de Trois-Rivières* au regard du contrôle judiciaire d'une sentence arbitrale qui avait rejeté le grief d'un travailleur qui avait fait des fausses déclarations dans un questionnaire pré-embauche¹³.

En ce qui a trait à la Cour suprême, la norme de la décision correcte a été appliquée à partir de la jurisprudence dans l'arrêt *Northrop Grumman Overseas Services Corp. c. Canada (Procureur général)*¹⁴. Dans cet arrêt, la Cour devait décider si le Tribunal Canadien du Commerce extérieur (TCCE) était compétent pour disposer d'une plainte déposée par une entreprise américaine (siégeant au Delaware) qui contestait la violation de l'article 506 (6) de l'*Accord sur le commerce intérieur* (ACI). Au paragraphe 10 du jugement, la Cour a mentionné que « la jurisprudence a établi que les décisions du TCCE portant sur la question de savoir si un sujet relève de sa compétence, doivent faire l'objet d'un contrôle selon la norme de la décision correcte »¹⁵.

-
12. *Conseil des Innus de Ekuanitshit c. Canada (Procureur général)*, 2014 CAF 189, par. 82 (faisant siens les propos énoncés par le juge Binnie dans *Beckman c. Première nation de Little Salmon/ Carmacks*, 3 R.C.S. 103, par. 48 et 77 [Little Salmon], la Cour a déterminé que la « **norme de contrôle ... à l'égard du caractère adéquat de la consultation, est celle de la décision correcte** », mais cela doit tout de même « être évalué à la lumière du rôle et de la fonction de la consultation au regard des faits de l'espèce, et de la question de savoir si cet objectif a été rempli au regard des faits »).
13. *Syndicat des infirmières, inhalothérapeutes, infirmières auxiliaires du Coeur du Québec (SIIACQ) c. Centre hospitalier régional de Trois-Rivières*, 2012 QCCA 1867, par. 22 (L'une des questions posées à la Cour d'appel était de savoir si un arbitre de griefs avait erronément rejeté un grief de congédiement d'un salarié qui avait fait de fausses déclarations dans un questionnaire pré-embauche. En se référant à l'arrêt *Syndicat des professionnelles du Centre jeunesse de Québec (CSN) c. Desnoyers*, le juge Rochette a déterminé que la norme applicable était celle de la décision correcte).
14. *Northrop Grumman Overseas Services Corp. c. Canada (Procureur général)*, [2009] 3 R.C.S. 309.
15. Voir aussi *Canada (Procureur général) c. Symtron Systems Inc.*, [1999] 2 C.F. 514 (C.A.), par. 45; *E.H. Industries Ltd. c. Canada (Ministre des*

1.2 Deuxième étape : analyse contextuelle

Si cette première démarche s'avère infructueuse, la Cour doit entreprendre l'analyse d'éléments qui permettent d'arrêter la bonne norme de contrôle. Dans cette deuxième étape, les juges Lebel et Bastarache proposent de procéder à une analyse contextuelle en tenant compte de la nature de la question posée et de l'expertise du tribunal administratif faisant l'objet de la demande de contrôle judiciaire. Comme nous le verrons plus loin, la Cour a établi une présomption en faveur de la norme de la décision raisonnable. Cette dernière peut être renversée si l'analyse contextuelle révèle que la norme applicable est celle de la décision correcte.

1.2.1 Détermination de la norme de la décision correcte

La norme de la décision correcte s'applique lorsque la Cour est saisie d'une question de droit qui revêt une importance capitale pour son ensemble et étrangère au domaine d'expertise du tribunal administratif. Cette norme s'applique également lorsque la Cour est saisie d'une question touchant véritablement à la compétence, c'est-à-dire à la délimitation des compétences respectives des tribunaux concurrents et à une question constitutionnelle touchant au partage des pouvoirs entre le Parlement et les provinces dans la Loi constitutionnelle de 1867¹⁶.

1.2.1.1 Questions de droit d'importance capitale pour le système judiciaire canadien

Selon notre étude de la jurisprudence post-*Dunsmuir*, les « questions de droit d'importance capitale pour le système judiciaire canadien » semblent avoir été réservées à des questions de justice naturelle ou d'équité procédurale. Par exemple, la Cour fédérale a appliqué cette norme lors du contrôle judiciaire d'une décision du

---

Travaux publics et des Services gouvernementaux), 2001 CAF 48, par. 5; *Siemens Westinghouse Inc. c. Canada (Ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux)*, 2001 CAF 241, par. 15 et *Zenix Engineering Ltd. c. Construction de Défense (1951) Ltée*, 2008 CAF 109, par. 19.

16. Préc., note 9, par. 59-60.

Service canadien du renseignement de sécurité (SCRS) qui rejetait une demande de communication de renseignements personnels à un individu qui avait fait l'objet d'une enquête par ce service¹⁷. En matière de droit du travail, la Cour d'appel fédérale a appliqué la norme de la décision correcte pour décider de la légalité d'une sentence arbitrale rendue par un cadre supérieur du gouvernement fédéral en vertu des articles 208 et 214 de la *Loi sur les relations du travail dans la fonction publique* (LRTFP)¹⁸.

Quant à la Cour suprême, elle a appliqué la norme de la décision correcte pour des raisons d'équité procédurale dans une demande d'*habeas corpus* en milieu carcéral dans l'arrêt *Établissement de Mission c. Khela*¹⁹. Cette demande avait pour but de contester la décision de la directrice d'un pénitencier à sécurité moyenne de transférer un détenu dans un pénitencier à sécurité

-
17. *Braunschweig c. Canada (Sécurité publique)*, 2014 CF 218 (Le SCRS justifiait sa décision par le fait que les fichiers visés par la demande étaient soustraits à l'application de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* (LPR) selon l'article 22 (1) b) de cette même loi. À cet effet, la Cour suprême a déclaré que la norme de contrôle est celle de la décision correcte si l'institution fédérale décide que la description des renseignements demandés correspond ou non à une exception visée par l'article 22 (1) a) de la LPR. Elle est par ailleurs celle de la décision raisonnable lorsque l'institution fédérale applique son propre pouvoir discrétionnaire de ne pas communiquer le renseignement demandé en vertu de l'article 22(1) b) de la même loi.).
18. *Appleby-Ostroff c. Canada (Procureur général)*, 2011 CAF 84, par. 22-23 (Constatant que l'article 214 de la LRTFP mentionne que ces décisions sont « définitives et exécutoires pour l'employé-e », la Cour d'appel fédérale a considéré que le manque d'indépendance du décideur prévu à cette disposition ne commande aucune retenue judiciaire). Voir aussi *Chantal Renaud c. Procureur général du Canada*, 2013 CF 18 aux para 24-32; *Dan c. Wilson c. Procureur général du Canada*, 2010 CF 250, par. 10; *Lillian Shneidman c. Procureur général du Canada*, 2007 CAF 192, par. 15-21.
19. *Établissement de Mission c. Khela*, [2014] 1 R.C.S. 502 (elle est par ailleurs celle de la décision raisonnable lorsque le commissaire ou le directeur de l'établissement refuse la communication de renseignements lorsque, conformément à l'article 27 (3) de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition* (L.C. 1992, ch. 20), « il a des motifs raisonnables de croire que la communication de ces renseignements pourrait mettre en danger la sécurité du pénitencier, la sécurité d'une personne, ou pourrait compromettre la tenue d'une enquête », par. 89.)

maximale, suite à une enquête qui avait révélé que le détenu avait commandé une agression au couteau sur un autre détenu en échange de trois grammes d'héroïne. La Cour s'est penchée sur la détermination de la norme de contrôle applicable aux motifs à l'appui de la décision, ainsi qu'à la procédure d'enquête de l'établissement²⁰. Sur ce dernier aspect, la Cour a vérifié si la décision de transfert du détenu avait été faite dans le respect de l'équité procédurale. En l'espèce, la directrice avait refusé au détenu d'obtenir certains détails de l'enquête, ce qui l'empêchait d'évaluer la fiabilité des délateurs. Elle avait également refusé de lui communiquer la matrice de notation sur laquelle elle avait fondé la réévaluation de sa cote de sécurité²¹. Au paragraphe 79 de cet arrêt, le juge Lebel a mentionné que :

[...] la possibilité de contester une décision au motif qu'elle est déraisonnable ne change pas nécessairement la norme de révision applicable aux autres lacunes de la décision ou du processus décisionnel. **Par exemple, la norme applicable à la question de savoir si la décision a été prise dans le respect de l'équité procédurale sera toujours celle de la « décision correcte ».** (Nous soulignons)

1.2.1.2 Les véritables questions de compétence

La catégorie des « *véritables questions de compétence* » est de portée très restreinte²². La jurisprudence post-*Dunsmuir* confirme l'application très exceptionnelle de cette catégorie. La Cour suprême a, plus tard, remis en cause l'existence même de cette catégorie de questions en l'incorporant aux questions assujetties à la présomption de la norme de la décision raisonnable²³.

20. *Établissement de Mission c. Khela*, [2014] 1 R.C.S. 502, par. 79.

21. *Id.*, par. 93.

22. *Nolan c. Kerry (Canada) Inc.*, [2009] 2 RCS 678, par. 32-34.

23. *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, [2011] 3 R.C.S. 654, par. 34 (le juge Rothstein mentionne « [...] au vu de la jurisprudence récente, le temps est peut-être venu de se demander si, aux fins du contrôle judiciaire, la catégorie des véritables questions de compétence existe et si elle est nécessaire pour arrêter la norme de contrôle applicable. Cependant, faute de plaidoirie sur ce point

1.2.2 Détermination de la norme de la décision raisonnable

La norme de la décision raisonnable est déterminée selon une analyse similaire à l'analyse pragmatique et fonctionnelle introduite dans l'arrêt *Bibeault*²⁴. Selon le plus haut tribunal du pays, lorsqu'un le tribunal administratif qui est visé par une demande de contrôle est investi d'une clause privative, possède une expertise spécialisée dans un domaine administratif distinct et particulier, et qu'il a rendu une décision portant sur l'interprétation et l'application de sa propre loi constitutive, il y a lieu de *présumer* que la norme de contrôle applicable est celle de la décision raisonnable²⁵. Ces critères ne déterminent pas, à eux seuls, le choix de la bonne norme de contrôle²⁶. La norme de la « *raisonnabilité* » est applicable selon la nature et le contexte de la question pour laquelle la Cour est saisie. Ainsi, la Cour suprême a déterminé la norme de la décision raisonnable lorsqu'elle a été saisie d'une question portant sur l'interprétation de la loi constitutive de l'organisme administratif²⁷ d'une loi, une règle de droit civil ou de

---

en l'espèce, je me contente d'affirmer que, sauf situation exceptionnelle — et aucune ne s'est présentée depuis *Dunsmuir* —, il convient de présumer que l'interprétation par un tribunal administratif de « sa propre loi constitutive ou [d'] une loi étroitement liée à son mandat et dont il a une connaissance approfondie » est une question d'interprétation législative commandant la déférence en cas de contrôle judiciaire ». (nous soulignons)).

24. Préc., note 4.

25. *ATCO Gas and Pipelines Ltd. c. Alberta (Utilities Commission)*, 2015 CSC 45, par. 28. Voir aussi *Ontario (Commission de l'énergie) c. Ontario Power Generation Inc.*, 2015 CSC 44, par. 73; *Mouvement laïque québécois c. Saguenay (Ville)*, 2015 CSC 16, par. 46. Voir aussi *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Procureur général)*, 2 R.C.S. 135, aux para 55; *Front des artistes canadiens c. Musée des beaux-arts du Canada*, [2014] 2 R.C.S. 197 (« MBA »), par. 13; *Khosa*, par. 25; *Smith c. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 CSC 7, [2011] 1 R.C.S. 160, aux para 26 et 28; *Dunsmuir*, par. 54.

26. À l'exception des arrêts *Rogers* et *Tervita* dans lesquels le juge Rothstein a appliqué la norme de la décision correcte, tel que nous l'avons expliqué aux paragraphes précédents.

27. *Untel c. Ontario (Finances)*, 2014 CSC 36. Voir aussi *Martin c. Alberta (Workers' Compensation Board)*, 1 R.C.S. 546; *Nolan c. Kerry (Canada) Inc.*, [2009] 2 R.C.S. 678, par. 31; *Smith c. Alliance Pipeline Ltd.*, [2011] 1 R.C.S. 160, par. 22; *Bell Canada c. Bell Aliant Communications régionales*, [2009]

common law étroitement liée à son mandat²⁸ ou son domaine spécialisé et dont il a une connaissance approfondie²⁹, mais aussi lorsqu'elle a été saisie d'une question touchant aux faits de la cause ou d'une question mixte de faits et de droits, au pouvoir discrétionnaire de l'organisme administratif³⁰ et à la politique.

À titre d'illustration, la norme de la décision raisonnable a été appliquée par les cours de justice pour des demandes de

---

2 R.C.S. 764, par. 38; *Desbiens c. Compagnie Wal-Mart du Canada*, [2009] 3 R.C.S. 540, par. 6; *Plourde c. Compagnie Wal-Mart du Canada Inc.*, [2009] 3 R.C.S. 465, par. 34; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, [2011] 3 R.C.S. 654, par. 29 (en l'espèce, sur le calcul d'un délai prévu dans sa loi constitutive); voir aussi *McLean c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, [2013] 3 R.C.S. 895; *Association des courtiers et agents immobiliers du Québec c. Proprio Direct inc.*, [2008] 2 R.C.S. 195, par. 21 (en l'espèce un comité de discipline composé d'experts. La loi constitutive ne contenait pas de clause privative, mais la Cour a jugé que l'absence de cette clause n'était pas déterminante pour l'établissement de la norme de contrôle); *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, [2009] 1 R.C.S. 339, par. 57 (en l'espèce, la section d'appel de l'immigration (SAI), laquelle peut, selon l'article 67 de la *Loi sur l'immigration et des personnes réfugiées* (LIPR), décider si « pour des motifs humanitaires » « justifient des mesures spéciales » sur le renvoi d'une personne); *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, [2011] 3 R.C.S. 471, par. 15-27 (en l'espèce, sur l'adjudication de dépens par le Tribunal).

28. *Ontario (Sécurité communautaire et Services correctionnels) c. Ontario (Commissaire à l'information et à la protection de la vie privée)*, 2014 CSC 31, par. 27 (en l'espèce, la *Loi Christopher*); *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, [2011] 3 R.C.S. 654; *Doré c. Barreau du Québec*, 2012 CSC 12, par. 45 (pour savoir si le comité de discipline du Barreau a bien appliqué les garanties visées par la Charte dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire).

29. *R. c. Conway* [2010] 1 R.C.S. 1659, par. 79; *Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Whatcott*, [2013] 1 R.C.S. 467, par. 168 (bien qu'en l'espèce, les décisions contestées portaient sur des questions de nature constitutionnelle, elles touchaient essentiellement à des questions de fait et relevaient de la compétence spécialisée de l'organisme administratif en vertu de sa loi habilitante).

30. *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, [2009] 1 R.C.S. 339, par. 57; *Montréal (Ville) c. Administration portuaire de Montréal*, [2010] 1 R.C.S. 427, par. 36, *Halifax (Regional Municipality) c. Nouvelle-Écosse (Human Rights Commission)*, [2012] 1 R.C.S. 364, par. 17.

contrôle judiciaire contestant la décision d'une institution fédérale de ne pas communiquer des renseignements, en vertu de la *Loi sur l'accès à l'information*³¹, d'un agent administratif qui décide du transfert non sollicité d'un détenu,³² d'un arbitrage de griefs,³³ d'un règlement municipal,³⁴ des décisions juridictionnelles prises par le gouverneur en conseil³⁵, de l'exercice du pouvoir discrétionnaire

-
31. Préc., note 18, par. 23 (exclusivement lorsqu'il s'agit de déterminer si les documents demandés relèvent de l'institution fédérale ou non, sauf si elle n'est pas entachée d'une erreur manifeste et dominante. La norme de contrôle de la décision correcte s'applique dans les autres cas). Voir aussi *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Ministre de la Défense nationale)*, [2011] 2 R.C.S. 306, par. 22.
  32. Préc., note 20, par. 74 (à cet égard, la Cour a énoncé qu'« Une décision est considérée comme déraisonnable et, partant, illégale, si les droits à la liberté d'un détenu sont sacrifiés en l'absence de toute preuve, sur la foi d'une preuve non fiable, d'une preuve non pertinente ou d'une preuve qui n'étaye pas la conclusion. »)
  33. *Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier, section locale 30 c. Pâtes & Papier Irving, Ltée*, [2013] 2 R.C.S. 458; *Compagnie Wal-Mart du Canada c. Travailleuses et travailleurs unis de l'alimentation et du commerce, section locale 503*, 2012 QCCA 903, *Newfoundland and Labrador Nurses' Union c. Terre-Neuve-et-Labrador (Conseil du Trésor)*, 2011 CSC 62, [2011] 3 R.C.S. 708; *Nor-Man Regional Health Authority Inc. c. Manitoba Association of Health Care Professionals*, [2011] 3 R.C.S. 616, par. 39.
  34. *Catalyst Paper Corp. c. North Cowichan (District)*, 2012 CSC 2 [2012] 1 R.C.S. 5 au para 19 (pour juger du caractère raisonnable d'un règlement municipal, la Cour doit tenir compte de la grande variété de facteurs dont les conseillers municipaux élus peuvent légitimement tenir compte lorsqu'ils adoptent des règlements, y compris des facteurs généraux d'ordre social, économique et politique.)
  35. *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Procureur général)* 2014 CSC 40 (en vertu de l'article 40 de la *Loi sur les transports*).

d'un ministre³⁶, ou du directeur d'un comité administratif³⁷. Cette présomption de « *raisonnable* » peut être renversée lorsque l'analyse contextuelle révèle que le législateur n'avait pas l'intention de protéger la compétence de l'organisme administratif pour la question de droit posée. La Cour suprême a renversé cette présomption à trois reprises dans les arrêts *Rogers*³⁸ et *Tervita*³⁹ et *Mouvement laïque québécois*⁴⁰.

1.3 Pouvoirs d'intervention de la Cour lors d'un contrôle judiciaire

Les pouvoirs d'intervention des cours judiciaires diffèrent selon la norme de contrôle établie. Lorsque la norme de contrôle est celle de la décision correcte, la Cour entreprend sa propre analyse et elle décide si elle est d'accord ou non avec la conclusion du décideur. En cas de désaccord, elle lui substitue sa propre conclusion et rend la décision qui s'impose⁴¹.

À l'opposé de la norme de la décision correcte, la norme raisonnable appelle les cours de justice à faire preuve de déférence envers l'organisme administratif. Le pouvoir d'intervention de la Cour est limité à la vérification de quelques éléments reliés au caractère raisonnable de la décision contestée. Ces éléments ont trait à :

-
- 36. *Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, [2013] 2 R.C.S. 559, par. 50 (en l'espèce, dans l'interprétation de l'expression « *intérêt national* » pour accorder ou non une dispense ministérielle en vertu de l'article 34 (2) de la LIPR); *Halifax (Regional Municipality) c. Canada (Travaux publics et Services gouvernementaux)*, [2012] 2 R.S.C. 108, par. 37; *Lake c. Canada (Ministre de la Justice)*, [2008] 1 R.C.S. 761, par. 34 (décision d'un ministre de prendre ou non un arrêté d'extradition une fois le fugitif incarcéré).
  - 37. *Beckman c. Première nation de Little Salmon/Carmacks*, [2010] 3 R.C.S. 103, par. 48 (en l'espèce le Comité d'examen des demandes d'aliénation de terres du gouvernement du Yukon (CEDAT)).
  - 38. *Rogers Communications Inc. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, [2012] 2 R.C.S. 283.
  - 39. Préc., note 26.
  - 40. *Mouvement laïque québécois c. Saguenay (Ville)*, 2015 CSC 16.
  - 41. Préc., note 9, par. 36.

[...] la justification de la décision, la transparence et l'intelligibilité du processus décisionnel, ainsi qu'à l'appartenance de la décision aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit⁴².

Selon la Cour suprême, les cours de justice doivent d'abord respecter la volonté du législateur de s'en remettre, pour certaines choses, à des décideurs administratifs, ensuite respecter les raisonnements et les décisions fondées sur une expertise et une expérience dans un domaine particulier, enfin, respecter la différence entre les fonctions d'une cour de justice et celles d'un organisme administratif dans le système constitutionnel canadien⁴³.

Selon la jurisprudence et la doctrine, l'évaluation de la justification de la décision prévaut sur l'évaluation de son caractère raisonnable. La meilleure illustration est le fait qu'au sein d'un même organisme administratif, il puisse coexister deux décisions ou deux courants jurisprudentiels complètement contradictoires. Le juge judiciaire pourrait ne pas être en accord avec la décision rendue par le décideur administratif, mais il n'interviendra pas si le raisonnement et les motifs qui la soutiennent sont cohérents et se justifient au regard des faits et du droit⁴⁴.

1.3.2.1 La notion d'« intelligibilité d'une décision »

Près de dix ans avant l'arrêt *Dunsmuir*, la Cour suprême, dans l'arrêt *Baker*⁴⁵, avait défini l'intelligibilité d'une décision par « l'obligation des organismes administratifs de motiver leurs décisions en vertu des règles d'équité procédurale ». La récente

---

42. *Id.*, par. 47.

43. *Id.*, par. 47-50.

44. *Compagnie Wal-Mart du Canada c. Travailleuses et travailleurs unis de l'alimentation et du commerce, section locale 503*, 2012 QCCA 903, par. 90; Pierre LEMIEUX, *Droit administratif, Doctrine et jurisprudence*, 5^e édition, Sherbrooke, Les Éditions Revue de droit de l'Université de Sherbrooke, 2011, à la p. 681.

45. *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* [1999] 2 R.C.S. 817.

jurisprudence reprend essentiellement les mêmes notions que celles énoncées dans *Baker* :

- a) les motifs doivent permettre à la Cour de révision de comprendre le fondement de la décision du tribunal administratif;
- b) les motifs doivent être examinés en corrélation avec l'effet de la décision sur le droit des parties;⁴⁶
- c) selon les circonstances, le laconisme des motifs ne permet pas à lui seul de casser une décision;⁴⁷
- d) mais que dans certaines circonstances, l'absence de motifs peut constituer un manquement à l'équité procédurale⁴⁸.

Au paragraphe 14 de l'arrêt *Newfoundland and Labrador Nurses' Union c. Terre-Neuve-et-Labrador (Conseil du Trésor)*, le juge Abella, au nom de la majorité de la Cour, mentionne à cet effet que :

[...] Dunsmuir ne signifie pas que l'« insuffisance » des motifs permet à elle seule de casser une décision, ou que les cours de révision doivent effectuer deux analyses distinctes, l'une portant sur les motifs et l'autre, sur le résultat. Il s'agit d'un exercice plus global : les motifs doivent être examinés en corrélation avec le résultat et ils doivent permettre de savoir si ce dernier fait partie des issues possibles. Il n'est pas nécessaire que les motifs fassent référence à tous les arguments ou détails que le juge siégeant en révision aurait voulu y lire, mais cela ne met pas en doute leur validité ni celle du résultat. S'ils permettent à la cour de révision de comprendre le fondement de la décision du tribunal et de déterminer si la conclusion fait partie des issues possibles

---

46. *Id.*; voir aussi Comité exécutif de l'Ordre des ingénieurs du Québec c. Roy, 2011 QCCA 1707, par. 87.

47. *Id.*

48. *Pilorgé c. Le Comité exécutif du Collège des médecins & al*, 2013 QCCA 869, par. 19-49; *Frank Mastrocola c. Autorité des marchés financiers*, 2011 QCCA 995, par. 25-28.

acceptables, les motifs répondent alors aux critères établis dans *Dunsmuir*⁴⁹.

1.3.2.2 La notion « [...] d'issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit »

En plus de son obligation d'intelligibilité, une décision, pour être jugée raisonnable, doit faire partie des « *issues possibles et acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit*⁵⁰. » Selon l'auteur Denis Nadeau, cette expression signifie que « *l'interprétation du droit est toujours contextuelle*⁵¹. » L'arrêt *Dunsmuir* en est d'ailleurs l'un des meilleurs exemples. En effet, malgré la détermination de la norme de la question raisonnable, les juges Lebel et Bastarache ont considéré que la décision du décideur administratif (en l'espèce un arbitre de griefs) était déraisonnable puisque son interprétation du texte législatif faisait abstraction du contexte législatif lié au grief de congédiement du salarié, soit qu'étant en période de probation d'un organisme public le lien d'emploi du salarié relevait du droit privé⁵². Dans l'arrêt *Khosa*⁵³, le juge Binnie a précisé le principe de l'analyse contextuelle en indiquant que celle-ci doit s'adapter au contexte, bien qu'il n'y ait qu'une seule norme de « *raisonnabilité* »⁵⁴. En l'espèce, la Cour suprême devait décider si la Section d'appel en matière d'immigration (SAI) avait rendu une décision raisonnable en confirmant l'ordonnance de renvoi du résident permanent M. Khosa, déclaré coupable de négligence criminelle. L'analyse contextuelle du juge Binnie a consisté à tenir compte de la nature d'une audience devant la SAI et du pouvoir discrétionnaire conféré à ce tribunal par sa loi habilitante⁵⁵. L'arrêt *Khosa* est très significatif puisqu'il indique que la norme de la décision

---

49. Préc., note 47.

50. Préc., note 9, par. 47.

51. Denis NADEAU, « L'arrêt *Dunsmuir* : bilan quinquennal d'un contrôle judiciaire en redéfinition », (2013) 72 :1 R. du B., p 46.

52. *Id.*, p 47.

53. *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, [2009] 1 R.C.S. 339.

54. *Id.*, par. 59 (« [L]a raisonnabilité constitue une norme unique qui s'adapte au contexte »).

55. *Id.*, par. 62.

raisonnable, bien qu'elle soit unique, n'est néanmoins pas linéaire. Au surplus, cet arrêt vient préciser que l'application de l'analyse contextuelle dépend de la question posée et des faits de chaque cause. Les cours judiciaires sont appelées à considérer chaque demande de contrôle judiciaire, de manière non exhaustive, selon la nature de la décision contestée, les objectifs de la loi, du cadre juridique, législatif, historique ainsi que du mandat du tribunal et de son objet.

La Cour suprême a procédé à une approche similaire à celle utilisée dans *Khosa* dans l'arrêt *Nor-Man*⁵⁶, mais, cette fois, dans le prisme du droit du travail, plus spécifiquement en arbitrage de griefs. Cette forme d'analyse contextuelle utilisée dans les arrêts *Khosa* et *Nor-Man*, est maintenant présente dans tous les arrêts qui les ont suivis. On la retrouve par exemple dans l'arrêt *Montréal (Ville) c. Administration portuaire de Montréal*⁵⁷. Le litige portait sur un mode de calcul pour le paiement d'impôts fonciers. Pour décider de la *raisonnabilité* de la décision par des sociétés d'État fédérales, la Cour a pris en considération l'organisation du système fiscal concerné, l'objectif des dispositions législatives et réglementaires en cause, l'historique du régime de paiements de remplacement de taxe et la documentation parlementaire relative à la question des paiements effectués par le gouvernement fédéral en remplacement de l'impôt foncier. Il en fut également le cas dans l'arrêt *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*⁵⁸. Il s'agissait de savoir si la décision du tribunal des droits de la personne d'adjuger des dépens était raisonnable ou non. Pour ce faire, la Cour a tenu compte de l'historique législatif, de l'opinion de la Commission quant à son pouvoir d'accorder des dépens et a établi une comparaison avec des dispositions comparables provenant d'autres provinces canadiennes.

---

56. *Nor-Man Regional Health Authority Inc. c. Manitoba Association of Health Care Professionals*, [2011] 3 R.C.S. 616.

57. *Montréal (Ville) c. Administration portuaire de Montréal*, [2010] 1 R.C.S. 427.

58. *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, [2011] 3 R.C.S. 471.

2. LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Sans faire fi des principes énoncés par la Cour suprême, nous croyons que les arrêts de la Cour d'appel du Québec méritent une attention toute spéciale. Rappelons-nous qu'en 2015, seules 39 demandes d'autorisation d'appel à la Cour suprême sur 428 (dont 108 provenant du Québec) ont été accueillies et 9% seulement de ces demandes portaient sur le droit administratif⁵⁹. Il en résulte que dans la quasi-totalité des cas, la Cour d'appel du Québec s'avère la dernière instance pour les demandes de contrôle judiciaire. D'ailleurs, le 11 octobre 2015, le moteur de recherche Canlii nous a révélé que les cours québécoises ont rendu 4899 jugements contenant l'expression « *issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit.* »⁶⁰ Sans compter les demandes de permission d'appel⁶¹, 82 de ces jugements proviennent de la Cour d'appel du Québec⁶². Nous estimons que ces jugements ont été rendus avec les plus grands égards et que leurs effets sur l'état du droit sont tout aussi importants que ceux de la Cour suprême du Canada, auprès des praticiens du droit administratif au Québec.

2.1 Jurisprudence contradictoire sur la détermination de la norme de contrôle du Tribunal des droits de la personne

D'abord, à la lecture de l'arrêt *Mouvement laïque québécois c. Saguenay (Ville)*⁶³, il appert que la Cour d'appel s'est maintes fois

---

59. COUR SUPRÊME DU CANADA, Statistiques 2005 à 2015, [En ligne], <http://www.scc-csc.ca/case-dossier/stat/cat2-fra.aspx#cat2a> (consulté le 16 avril 2016).

60. Institut canadien de recherche juridique, [En ligne], <http://www.canlii.org/fr/qc/#search/type=decision&jId=qc&ccType=appellatecourts&sort=decisionDate&text=%C2%AB%20issues%20possibles%20acceptables%20pouvant%20se%20justifier%20au%20regard%20des%20faits%20et%20du%20droit.%C2%BB&origJId=qc>, (consulté le 11 octobre 2015).

61. Sauf l'arrêt *Commission scolaire Kativik c. Association des employés du Nord québécois*, 2013 QCCA 297, pour des raisons pratiques.

62. Afin de ne pas alourdir le texte, nous avons mis les 82 références à la fin du document.

63. Préc., note 41.

contredite sur la détermination de la norme de contrôle d'un « appel » d'une décision du Tribunal des droits de la personne (TDP). Une première approche applique la norme d'intervention propre à l'appel⁶⁴ comme si le TDP était un tribunal judiciaire de première instance, soit l'erreur « *manifeste et déterminante* », tandis que la deuxième approche, minoritaire, se réfère à l'approche relative à la norme de contrôle pour déterminer la norme de contrôle appropriée⁶⁵.

Après avoir exposé la jurisprudence propre aux deux courants jurisprudentiels⁶⁶, le juge Gascon a expliqué que les décisions du TDP doivent être examinées selon les principes propres aux tribunaux administratifs spécialisés, même si ce tribunal s'apparente à un tribunal judiciaire et que les articles 132 et 133 de la *Charte québécoise* prévoient un droit d'appel sur permission directement à la Cour d'appel. Aux paragraphes 40 à 42 de cet arrêt, le juge Gascon justifie son point de vue en ces mots :

---

64. *Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2 R.C.S. 235.

65. *Id.*, par. 31-32.

66. Pour la première approche, le juge Gascon se réfère aux arrêts *Association des pompiers de Laval c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, 2011 QCCA 2041; *Gaz Métropolitain inc. c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, 2011 QCCA 1201, [2011] R.J.Q. 1253, par. 32-34; *Commission scolaire des Phares c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, 2006 QCCA 82, [2006] R.J.Q. 378; *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. 9185-2152 Québec inc. (Radio Lounge Brossard)*, 2015 QCCA 577, par. 40-41; *Bertrand c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, 2014 QCCA 2199, par. 10; *Commission scolaire des Phares c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, 2012 QCCA 988, [2012] R.J.Q. 1022, par. 8; *Bombardier inc. (Bombardier Aerospace Training Center) c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, 2013 QCCA 1650, [2013] R.J.Q. 1541. Pour la deuxième approche, le juge Gascon se réfère aux arrêts *Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys c. Gallardo*, 2012 QCCA 908, [2012] R.J.Q. 1001, par. 47-51; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Dhawan*, 2000 CanLII 11031 (C.A. Qc), par. 11-12; *Compagnie minière Québec Cartier c. Québec (Commission des droits de la personne)*, 1998 CanLII 12609 (C.A. Qc), p. 5 des motifs de la juge Otis.

[40] D'abord, le Tribunal n'est pas un tribunal judiciaire visé par la Loi sur les tribunaux judiciaires, RLRQ, c. T-16. Il constitue un organisme créé par la Charte québécoise dont l'expertise porte principalement sur les affaires de discrimination (art. 71, 111 et 111.1 de la Charte québécoise). Sa compétence à cet égard est tributaire du mécanisme de réception et de traitement des plaintes instauré par la Charte québécoise et mis en œuvre par la Commission. À l'égard de ces plaintes, il se veut la continuité, comme organe juridictionnel, du mécanisme d'enquête préliminaire de la Commission (Gallardo, par. 39). Certains de ses membres sont nommés parmi les juges de la Cour du Québec ayant une expérience, une expertise et un intérêt pour les droits de la personne (art. 101). Les autres sont des assesseurs qui possèdent une expérience, une expertise et un intérêt dans le même domaine et qui assistent ces juges (art. 62, 101 et 104). Les membres sont nommés pour un mandat de cinq ans, renouvelable (art. 101).

[41] Ensuite, la procédure du Tribunal reflète également sa nature. Les règles qui le régissent se trouvent aux art. 110, 113 et 114 à 124 de la Charte québécoise. Elles précisent notamment que le Tribunal n'est pas strictement lié par les règles habituelles du Code de procédure civile, RLRQ, c. C-25 (« C.p.c. »). Les pouvoirs accordés au Tribunal lui confèrent la flexibilité requise pour remplir son mandat. Le processus se veut rapide et efficace, afin d'améliorer l'accès à la justice (Gallardo, par. 42-43; For-Net, par. 36-37).

[42] Enfin, la Charte québécoise protège la compétence du Tribunal à l'aide non seulement d'une clause privative (art. 109 al. 1), mais aussi d'une clause de renfort (art. 109 al. 2).

2.2 Analyse de la « raisonnabilité » d'une décision

Ensuite, il semble avoir un écart important entre les principes énoncés par la Cour suprême et leur application par la Cour d'appel du Québec, en ce qui a trait à l'application des règles d'appréciation de la « raisonnabilité » de la décision d'un tribunal administratif. Tel qu'expliqué précédemment, il n'appartient pas aux tribunaux de droit commun, dans le cadre de la décision

raisonnable, de juger du bien-fondé de la décision d'un tribunal administratif comme s'il s'agissait d'un appel ou de peser *de novo* les éléments de preuve sur lesquels la décision a été basée. Par ailleurs, l'analyse contextuelle promulguée depuis l'arrêt *Dunsmuir* devrait logiquement faire en sorte que la déférence accordée aux tribunaux administratifs s'avère d'une importance moindre dans le cadre de la décision raisonnable que dans le cadre de la décision manifestement déraisonnable. La question des conflits jurisprudentiels en est le meilleur exemple. Avant l'arrêt *Dunsmuir*, la Cour suprême dictait une retenue judiciaire en matière de conflit jurisprudentiel, tel qu'expliqué par la juge l'Heureux-Dubé dans l'arrêt *Domtar* :

[...] une intervention de la part d'une cour de justice risque de réduire à néant l'autonomie décisionnelle, l'expertise et l'efficacité du tribunal administratif et risque, par la même occasion, de contrecarrer l'intention première du législateur qui a déjà déterminé que le tribunal administratif est celui qui est le mieux placé pour se prononcer sur la décision contestée. Les tribunaux administratifs ont la compétence de se tromper dans le cadre de leur expertise, et l'absence d'unanimité est le prix à payer pour la liberté et l'indépendance décisionnelle accordées aux membres de ces tribunaux. Reconnaître l'existence d'un conflit jurisprudentiel comme motif autonome de contrôle judiciaire constituerait une grave entorse à ces principes, compte tenu que les tribunaux administratifs et le législateur ont le pouvoir de régler eux-mêmes- ces conflits ⁶⁷.

Tout en maintenant une certaine retenue envers la décision d'un décideur administratif, la norme de la décision raisonnable promulguée par l'arrêt *Dunsmuir* suggère une déférence plus flexible où les cours judiciaires peuvent intervenir lorsqu'

[...] une disposition ne se prête pas toujours à plusieurs interprétations raisonnables. Lorsque les méthodes habituelles d'interprétation législative mènent à une seule interprétation raisonnable et que le décideur administratif en

---

67. *Domtar Inc. c. Québec (Commission d'appel en matière de lésions professionnelles)*, [1993] 2 R.C.S. 756.

retient une autre, celle-ci est nécessairement déraisonnable, et nul droit à la déférence ne peut justifier sa confirmation. Dans ce cas, les « issues raisonnables possibles » se limitent nécessairement à une seule, que le décideur administratif doit adopter⁶⁸. (nous soulignons).

Or, tel qu'il appert de l'arrêt *Syndicat des cols blancs de Gatineau Inc. c. Regroupement professionnels de la Ville de Gatineau*,⁶⁹ il semble que la Cour d'appel ne se soit pas encore distancée de l'arrêt *Domtar* comme l'avait fait la Cour suprême depuis une dizaine d'années⁷⁰. En discutant de la compétence de la Commission des relations de travail, la juge Bich a déclaré au paragraphe 8 de cet arrêt que :

C'est à cet organisme qu'il revient d'interpréter les dispositions législatives pertinentes et de statuer sur leur application en fonction de la preuve qui lui sera présentée, preuve dont l'appréciation est de son entier ressort. C'est à elle également que revient le soin de trancher, le cas échéant, les controverses interprétatives qui peuvent naître en son sein, l'existence de telles controverses ne justifiant pas une intervention judiciaire. C'est ce que souligne la Cour suprême dans *Domtar Inc. c. Québec* (Commission d'appel en matière de lésions professionnelles), dont l'enseignement sur ce point demeure toujours actuel (même s'il est antérieur à l'arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, qui a redéfini les contours du contrôle judiciaire).

Une analyse objective des 82 jugements de la Cour d'appel précités nous a confirmé l'existence réelle de cet écart pour tout le processus d'analyse de la « raisonnabilité » de la décision d'un

---

68. *McLean c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, par. 38. Voir aussi *Dunsmuir*, par. 75; *Mowat*, par. 34, *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, [2009] 1 R.C.S. 339, par. 4.

69. *Syndicat des cols blancs de Gatineau Inc. c. Regroupement professionnels de la Ville de Gatineau*, 2013 QCCA 2037.

70. En effet, la Cour suprême a cité les principes de la décision manifestement déraisonnable de l'arrêt *Domtar* pour la dernière fois dans l'arrêt *Barrie Public Utilities c. Assoc. canadienne de télévision par câble* [2003] 1 RCS 476, par. 128.

tribunal administratif⁷¹. Pour y parvenir, nous avons vérifié si la Cour d'appel avait procédé à une analyse contextuelle des décisions contestées comme le fait la Cour suprême depuis l'arrêt *Dusmuir*. Nous avons retenu quatre critères parmi ceux expliqués au point 1.3.2.2 pour juger de la « raisonnabilité » d'une décision, soit l'objectif législatif de la disposition en cause, son historique législatif, le mandat du tribunal et son objet. Évidemment, tous ces jugements portaient sur l'appel d'une décision de la Cour supérieure ayant accueilli ou rejeté une requête en révision judiciaire d'une décision d'un décideur administratif. Chaque jugement a fait l'objet d'une lecture attentive sur la question de la norme de contrôle, notamment sur la signification donnée par la Cour d'appel à la notion « *d'issue possible et acceptable à l'égard des faits et du droit* ». Tel qu'il appert d'une la grille d'analyse annexée à cet article (par décision et par juge), la Cour d'appel n'a fait mention d'aucun des critères d'analyse énoncés par la Cour suprême dans le 2/3 des cas (51/82) et de un ou deux critères pour environ l'autre tiers (23/82)⁷². Plus de 2 critères d'analyse ont été appliqués moins de 10 % des jugements, soit 8 jugements sur 82⁷³. Selon toute vraisemblance, il appert que de dans près du 2/3 du temps, les juges de la Cour d'appel n'ont pas procédé à une analyse contextuelle ou l'ont fait que très sommairement. Mais quoique nous jugions souhaitable que la Cour d'appel analyse le caractère raisonnable d'un décideur administratif avec l'ensemble des critères énoncés par la Cour suprême, nous croyons que notre grille

---

71. Préc., note 64.

72. Voir le tableau analytique en annexe.

73. *Syndicat des employées et employés professionnels et de bureau, section locale 573 (CTC-FTQ) c. Commission de la construction du Québec*, 2015 QCCA 1054; *Syndicat des employées et employés professionnels et de bureau, section locale 574, SEPB, CTC-FTQ c. Groupe Pages jaune*, 2015 QCCA 918; *Leduc c. Montréal (Ville de)*, 2014 QCCA 876; *Université McGill c. Ong*, 2014 QCCA 458; *Syndicat du personnel technique et professionnel de la Société des alcools du Québec (SPTP) c. Société des alcools du Québec*, 2011 QCCA 1642; *Parizeau c. Barreau du Québec*, 2011 QCCA 1498; *Syndicat des chauffeuses et chauffeurs de la Société de transport de Sherbrooke, section locale 3434 du SCFP c. Société de transport de Sherbrooke*, 2010 QCCA 1599; *Syndicat des employées et employés des magasins Zellers d'Alma et de Chicoutimi (CSN) c. Zellers inc.*, 2009 QCCA 474.

d'analyse commande la prudence puisque « **l'interprétation des droits est toujours contextuelle** »⁷⁴. Nous avons donc vérifié la véracité de notre constat statistique en regroupant les jugements selon leur résultat au nombre de critères retenus dans notre grille d'analyse. Dans la grande majorité des jugements, la Cour d'appel n'a pas été très explicite, celle-ci ne faisant que mentionner que la décision contestée s'inscrivait ou non parmi les « *issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit.* » Évidemment, plus le processus d'analyse de la Cour d'appel s'approche de celle de la Cour suprême, moins elle s'explique, probablement, croyons-nous, parce qu'elle ne voit pas la nécessité de se justifier.

2.2.1. Jugements ne contenant aucun critère

Parmi les décisions ne contenant aucun critère, nous comptons l'arrêt *Commission scolaire Kativik c. Association des employés du Nord québécois*⁷⁵, où, au paragraphe 15, la Juge Marie-France Bich a rejeté une requête pour permission d'appeler parce que la sentence arbitrale contestée « *conduit à un résultat absurde* » et qu'il s'agit donc « *d'une décision faisant partie des issues possibles acceptables au regard des faits et du droit.* » Le juge Morissette a abondé dans le même sens que celui de sa collègue Bich dans l'arrêt *Association nationale des peintres et métiers connexes, section locale 99 FTQ-CTC c. Syndicat international des peintres et métiers connexes, sections locales 349, 1929 et 1135*.⁷⁶ Au paragraphe 49 de cet arrêt, il a mentionné qu'une cour de justice ne peut intervenir que lorsque la décision contestée est « *insensée* » ou « *absurde* ». À l'opposé, dans l'arrêt *Le Bire c. Castiglia*⁷⁷, les juges Pelletier, Morin et Wagner ont appliqué la norme de la décision raisonnable *simpliciter* pour juger du caractère raisonnable d'une sanction imposée par le Comité de discipline de l'Association des

---

74. Préc., note 53.

75. Préc., note 64.

76. *Association nationale des peintres et métiers connexes, section locale 99 FTQ-CTC c. Syndicat international des peintres et métiers connexes, sections locales 349, 1929 et 1135* 2011 QCCA 1838, par. 49.

77. *Le Bire c. Castiglia*, 2012 QCCA 284, par. 5.

courtiers et agents immobiliers du Québec. Se référant à l'arrêt *Pigeon c. Daigneault*⁷⁸, la Cour a jugé que le juge Shamie de la Cour du Québec avait bien défini son rôle en ce qui concerne le contrôle judiciaire⁷⁹ de la décision du Comité de discipline, en ce que :

[121] Afin de juger du caractère raisonnable d'une sanction, la Cour d'appel du Québec formule les balises suivantes :

[36] [...] La norme de contrôle appropriée est donc celle de la décision raisonnable simpliciter et la Cour du Québec, siégeant en appel de la sanction imposée par le Comité de discipline, ne doit pas intervenir à moins que l'appelant ne démontre que cette décision est déraisonnable. La sanction infligée n'est pas déraisonnable du simple fait qu'elle est clémentine ou sévère; elle le devient lorsqu'elle est si sévère, ou si clémentine, qu'elle est injuste ou inadéquante eu égard à la gravité de l'infraction et à l'ensemble des circonstances, atténuantes et aggravantes, du dossier. (nous soulignons)

L'arrêt *Dionne c. Commission scolaire des Patriotes*,⁸⁰ quant à lui suggère que la méthode d'analyse contextuelle n'est pas unanime chez des juges de la Cour d'appel. En effet, alors que les juges Wagner et Giroux rejettent l'appel de Mme Dionne sans avoir procédé à une quelconque analyse contextuelle, le juge Dalphond, dissident, analyse la décision contestée d'une manière diamétralement opposée à celle de ses confrères. Se référant à un récent arrêt de la Cour suprême⁸¹, et après avoir examiné attentivement la *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles* (LATMP) dans son contexte et son objet, le juge Dalphond a considéré que l'interprétation de la loi constitutive du juge administratif de la CLP était discriminatoire et ne s'inscrivait

78. *Pigeon c. Daigneault* 2003 CanLII 32934 (QC CA), [2003] R.J.Q. 1090, par. 121.

79. En l'espèce, la Cour du Québec siège comme tribunal d'appel d'une décision du TAQ. Bien que ce tribunal soit qualifié de tribunal d'appel, il s'agit néanmoins d'un contrôle judiciaire. Voir à cet effet l'arrêt *Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 R.C.S. 226.

80. *Dionne c. Commission scolaire des Patriotes* 2012 QCCA 609.

81. Préc., note 55.

donc pas parmi les *issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit*.⁸² La Cour suprême a ensuite été du même avis que le juge Dalphond. En effet, en procédant à une analyse contextuelle, la Cour suprême a accueilli le pourvoi de la travailleuse le 1^{er} mai 2014⁸³.

2.2.2 Jugements ne contenant qu'un critère

Plusieurs des jugements ne contenant qu'un seul critère mentionnent qu'une cour judiciaire ne peut intervenir lorsque la décision du tribunal administratif est incompatible avec les objectifs de sa loi habilitante ou ne peut raisonnablement s'inférer du texte de la Loi, ce que, par ailleurs, la Cour suprême a qualifié d'erreur manifestement déraisonnable⁸⁴. C'est sous cet angle que, paradoxalement à l'arrêt *Dionne*, le juge Dalphond, dans l'arrêt *J.H. c. Québec (Procureur général)*,⁸⁵ a analysé une décision du Tribunal administratif du Québec (TAQ) qui avait accueilli une demande d'indemnisation en vertu de la *Loi sur l'indemnisation des victimes d'actes criminels*, venant d'une personne associée à un gang de rue. Le TAQ avait jugé que l'appelant n'avait pas « "par sa faute lourde, contribué à ses blessures ou à sa mort" (article 20 de la Loi) »⁸⁶. En tenant compte des objectifs de la Loi, la Cour d'appel a considéré que la décision du TAQ était déraisonnable. Dans l'arrêt *Québec (Procureur général) c. Loyola High School*⁸⁷, le juge Fournier s'est servi de la même méthode d'analyse pour juger du caractère raisonnable de l'exercice du pouvoir discrétionnaire d'un ministre de l'éducation⁸⁸. Il en est de même dans l'arrêt *Multi-marques*

---

82. Le juge Dalphond a qualifié la décision du juge administratif de « Manifestement contraire à l'intention du législateur. », par. 52.

83. *Dionne c. Commission scolaire des Patriotes*, [2014] 1 R.C.S. 765.

84. *Canada Safeway Ltd. c. SDGMR section locale 454*, [1998] 1 R.C.S. 1079, par. 65.

85. *J.H. c. Québec (Procureur général)*, 2010 QCCA 1626, par. 31.

86. *Id.*, par. 6.

87. *Québec (Procureur général) c. Loyola High School*, 2012 QCCA 2139.

88. *Id.*, par. 126 (en l'espèce, il s'agissait de décider si la décision du ministre d'exonérer une école secondaire d'enseigner le cours obligatoire *Éthique et culture religieuse* et la substituer à son propre programme était raisonnable).

*Distribution inc. c. Régie des rentes du Québec*⁸⁹ et dans l'arrêt *Commission de la construction du Québec c. Bergeries du Fjord inc.*⁹⁰. Dans ce dernier cas, la Cour d'appel devait juger du caractère raisonnable de l'interprétation de l'article 1) de la *Loi sur les relations de travail, la formation professionnelle et la gestion de la main-d'œuvre dans l'industrie de la construction* par la Commission des relations du travail⁹¹. Selon la Cour d'appel, « les motifs de la CRT [étaient] adéquats au sens de cet arrêt et compatibles avec le texte, le contexte et le sous-texte de la Loi, ils se conform[ai]ent aux règles d'interprétation usuelles et, dans l'ensemble, constitu[ai]ent une justification suffisante, intelligible et transparente, aboutissant à une issue acceptable pouvant se justifier au regard des faits et du droit. Finalement, les juges Chamberland Rochon et Dufresne, ont mentionné au paragraphe 19 de l'arrêt *Tan c. Lebel*⁹² que « faire preuve de déférence envers la décision d'un comité de discipline se limite pour le juge d'appel »⁹³ à « vérifier si la décision du comité trouve appui dans la preuve et si sa conclusion est défendable ». Avec égards, nous trouvons que cette position s'apparente davantage à la norme de l'erreur manifestement déraisonnable qu'à celle de la décision raisonnable.

2.2.3 Jugements contenant deux critères

Parmi les décisions comptant deux critères, la Cour d'appel soulève, pour plusieurs d'entre elles, un manquement important du décideur administratif sur un élément contextuel pertinent et important. Ainsi dans l'arrêt *Syndicat des fonctionnaires municipaux de Montréal (SCFP) c. Gauvin*⁹⁴, la Cour d'appel a soulevé le fait que la Commission des relations du travail (CRT) avait omis de considérer un élément de preuve important pour juger du

89. *Multi-marques Distribution inc. c. Régie des rentes du Québec*, 2008 QCCA 597, par. 101 et 102.

90. *Commission de la construction du Québec c. Bergeries du Fjord inc.* 2011 QCCA 2444 au para 30.

91. *Id.*, au para 30.

92. *Tan c. Lebel*, 2010 QCCA 667.

93. Préc., note 81

94. *Syndicat des fonctionnaires municipaux de Montréal (SCFP) c. Gauvin* 2011 QCCA 605.

bien-fondé de la plainte d'un salarié à l'encontre de syndicat pour pratique déloyale dans le traitement de son grief de harcèlement psychologique. La CRT avait en effet omis de considérer le contenu d'une lettre dans laquelle l'appelant (le syndicat) avait demandé à l'intimée (Gauvin) de communiquer avec l'enquêtrice en matière de harcèlement psychologique ou avec un conseiller syndical. Selon la Cour d'appel, le juge administratif a commis une erreur déterminante puisque cette lettre démontrait le défaut de l'intimée de collaborer à l'enquête de harcèlement psychologique, ce qui a empêché le syndicat d'aller plus loin. En effet, plutôt que de contacter les personnes responsables des dossiers de harcèlement psychologique, l'intimée avait choisi de répondre par écrit et avait admis que les documents transmis constituaient son « dossier complet⁹⁵ ». Également, dans l'arrêt *Québec (Procureur général) c. Syndicat des professionnelles et professionnels du gouvernement du Québec*⁹⁶, la Cour d'appel a jugé que la décision rendue par un arbitre de grief était déraisonnable parce que son analyse était incomplète sur un aspect essentiel du litige et plaidé par les parties, soit l'interruption possible de la prescription de six mois prévue à l'article 71 du Code du travail⁹⁷. Finalement, dans l'arrêt *Corporation Waskahegan c. Corporation des maîtres électriciens du Québec*⁹⁸, inspirée par les prescriptions du juge Binnie dans l'arrêt *Dunsmuir*, la Cour d'appel a conclu que la Corporation des maîtres électriciens du Québec avait rendu une décision déraisonnable en s'attribuant des responsabilités qui ne cadrent pas avec l'historique et l'objectif législatif⁹⁹.

Paradoxalement, la Cour a fait montre de souplesse dans l'arrêt *Corporation d'Urgences-santé c. Syndicat des employées et employés d'Urgences-santé (CSN)*¹⁰⁰. Amenés à se prononcer sur la

---

95. *Id.*, par. 71.

96. *Québec (Procureur général) c. Syndicat des professionnelles et professionnels du gouvernement du Québec*, 2013 QCCA 982.

97. *Id.*, par. 45-49.

98. *Corporation Waskahegan c. Corporation des maîtres électriciens du Québec*, 2010 QCCA 2130.

99. *Id.*, par. 42.

100. *Corporation d'Urgences-santé c. Syndicat des employées et employés d'Urgences-santé (CSN)*, 2015 QCCA 315.

«raisonnabilité» de l'interprétation donnée par la CRT à l'article 40 de la *Loi sur l'équité salariale (LÉS)*, les juges Dutil, Bélanger et Gagnon se sont référés à l'arrêt *McLean*¹⁰¹ pour rendre leur décision. Se rappelant que cet arrêt mentionne qu'une disposition ne se prête pas toujours à plusieurs interprétations raisonnables, ils ont conclu qu'il n'y a qu'une seule interprétation raisonnable de l'article 40 de la LÉS et que celle qu'a faite la CRT était erronée¹⁰².

Finalement, l'arrêt *Alliance québécoise des techniciens de l'image et du son (AQTIS) c. Association des producteurs de théâtre privé du Québec (APTP)*¹⁰³ nous apparaît très intelligible et fidèle au principe d'analyse contextuelle de la décision aux fins d'évaluation de son caractère raisonnable ou déraisonnable. À cet égard, le juge Morin, auxquels ont souscrits les juges Dalphond et Léger, a procédé à l'analyse de la loi¹⁰⁴, au regard de son objet¹⁰⁵, de son l'historique¹⁰⁶, et de la méthode d'interprétation du juge administratif¹⁰⁷.

2.2.4 Jugements contenant trois critères

Tel qu'expliqué précédemment, les jugements contenant 3 critères ne sont pas très explicites, probablement, croyons-nous, parce qu'il ne leur est pas nécessaire de justifier leur processus d'analyse, celui-ci étant similaire à celui préconisé par la Cour suprême. D'ailleurs, dans l'arrêt *Syndicat du personnel technique et professionnel de la Société des alcools du Québec (SPTP) c. Société des alcools du Québec*¹⁰⁸, la Cour d'appel a clairement démontré sa

---

101. Préc., note 70.

102. Préc., note 102, par. 66.

103. *Alliance québécoise des techniciens de l'image et du son (AQTIS) c. Association des producteurs de théâtre privé du Québec (APTP)*, 2012 QCCA 1524.

104. *Id.*, par. 85.

105. *Id.*, par. 88.

106. *Id.*, par 92.

107. *Id.*

108. *Syndicat du personnel technique et professionnel de la Société des alcools du Québec (SPTP) c. Société des alcools du Québec* 2011 QCCA 1642; voir

compréhension du principe d'analyse contextuelle. Se penchant sur l'interprétation donnée par la CRT à l'article 11 de la LÉS, la Cour a reproché à ce tribunal d'avoir limité son interprétation à un processus purement téléologique, centré sur le seul objectif général de la loi et d'avoir omis de considérer le texte, le contexte et l'historique. Selon la Cour d'appel :

[...] la Commission s'est par conséquent trouvée à ajouter à l'article 11 L.É.S., et non pas seulement à rendre explicite ce qui n'y aurait été qu'implicite. Or, ainsi que le reconnaît la jurisprudence¹⁰⁹, l'ajout à la loi, qui procède d'un raisonnement défectueux, ne fait pas partie des issues possibles acceptables et rend la décision déraisonnable¹¹⁰.

2.2.5 Jugements contenant quatre critères

Seuls 3 jugements sur les 82 de notre banque de jurisprudence témoignent d'une analyse contextuelle selon les règles énoncées par la Cour suprême du Canada, soit les arrêts *Syndicat des employées et employés professionnels et de bureau, section locale 574, SEPB, CTC-FTQ c. Groupe Pages jaunes*¹¹¹, *Syndicat des chauffeuses et chauffeurs de la Société de transport de Sherbrooke, section locale 3434 du SCFP c. Société de transport de Sherbrooke*¹¹² et *Syndicat des employées et employés des magasins Zellers d'Alma et de Chicoutimi (CSN) c. Zellers inc*¹¹³. Dans l'arrêt *Zellers*, les juges Pelletier et Vézina ont démontré qu'ils avaient bien

---

aussi *Parizeau c. Barreau du Québec*, 2011 QCCA 1498, par. 107 (issues interprétatives possibles et plausibles).

109. *Centre communautaire Mont Baldy inc. c. Commission municipale du Québec*, J.E. 99-1073 (C.A.); Voir aussi *Hayes Forest Services Ltd.* (2009), 2009 BCCA 316.

110. Préc., note 106, par. 79.

111. *Syndicat des employées et employés professionnels et de bureau, section locale 574, SEPB, CTC-FTQ c. Groupe Pages jaunes*, 2015 QCCA 918.

112. *Syndicat des chauffeuses et chauffeurs de la Société de transport de Sherbrooke, section locale 3434 du SCFP c. Société de transport de Sherbrooke* 2010 QCCA 159.

113. *Syndicat des employées et employés des magasins Zellers d'Alma et de Chicoutimi (CSN) c. Zellers inc.*, 2009 QCCA 474.

compris les distinctions fondamentales entre l'erreur « manifestement déraisonnable », « déraisonnable simpliciter » et la nouvelle norme de la « raisonnabilité ». Au paragraphe 44 de cet arrêt, ils ont rappelé que les juges Lebel et Bastarache avaient mentionné les risques de dérapages que pouvait générer l'adverbe « *manifestement* » accolé au qualificatif « *raisonnable* » et de la nécessité de ne retenir désormais qu'une norme de contrôle qui « fait abstraction du caractère évident ou manifeste de l'erreur lorsqu'elle existe »¹¹⁴. Aux paragraphes 41 et 42 de l'arrêt *Dunsmuir*, les juges Lebel et Bastarache mentionnaient en effet que :

41 [...] Dans les faits, ni l'importance du défaut entachant la décision ni son caractère flagrant ne permettent vraiment de distinguer une décision manifestement déraisonnable d'une décision déraisonnable. Comme le précise Mullan :

- [TRADUCTION] [S]outenir que seule la décision « clairement irrationnelle » est manifestement déraisonnable, à l'exclusion de celle qui est irrationnelle simpliciter, vide de sens la règle de droit. Rattacher l'adverbe « clairement » à l'adjectif « irrationnelle » est certes une tautologie. Tout comme l'« unicité », l'irrationalité est ou n'est pas. Une décision ne peut être un peu irrationnelle.

Voir D. J. Mullan, « Recent Developments in Standard of Review », dans l'Association du Barreau canadien (Ontario), *Taking the Tribunal to Court : A Practical Guide for Administrative Law Practitioners* (2000), p. 25.

42 En outre, même si l'on pouvait concevoir le cas où une décision clairement ou particulièrement irrationnelle se distinguerait d'une décision simplement irrationnelle, il répugnerait à la justice que les parties doivent se soumettre à une décision irrationnelle pour la seule raison que l'irrationalité n'est pas assez évidente suivant une norme appelant la déférence. Le maintien

---

114. *Id.*, par. 44.

d'une décision [page219] irrationnelle va aussi à l'encontre de la primauté du droit. [...]

Dans l'arrêt *Syndicat des chauffeuses et chauffeurs de la Société de transport de Sherbrooke, section locale 3434 du SCFP*, le juge Dalphond n'a pas fait explicitement cette distinction dans son analyse contextuelle. Il a par ailleurs démontré qu'il avait bien saisi la teneur des changements apportés par les juges Lebel et Bastarache. En effet, amené à analyser une sentence arbitrale sur l'application de l'article 60 de la *Loi sur les normes du travail* (L.N.T.) pour des employés en période de probation, le juge Dalphond a jugé que la décision rendue par l'arbitre était déraisonnable « *tant par son raisonnement que par son résultat* »¹¹⁵, notamment parce qu'elle avait décidée *ultra petita*¹¹⁶. Pour en conclure ainsi, il a tenu compte de l'historique législatif et de l'objet de la disposition au regard des débats parlementaires portant sur les amendements de l'article 60, du libellé de l'article et du texte de la loi. Il a aussi tenu compte de l'objet et du mandat du tribunal d'arbitrage quant à sa compétence pour interpréter une convention collective et décider du remède approprié dans les circonstances.

CONCLUSION

Lors d'une allocution prononcée le 11 mars 2010 devant les juges de la Cour supérieure du Québec et de la Cour du Québec, le juge à la Cour suprême Louis Lebel a affirmé que l'approche relative à la norme de contrôle énoncée dans l'arrêt *Dunsmuir* avait « changé la méthode pragmatique et fonctionnelle » par une approche « plus simple et plus holistique de contrôle judiciaire »¹¹⁷. Il espérait qu'à terme, ces changements rendraient les demandes de contrôle judiciaire plus efficaces. Sans aucun doute, nous croyons que l'objectif de simplification de la méthode d'analyse pour « déterminer le niveau de déférence approprié à un décideur administratif » a été atteint. Dans une première étape, la jurisprudence aura autorité sur la norme de contrôle applicable si

---

115. Préc., note 110, par. 37.

116. *Id.*, par. 37.

117. Louis LEBEL, « De *Dunsmuir* à *Khosa* », (2010) 55 :2 RD McGill 311, p 318.

elle a déjà été déterminée pour la question posée. Si cette première démarche s'avère infructueuse, la Cour devra vérifier si la question de droit posée appartient à la norme de la décision correcte ou raisonnable. Pour appliquer la norme de la décision correcte, la Cour doit être saisie d'une question de droit qui revêt une importance capitale pour le système judiciaire canadien ou d'une question touchant véritablement à la compétence d'un tribunal administratif. Pour ce qui est de la norme de la décision raisonnable, elle est déterminée en fonction de plusieurs critères non exhaustifs, s'apparentant aux critères de l'analyse pragmatique et fonctionnelle élaborés dans l'arrêt *Bibeault*¹¹⁸.

Évidemment, seulement deux années après *Dunsmuir*, le juge Lebel ne pouvait prédire les conséquences à moyen et à long termes que cet arrêt allait laisser sur les futures demandes de contrôle judiciaire. Quels constats pouvons-nous faire aujourd'hui?

Pour commencer, il appert que la première étape de la démarche relative à la norme de contrôle tend à disparaître. En effet, avant l'arrêt *Dunsmuir*, les questions de compétence s'interprétaient comme les questions de droit qui dépassaient le cadre habituel des pouvoirs attribués au tribunal administratif. Ainsi, lorsqu'un tribunal administratif devait interpréter une loi autre que sa propre loi habilitante, sa décision pouvait être assujettie à un contrôle judiciaire sous la norme de l'erreur simple ou de la décision correcte¹¹⁹. Mais depuis les arrêts *Doré c. Barreau du Québec* et *Syndicat des infirmières, inhalothérapeutes, infirmières auxiliaires du Coeur du Québec (SIIIACQ) c. Centre hospitalier régional de Trois-Rivières*, il semble que les cours de justice veulent restreindre l'application de la norme de la décision correcte aux « véritables questions de compétence », conformément aux principes énoncés dans l'arrêt *Dunsmuir* et ce, malgré une jurisprudence qui est d'avis contraire. Force est donc de constater que les cours judiciaires ont, contrairement aux enseignements de *Dunsmuir*, harmonisé la jurisprudence afin que la norme de la décision

---

118. Préc., note 4.

119. *Id.*

correcte ne puisse s'appliquer qu'aux questions de droit d'importance capitale pour le système judiciaire canadien et aux questions de compétence constitutionnelle. Sauf exception, les autres questions de droit sont *présumées* être assujetties à la norme de la décision raisonnable.

En deuxième lieu, notre analyse des 82 jugements de la Cour d'appel révèle un écart significatif entre les principes énoncés par la Cour suprême et leur application par la Cour d'appel du Québec en ce qui a trait à l'application des règles d'appréciation de la « *raisonnable* » de la décision d'un tribunal administratif. Cet écart se manifeste par la quasi-absence d'analyse contextuelle préconisée par la Cour suprême dans les jugements de la Cour d'appel. Cette situation peut s'expliquer par différents motifs. La Cour d'appel peut avoir de la peine à élaborer ses décisions parce que les demandeurs n'identifient pas clairement en quoi la décision contestée ne fait pas partie des issues possibles et acceptables. À l'opposé, cela pourrait provenir du fait que la Cour d'appel a mal compris le concept de « *raisonnable* » ou ne fait tout simplement que l'ignorer. Serait-ce peut-être aussi parce qu'au regard des juges qui ont entendu ces causes, la décision contestée était « *évidemment* » raisonnable ou déraisonnable et qu'en conséquence, il n'était pas nécessaire d'éduquer les plaideurs au sujet de la « *raisonnable* » en procédant à une analyse contextuelle. Par ailleurs, si tel est le raisonnement de la Cour, celle-ci applique le critère de l'erreur manifestement déraisonnable. Dans ces circonstances, nous ne pouvons qu'être en accord avec l'avis de l'auteur Pierre Lemieux, selon lequel pour une cour de justice, la norme de la décision raisonnable s'apprécie essentiellement sur la justification, la transparence et l'intelligibilité de la décision.

En troisième lieu, à la lumière de notre analyse de la jurisprudence de la Cour d'appel du Québec nous sentons qu'il y a une tendance lourde à vouloir associer la notion de « *raisonnable* » à celle de la décision manifestement déraisonnable énoncée dans l'arrêt *Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 1963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*. Notre banque de 82 jugements de la Cour d'appel a d'ailleurs révélé que dans les rares

cas où les juges de la Cour d'appel ont osé définir le concept de la « *raisonnabilité* », ils se sont souvent référés à des qualificatifs tels que « absurde » ou « insensée », qui, au regard de la Cour suprême, s'attachent à la norme de la décision manifestement déraisonnable. Au surplus notre recherche a démontré que la Cour d'appel se réfère encore aux principes énoncés dans l'arrêt *Domtar* en matière de conflit jurisprudentiel alors que la Cour suprême en fait fi depuis plus de dix ans.

Il appert donc que l'approche relative à la norme de contrôle soit un succès relatif en ce qui a trait à la détermination de la norme de contrôle, mais un échec ou une abdication de la Cour d'appel du Québec quant à la l'application de la norme de la décision raisonnable selon une approche contextuelle. Dans son allocution du 11 mars 2010, le juge Lebel avait mentionné que le concept de « *raisonnable* » est apparemment simple à définir, mais en réalité difficile¹²⁰. « *Des volumes de science juridique lui ont été consacrés dans à peu près tous les domaines du droit* »¹²¹, avait-il dit à des juges de la Cour supérieure et du Québec. Force est de constater qu'il avait raison.

Deux années après l'arrêt *Dunsmuir*, le juge Lebel était incapable de prédire les conséquences de cet arrêt. Pour notre part, nous croyons que le fait d'appliquer les critères de la décision manifestement déraisonnable pour apprécier la « *raisonnabilité* » de la décision d'un tribunal administratif découragera certes, les justiciables de recourir à la révision judiciaire. Cette application pourra toutefois les encourager à entreprendre démesurément des recours devant un tribunal administratif s'il existe au sein de ce même tribunal plusieurs tendances jurisprudentielles incohérentes du point de vue du droit, mais rationnelles selon la norme de la décision manifestement déraisonnable. Ainsi, il ne serait pas surprenant que les administrations publiques se judiciarisent et, par le même fait, compromettent l'efficiencia des tribunaux

---

120. Préc., note 119.

121. *Id.*

administratifs, alors que leur mission première est de faciliter l'administration des institutions publiques.

La norme de la décision raisonnable résulte, rappelons-nous, d'une fusion de la norme de la décision manifestement déraisonnable et de la norme raisonnable *simpliciter*. Depuis lors, les cours de justice peuvent intervenir, lorsqu'«une disposition ne se prête pas à plusieurs interprétations raisonnables» comme l'a expliqué le juge Moldaver dans l'arrêt *McLean*¹²². Ainsi, croyons-nous, les juges Lebel et Bastarache ont voulu, déjudiciariser le droit administratif en amont comme en aval en instaurant un système flexible qui, sans imposer aux tribunaux administratifs la règle du *stare decisis*, permet aux cours de justice d'intervenir «lorsqu'elles croient que l'équité ou le respect de la primauté du droit le requiert pour mettre fin à l'incertitude créée par les décisions contradictoires rendues par des bancs différents sur une même question»¹²³, tel que le souhaitaient les professeurs MacLauchlan¹²⁴, Comtois¹²⁵, Morissette¹²⁶ et Mullan¹²⁷ dans les années 1980.

À une époque où les instances administratives ne cessent de se multiplier, nous comprenons qu'il puisse être difficile pour les cours de justice de procéder à une analyse contextuelle d'une décision contestée si ce concept n'est pas plaidé par les parties en litige. Mais en toute déférence, des cours de justice étant des tribunaux de droit commun, il peut leur être tentant de préférer laisser aux tribunaux administratifs régler une controverse jurisprudentielle, même si une disposition législative ne se prêtant pas à plusieurs interprétations requiert leur intervention. Le cas

---

122. Préc., note 103.

123. Suzanne COMTOIS, « Le contrôle de la cohérence décisionnelle au sein des tribunaux administratifs » (1990), 21 R.D.U.S. 77, p. 88.

124. H. Wade MACLAUCHLAN, « Some Problems with Judicial Review of Administrative Inconsistency » (1984), 8 *Dalhousie L.J.* 435, p. 446.

125. Préc., note 125.

126. Yves-Marie MORISSETTE, « Le contrôle de la compétence d'attribution : thèse, antithèse et synthèse » (1986), 16 R.D.U.S. 591, pp. 632-633.

127. David J. MULLAN, « Natural Justice and Fairness -- Substantive as well as Procedural Standards for the Review of Administrative Decision-Making? » (1982), 27 R.D. McGill 250.

échéant, il appartient aux administrateurs du système de justice québécois d'avoir le courage de faire les ajustements qui s'imposent.

ANNEXES

Note 62 :

Université de Sherbrooke c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, 2015 QCCA 1397; *Association des policiers-pompiers de la Ville de Trois-Rivières inc. c. Trois-Rivières (Ville de)*, 2015 QCCA 1249; *Syndicat des employées et employés professionnels et de bureau, section locale 573 (CTC-FTQ) c. Commission de la construction du Québec*, 2015 QCCA 1054; *Syndicat des employées et employés professionnels et de bureau, section locale 574, SEPB, CTC-FTQ c. Groupe Pages jaunes Cie*, 2015 QCCA 918; *PF Résolu Canada inc. c. Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier, section locale 3000Q (SCEP-FTQ)*, 2015 QCCA 499; *Corporation d'Urgences-santé c. Syndicat des employées et employés d'Urgences-santé (CSN)*, 2015 QCCA 315; *Béton Brunet ltée c. Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier, section locale 700 (SCEP)*, 2015 QCCA 188; *Chénard c. Michalakopoulos*, 2014 QCCA 2189; *Industries Mailhot inc. c. Allard*, 2014; QCCA 1995; *Frères Maristes (Iberville) c. Laval (Ville de)*, 2014 QCCA 1176; *Services McKinnon inc. c. Roseberry*, 2014 QCCA 818; *Leduc c. Montréal (Ville de)*, 2014 QCCA 876; *Fabrique de la paroisse Notre-Dame de Montréal (Cimetière Notre-Dame-des-Neiges) c. Syndicat des travailleuses et travailleurs du Cimetière Notre-Dame des neiges (CSN)*, 2014 QCCA 758; *Université McGill c. Ong*, 2014 QCCA 458; *Syndicat des travailleuses et des travailleurs en alimentation de Place Rouanda-CSN c. Provigo Distribution inc.*, 2014 QCCA 379; *Centre de santé et de services sociaux de Saint-Jérôme c. Syndicat des professionnelles en soins de Saint-Jérôme (FIQ)*, 2014 QCCA 83; *Syndicat des employées et employés de techniques professionnelles et de bureau d'Hydro-Québec, section locale 2000 (SCFP-FTQ) c. Hydro-Québec*, 2013 QCCA 2131; *Benedetti c. Syndicat des chargées et chargés de cours de l'UQAM (CSN)*, 2013 QCCA 2088; *Stante c. Simard*, 2013 QCCA 2074; *Beauchesne c. Syndicat des cols bleus regroupés de Montréal (SCFP-301)*, 2013 QCCA 2069; *Immeubles Sungold ltée c. Chambre des notaires du Québec*, 2013 QCCA 1824; *Québec (Procureur général) c. Syndicat des professionnelles et professionnels du gouvernement du Québec*, 2013 QCCA 982; *Autorité des marchés*

financiers c. Groupe SNC-Lavalin inc., 2013 QCCA 204; *Syndicat des infirmières, inhalothérapeutes, infirmières auxiliaires du Coeur du Québec (SIIIACQ) c. Centre hospitalier régional de Trois-Rivières*, 2012 QCCA 1867; *Alliance québécoise des techniciens de l'image et du son (AQTIS) c. Association des producteurs de théâtre privé du Québec (APTP)*, 2012 QCCA 1524; *Lebel c. Chartier*, 2012 QCCA 1100; *Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys c. Gallardo*, 2012 QCCA 908; *Compagnie Wal-Mart du Canada c. Travailleuses et travailleurs unis de l'alimentation et du commerce, section locale 503*, 2012 QCCA 903; *Syndicat de l'enseignement de la région de Laval c. Commission scolaire de Laval*, 2012 QCCA 827; *Commission scolaire de la Riveraine c. Dupuis*, 2012 QCCA 626; *Syndicat des professionnelles techniciennes et techniciens du Centre de santé et de services sociaux de Charlevoix FP-CSN c. Centre de santé et de services sociaux de Charlevoix*, 2012 QCCA 602; *Dionne c. Commission scolaire des Patriotes*, 2012 QCCA 609; *AbitibiBowater inc. (Produits forestiers Résolu) c. Fibrek inc.*, 2012 QCCA 569; *Le Bire c. Castiglia*, 2012 QCCA 284; *Jean c. Omegachem inc.*, 2012 QCCA 232; *Global Credit & Collection Inc. c. Rolland*, 2011 QCCA 2278; *Terjanian c. Morin*, 2011 QCCA 2268; *Commission de la construction du Québec c. Bergeries du Fjord inc.*, 2011 QCCA 2444; *Association nationale des peintres et métiers connexes, section locale 99 FTQ-CTC c. Syndicat international des peintres et métiers connexes, sections locales 349, 1929 et 1135*, 2011 QCCA 1838; *Syndicat du personnel technique et professionnel de la Société des alcools du Québec (SPTP) c. Société des alcools du Québec*, 2011 QCCA 1642; *Parizeau c. Barreau du Québec*, 2011 QCCA 1498; *Morand c. McKenna*, 2011 QCCA 1197; *Shawinigan (Ville de) c. Association des policiers-pompiers de Shawinigan-Sud*, 2011 QCCA 1089; *Syndicat des infirmières, infirmières auxiliaires et inhalothérapeutes de l'Est du Québec (SIIIEQ-CSQ) c. Centre de santé et de services sociaux de Matane*, 2011 QCCA 949; *Autobus La Québécoise inc. c. Syndicat national de l'automobile, de l'aérospatiale, du transport et des autres travailleuses et travailleurs du Canada (TCA Québec)*, 2011 QCCA 953; *Travailleuses et travailleurs unis de l'alimentation et du commerce, section locale 503 c. Manoir Richelieu ltée*, 2011 QCCA 870; *Commission de la santé et de la sécurité du travail c. Commission des lésions professionnelles*,

2011 QCCA 858; *Association patronale des centres de la petite enfance (APCPE) c. Syndicat des travailleuses et travailleurs des centres de la petite enfance de Montréal et Laval* — CSN, 2011 QCCA 607; *Syndicat des travailleurs de Cédrico (CSN) c. Bois d'oeuvre Cédrico inc.*, 2011 QCCA 626; *Syndicat des fonctionnaires municipaux de Montréal (SCFP) c. Gauvin*, 2011 QCCA 605; *Syndicat des fonctionnaires municipaux de Montréal (SCFP) c. Cinq-Mars*, 2011 QCCA 606; *Perez c. Commerce d'automobile GHA Corp., (Mazda Gabriel)*, 2011 QCCA 377; *Lebel c. Chénier (Succession de)*, 2011 QCCA 474; *Commission administrative des régimes de retraite et d'assurances c. Gignac*, 2010 QCCA 2365; *Commission administrative des régimes de retraite et d'assurances (CARRA) c. Turbide*, 2010 QCCA 2367; *Syndicat des enseignantes et enseignants du Cégep Beauce-Appalaches c. Garneau*, 2010 QCCA 2352; *Québec (Procureur général) c. Pelletier*, 2010 QCCA 2259; *Corporation Waskahegen c. Corporation des maîtres électriciens du Québec*, 2010 QCCA 2130; *J.H. c. Québec (Procureur général)*, 2010 QCCA 1626; *Syndicat des chauffeuses et chauffeurs de la Société de transport de Sherbrooke, section locale 3434 du SCFP c. Société de transport de Sherbrooke*, 2010 QCCA 1599; *Fraternité des policières et policiers de Gatineau inc. c. Gatineau (Ville de)*, 2010 QCCA 1503; *Vaillancourt c. Dion*, 2010 QCCA 1499; *Syndicat de Autobus Terremont ltée (CSN) c. Autobus Terremont ltée*, 2010 QCCA 1050; *Fraternité des policiers et policières de la MRC des Collines-de-l'Outaouais c. Collines-de-l'Outaouais (MRC des)*, 2010 QCCA 816; *Tan c. Lebel*, 2010 QCCA 667; *Syndicat des travailleuses et travailleurs du CSSS Haut-Richelieu—Rouville (CSN) c. CSSS Haut-Richelieu—Rouville*, 2010 QCCA 496; *Régie intermunicipale de police des Riverains c. Régie des rentes du Québec*, 2010 QCCA 343; *Brunet c. Arthrolab inc.*, 2010 QCCA 123; *Syndicat du transport de Montréal c. Métromédia CMR Plus inc.*, 2010 QCCA 98; *A.S. c. Québec (Ministre de l'Éducation, du Loisir et du Sport)*, 2009 QCCA 613; *Syndicat des employées et employés des magasins Zellers d'Alma et de Chicoutimi (CSN) c. Zellers inc.*, 2009 QCCA 474; *Fraternité nationale des charpentiers-menuisiers, section locale 9 c. Union internationale des journaliers d'Amérique du Nord, sections locales 62, 527A et 1275*, 2009 QCCA 439; *Syndicat des pompiers du Québec c. Longueuil (Ville de)*, 2008 QCCA 2340; *Fraternité des*

policières et policiers de la Régie de police Thérèse-de-Blainville inc. c. Régie intermunicipale de police Thérèse-de-Blainville, 2008 QCCA 1925; Ganotec Mécanique inc. c. Commission de la santé et de la sécurité du travail, 2008 QCCA 1753; Bédard c. Minolta Business Equipment (Canada) Ltd., Minolta Québec, 2008 QCCA 1662; McMahon Distributeur pharmaceutique inc. c. Côté, 2008 QCCA 1165; Commission de la santé et de la sécurité du travail c. Commission des lésions professionnelles, 2008 QCCA 1119; Société Reine de la paix c. L'Avenir (Municipalité de), 2008 QCCA 1096; Chevalier c. Commission de la santé et sécurité du travail, 2008 QCCA 1111; Commission scolaire de Montréal c. Alliance des professeures et professeurs de Montréal, 2008 QCCA 995; Multi-marques Distribution inc. c. Régie des rentes du Québec, 2008 QCCA 597.

Note 72

Intitulé	Référence	Critères d'analyse du caractère raisonnable d'une décision					Résultat/4
		Objectif législatif	Historique	Mandat du tribunal	Objet du tribunal	Juges	
Université de Sherbrooke c. CDPDJ	2015 QCCA	N/A	N/A	N/A	N/A	Morissette, Bouchard, St-Pierre	0
Association des policiers-pompiers de la Ville de Trois-Rivières inc. c. Trois-Rivières	2015 QCCA	N/A		N/A		Vézina, Giroux, Dufresne	2
SEEPB, section locale 573 (CTC-FTQ) c. C.C.Q.	2015 QCCA	N/A				Pelletier, Dufresne, Marcotte	3
SEEPB, section locale 574, SEPB, CTC-FTQ c. Groupe Pages jaunes Cie	2015 QCCA 918					Dufresne, St-Pierre, Savard	4
PF Résolu Canada inc. c. Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier	2015 QCCA 499	N/A	N/A	N/A	N/A	Dutil, Bouchard, Savard	0
Corporation d'Urgences-santé c. Syndicat des employées et employés d'Urgences-santé (CSN)	2015 QCCA 315			N/A	N/A	Dutil, Bélanger, Gagnon	2
Béton Brunet ltée c. Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier	2015 QCCA 188	N/A	N/A	N/A	N/A	Morissette, Dutil, Kasirer	0
Syndicat des travailleuses et travailleurs en alimentation de Place Rouanda-CSN c. Proviso Distribution inc.	2014 QCCA	N/A	N/A	N/A	N/A	Thibault, Gagnon, Bouchard	0
Chénard c. Michalakopoulos	2014 QCCA	N/A	N/A	N/A	N/A	Dufresne, Savard, Émond	0
Industries Mailhot inc. c. Allard	2014 QCCA	N/A	N/A	N/A	N/A	Morissette, Kasirer, Vauclair	0
Frères Maristes (Iberville) c. Laval (Ville de)	2014 QCCA	N/A	N/A	N/A	N/A	Morissette, Gascon, Vauclair	0
Leduc c. Montréal (Ville de)	2014 QCCA 876				N/A	Hilton, Doyon, Bich	3
Fabrique de la paroisse Notre-Dame de Montréal (Cimetière Notre-Dame-des-Neiges) c. S.T.T. du Cimetière Notre-Dame des neiges (CSN), Fabrique de la paroisse Notre-Dame de Montréal (Cimetière Notre-Dame-des-Neiges) c. Syndicat des travailleuses et travailleurs du Cimetière Notre-Dame des neiges (CSN)	2014 QCCA 758	N/A	N/A	N/A	N/A	Dalphond, St-Pierre, Gagnon	0

Intitulé	Référence	Critères d'analyse du caractère raisonnable d'une décision					Résultat/4
		Objectif législatif	Historique	Mandat du tribunal	Objet du tribunal	Juges	
<i>Université McGill c. Ong</i>	2014 QCCA 458			N/A		Giroux, Thibault, St-Pierre	3
<i>Centre de santé et de services sociaux de Saint-Jérôme c. Syndicat des professionnelles en soins de Saint-Jérôme (FIQ)</i>	2014 QCCA 83	N/A	N/A	N/A	N/A	Chamberland, Vauclair, Dufresne	0
<i>Syndicat des employées et employés de techniques professionnelles et de bureau d'Hydro-Québec, section locale 2000 (SCFP-FTQ) c. Hydro-Québec</i>	2013 QCCA 2131	N/A	N/A	N/A	N/A	Doyon, Kasirer, St-Pierre	0
<i>Benedetti c. Syndicat des chargées et chargés de cours de l'UQAM (CSN)</i>	2013 QCCA 2088	N/A	N/A	N/A	N/A	Bich, Dufresne, Kasirer	0
<i>Stante c. Simard</i>	2013 QCCA 2074	N/A	N/A	N/A	N/A	Rochon, Duval Hesler, Morin	0
<i>Beauchesne c. Syndicat des cols bleus regroupés de Montréal (SCFP-301)</i>	2013 QCCA 2069	N/A	N/A	N/A		St-Pierre, Rochon, Bélanger	1
<i>Immeubles Sungold ltée c. Chambre des notaires du Québec</i>	2013 QCCA 1824	N/A	N/A	N/A	N/A	Morissette, Fournier, Gascon	0
<i>Québec (Procureur général) c. Syndicat des professionnelles et professionnels du gouvernement du Québec</i>	2013 QCCA 982	N/A		N/A		Dalphond, Bouchard, Gascon	2
<i>Commission scolaire Kativik c. Association des employés du Nord québécois</i>	2013 QCCA 297	N/A	N/A	N/A	N/A	Bich	0
<i>Autorité des marchés financiers c. Groupe SNC-Lavalin inc.</i>	2013 QCCA 2047	N/A		N/A		Dalphond, Dufresne, Gascon	2
<i>Syndicat des infirmières, inhalothérapeutes, infirmières auxiliaires du Coeur du Québec (SIIACQ) c. Centre hospitalier régional de Trois-Rivières</i>	2012 QCCA 1867	N/A		N/A		Rochette, Vézina, Kasirer	2
<i>Alliance québécoise des techniciens de l'image et du son (AQTIS) c. Association des producteurs de théâtre privé du Québec (APTF)</i>	2012 QCCA 1524			N/A	N/A	Morin, Dalphond, Léger	2
<i>Lebel c. Chartier</i>	2012 QCCA 994	N/A	N/A	N/A	N/A	Doyon, Hilton, Fournier	0

Intitulé	Référence	Critères d'analyse du caractère raisonnable d'une décision					Résultat /4
		Objectif législatif	Historique	Mandat du tribunal	Objet du tribunal	Juges	
<i>Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys c. Gallardo</i>	2012 QCCA 908	N/A	N/A	N/A		Dalphond, Rochette, Chamberland	0
<i>Compagnie Wal-Mart du Canada c. Travailleuses et travailleurs unis de l'alimentation et du commerce, section locale 503</i>	2012 QCCA 923	N/A	N/A	N/A	N/A	Vézina, Gagnon, Léger (concurrent)	0
<i>Syndicat de l'enseignement de la région de Laval c. Commission scolaire de Laval</i>	2012 QCCA 827	N/A	N/A	N/A	N/A	Gagnon, Kasirer, Dalphond	0
<i>Dionne c. Commission scolaire des Patriotes</i>	2012 QCCA 609	N/A	N/A	N/A	N/A	Wagner, Giroux, Dalphond (dissident)	0
<i>Commission scolaire de la Rivière c. Dupuis</i>	2012 QCCA 626	N/A	N/A	N/A	N/A	Dalphond, Kasirer, Morin	0
<i>Syndicat des professionnelles techniciennes et techniciens du Centre de santé et de services sociaux de Charlevoix FP-CSN c. Centre de santé et de services sociaux de Charlevoix</i>	2012 QCCA 602	N/A	N/A	N/A	N/A	Bouchard, Rochette, Chamberland	0
<i>Le Bire c. Castiglia</i>	2012 QCCA 284	N/A	N/A	N/A	N/A	Pelletier, Morin, Wagner	0
<i>AbitibiBowater inc. (Produits forestiers Résolu) c. Fibrek inc.</i>	2012 QCCA 569	N/A	N/A	N/A	N/A	Dalphond, Bouchard, Gascon	0
<i>Jean c. Omegachem inc.</i>	2012 QCCA 232	N/A	N/A	N/A	N/A	Bouchard, Bich, Wagner	0
<i>Commission de la construction du Québec c. Bergeries du Fjord inc.</i>	2011 QCCA 2444	N/A	N/A	N/A	N/A	Bouchard, Bich, Wagner	0
<i>Global Credit & Collection Inc. c. Rolland</i>	2011 QCCA 2278		N/A	N/A	N/A	Vézina, Dufresne, Kasirer	1
<i>Terjanian c. Morin</i>	2011 QCCA 2168	N/A	N/A	N/A	N/A	Vézina, Dufresne, Kasirer	0
<i>Association nationale des peintres et métiers connexes, section locale 99 FTQ-CTC c. Syndicat international des peintres et métiers connexes, sections locales 349, 1929 et 113</i>	2011 QCCA 1838	N/A	N/A	N/A	N/A	Beauregard, Léger, Morissette (dissident)	0

*La « raisonnable » selon Dunsmuir : dichotomie
entre la Cour suprême du Canada (2015) 45 R.D.U.S.
et la Cour d'appel du Québec*

Intitulé	Référence	Critères d'analyse du caractère raisonnable d'une décision					Résultat /4
		Objectif législatif	Historique	Mandat du tribunal	Objet du tribunal	Juges	
<i>Syndicat du personnel technique et professionnel de la Société des alcools du Québec (SPTP) c. Société des alcools du Québec</i>	2011 QCCA 1642				N/A	Bich, Vézina, Kasirer	3
<i>Parizeau c. Barreau du Québec</i>	2011 QCCA 1498		N/A			Pelletier, Doyon, Bich	3
<i>Morand c. McKenna</i>	2011 QCCA 1197	N/A	N/A	N/A	N/A	Dufresne, Bich, Robert	0
<i>Shawinigan (Ville de) c. Association des policiers-pompier de Shawinigan-Sud</i>	2011 QCCA 1089	N/A	N/A	N/A	N/A	Dutil, Giroux, Bouchard	0
<i>Syndicat des infirmières, infirmières auxiliaires et inhalothérapeutes de l'Est du Québec (SIIIEQ-CSQ) c. Centre de santé et de services sociaux de Matane</i>	2011 QCCA 949	N/A	N/A	N/A	N/A	Doyon, Dutil, Dufresne	0
<i>Autobus La Québécoise inc. c. Syndicat national de l'automobile, de l'aérospatiale, du transport et des autres</i>	2011 QCCA95 3	N/A	N/A	N/A	N/A	Doyon, Dutil, Dufresne	0
<i>Travailleuses et travailleurs unis de l'alimentation et du commerce, section locale 503 c. Manoir Richelieu ltée</i>	2011 QCCA 870	N/A	N/A	N/A	N/A	Dutil, Doyon, Gagnon	0
<i>Commission de la santé et de la sécurité du travail c. Commission des lésions professionnelles</i>	2011 QCCA 658	N/A	N/A	N/A	N/A	Dalphond, Hilton, Dutil	0
<i>Association patronale des centres de la petite enfance (APCPE) c. Syndicat des travailleuses et travailleurs des centres de la petite enfance de Montréal et Laval CSN</i>	2011 QCA 607	N/A	N/A	N/A	N/A	Thibault, Kasirer, Wagner	0
<i>Syndicat des travailleurs de Cédrico (CSN) c. Bois d'œuvre Cédrico inc.</i>	2011 QCCA 626	N/A	N/A	N/A	N/A	Doyon, Dutil, Gagnon	0
<i>Syndicat des fonctionnaires municipaux de Montréal (SCFP) c. Gauvin</i>	2011 QCCA 605		N/A		N/A	Dutil, Brossard, Cournoyer	2

Intitulé	Référence	Critères d'analyse du caractère raisonnable d'une décision					Résultat/4
		Objectif législatif	Historique	Mandat du tribunal	Objet du tribunal	Juges	
<i>Syndicat des fonctionnaires municipaux de Montréal (SCFP) c. Cinq-Mars</i>	2011 QCCA 606		N/A	N/A	N/A	Dutil, Brossard, Cournoyer	1
<i>Perez c. Commerce d'automobile GHA Corp. (Mazda Gabriel)</i>	2011 QCCA 377	N/A	N/A	N/A	N/A	Thibault, Kasirer, Wagner	0
<i>Lebel c. Chénier (Succession de)</i>	2011 QCCA 473	N/A	N/A	N/A	N/A	Morissette, Vézina, Bouchard	0
<i>Commission administrative des régimes de retraite et d'assurances c. Gignac</i>	2010 QCCA 2365	N/A	N/A	N/A	N/A	Bouchard, Rochette, Robert	0
<i>Commission administrative des régimes de retraite et d'assurances (CARRA) c. Turbide</i>	2010 QCCA 2367			N/A	N/A	Robert, Rochette, Bouchard	2
<i>Syndicat des enseignantes et enseignants du Cégep Beauce-Appalaches c. Garneau</i>	2010 QCCA 2452	N/A	N/A	N/A	N/A	Thibault, Pelletier, Bouchard	0
<i>Corporation Waskahagen c. Corporation des maîtres électriciens du Québec</i>	2010 QCCA 21			N/A	N/A	Robert, Rochette, Bouchard	2
<i>J.H. c. Québec (Procureur général)</i>	2010 QCCA 1626		N/A	N/A	N/A	Dalphond, Hilton, Côté	1
<i>Québec (Procureur général) c. Pelletier</i>	2010 QCCA 2259	N/A	N/A	N/A	N/A	Robert, Vézina, Bélanger	0
<i>Syndicat des chauffeurs et chauffeurs de la Société de transport de Sherbrooke, section locale 3434 du SCFP c. Société de transport de Sherbrooke</i>	2010 QCCA 1599					Dalphond, Duval, Hesler, Gagnon	4
<i>Fraternité des policières et policiers de Gatineau inc. c. Gatineau (Ville de)</i>	2010 QCCA 1503		N/A	N/A	N/A	Dalphond, Giroux, Gagnon	1

Intitulé	Référence	Critères d'analyse du caractère raisonnable d'une décision					Résultat/4
		Objectif législatif	Historique	Mandat du tribunal	Objet du tribunal	Juges	
<i>Vaillancourt c. Dion</i>	2010 QCCA 1499		N/A	N/A	N/A	Rochette, Gagnon (concurrents), Brossard (dissident)	1
<i>Syndicat des Autobus Terremont ltée (CSN) c. Autobus Terremont ltée</i>	2010 QCCA 1050	N/A	N/A	N/A	N/A	Doyon, Côté, Léger	0
<i>Fraternité des policiers et policières de la MRC des Collines-de-l'Outaouais c. Collines-de-l'Outaouais (MRC des)</i>	2010 QCCA 816	N/A	N/A	N/A	N/A	Morissette, Rochon, Hilton	0
<i>Tan c. Lebel</i>	2010 QCCA 667	N/A	N/A	N/A		Dufresne, Chamberland, Rochon	1
<i>Syndicat des travailleuses et travailleurs du CSSS Haut-Richelieu—Rouville (CSN) c. CSSS Haut Richelieu Rouville</i>	2010 QCCA 496	N/A	N/A	N/A	N/A	Rochon, Morissette, Hilton	0
<i>Régie intermunicipale de police des Riverains c. Régie des rentes du Québec</i>	2010 QCCA 343		N/A	N/A	N/A	Brossard, Rochette, Kasirer	1
<i>Brunet c. Arthrolab inc.</i>	2010 QCCA 123	N/A	N/A	N/A	N/A	Forget, Chamberland, Morissette	0
<i>Syndicat du transport de Montréal c. Métromédia CMR Plus inc.</i>	2010 QCCA 98	N/A	N/A	N/A	N/A	Hilton, Bich, Beauregard (concurrent)	0
<i>A.S. c. Québec (Ministre de l'Éducation, du Loisir et du Sport)</i>	2009 QCCA 613			N/A	N/A	Rochon, Nuss, Vézina	2
<i>Syndicat des employées et employés des magasins Zellers d'Alma et de Chicoutimi (CSN) c. Zellers inc.</i>	2009 QCCA 474					Pelletier, Vézina, Nuss	4
<i>Fraternité nationale des charpentiers-menuisiers, section locale 9 c. Union internationale des journaliers d'Amérique du Nord, sections locales 62, 527A et 1275</i>	2009 QCCA 439	N/A	N/A	N/A	N/A	Chamberland, Morin, Côté	0

Intitulé	Référence	Critères d'analyse du caractère raisonnable d'une décision					Résultat/4
		Objectif législatif	Historique	Mandat du tribunal	Objet du tribunal	Juges	
<i>Syndicat des pompiers du Québec c. Longueuil (Ville de)</i>	2008 QCCA 2340	N/A	N/A	N/A	N/A	Otis, Hilton, Dufresne	0
<i>Fraternité des policiers et policiers de la Régie de police Thérèse-de-Blainville inc. c. Régie intermunicipale de police Thérèse-de-Blainville</i>	2008 QCCA 1925	N/A	N/A	N/A	N/A	Baudouin, Rochon, Côté	0
<i>Ganotec Mécanique inc. c. Commission de la santé et de la sécurité du travail</i>	2008 QCCA 1753	N/A	N/A	N/A	N/A	Dufresne, Rochette (concurrent), Dutil	0
<i>Bédard c. Minolta Business Equipment (Canada) Ltd., Minolta Québec</i>	2008 QCCA 1662		N/A		N/A	Robert, Otis, Giroux	1
<i>McMahon Distributeur pharmaceutique inc. c. Côté</i>	2008 QCCA 1165		N/A		N/A	Rochon, Dutil, Côté	2
<i>Commission de la santé et de la sécurité du travail c. Commission des professions professionnelles</i>	2008 QCCA 1119		N/A	N/A	N/A	Gendreau, Thibault, Dutil	1
<i>Société Reine de la paix c. L'Avenir (Municipalité de)</i>	2008 QCCA 1096	N/A	N/A	N/A	N/A	Côté, Bich, Nuss	0
<i>Chevalier c. Commission de la santé et sécurité du travail</i>	2008 QCCA 1111	N/A	N/A			Thibault, Robert, Bich	2
<i>Commission scolaire de Montréal c. Alliance des professeures et professeurs de Montréal</i>	2008 QCCA 995			N/A	N/A	Beauregard, Bich (concurrente), Dufresne (dissident)	2
<i>Multi-marques Distribution inc. c. Régie des rentes du Québec</i>	2008 QCCA 597		N/A	N/A	N/A	Thibault, Morin, Rayle	1
		N/A					0

Décompte par juge

	Aucun critère	1 critère	2 critères	3 critères	4 critères	Nombre de décisions rendues
Baudouin	1					1
Beauregard	3					3
Bélanger	1	1	1			3
Bich	8		2	3		13
Bouchard	10		3			13
Brossard		3	1			4
Chamberland	5	1	0			6
Côté	4	1	1			6
Cournoyer		1	1			2
Dalphond	7	2	3		1	13
Doyon	7			2		9
Dufresne	10	2	3		1	16
Dutil	8	2	3			13
Duval Hesler	1				1	2
Émond	1					1
Forget	1					1
Fournier	2					2
Gagnon	6	2	1		1	10
Gascon	3		2			5
Gendreau		1				1
Giroux	2	2	1	1		6
Hilton	6	1		1		8
Kasirer	9	2	1	1		13
Léger	3		2			5
Marcotte		1				1
Morin	4	1	1			6
Morissette	10					10
Nuss	1		1		1	3
Otis	1		1			2
Pelletier	2			2	1	5
Rayle		1				1
Robert	3	1	2			6
Rochette	4	2	3			9
Rochon	4	2	2			8
Savard	2				1	3
St-Pierre	3	1		1	1	6
Thibault	4	2	1	1		8
Vauclair	3					3
Vézina	4	1	3	1	1	10
Wagner	6					6
Total	149	33	39	13	9	243

Décompte par juge en pourcentage

	Aucun critère (%)	1 critère (%)	2 critères (%)	3 critères (%)	4 critères (%)
Baudouin	100	0	0	0	0
Beauregard	100	0	0	0	0
Bélanger	33	33	0	0	0
Bich	62	0	15	23	0
Bouchard	77	0	23	0	0
Brossard	0	75	25	0	0
Chamberland	83	17	0	0	0
Côté	67	17	17	0	0
Cournoyer	0	50	50	0	0
Dalphond	54	15	23	0	8
Doyon	78	0	0	22	0
Dufresne	63	13	19	0	6
Dutil	62	15	23	0	0
Duval Hesler	50	0	0	0	50
Émond	100	0	0	0	0
Forget	100	0	0	0	0
Fournier	100	0	0	0	0
Gagnon	60	20	10	0	10
Gascon	60	0	40	0	0
Gendreau	0	100	0	0	0
Giroux	33	33	17	17	0
Hilton	75	13	0	3	0
Kasirer	69	15	8	8	0
Léger	60	0	40	0	0
Marcotte	0	100	0	0	0
Morin	67	17	17	0	0
Morissette	100	0	0	0	0
Nuss	33	0	33	0	33
Otis	50	0	50	0	0
Pelletier	40	0	0	40	20
Rayle	0	100	0	0	0
Robert	50	17	33	0	0
Rochette	44	22	33	0	0
Rochon	50	25	25	0	0
Savard	67	0	0	0	33
St-Pierre	50	17	0	17	17
Thibault	50	29	13	13	0
Vauclair	100	0	0	0	0
Vézina	40	10	30	10	10
Wagner	100	0	0	0	0
Total	65	14	16	5	4

100,0

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : LE DROIT À LA VIE DE L'ENFANT À NAÎTRE FACE AU PLURALISME
JURIDICO-CULTUREL EUROPÉEN : ESSAI DE CONCILIATION À
PARTIR DE LA THÉORIE DE LA MARGE NATIONALE
D'APPRÉCIATION

Auteur(s) : Henri Bandolo KENFACK

Revue : *RDUS*, 2015, volume 45, numéro 3

Pages : **469-510**

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/9919>

DOI : <http://dx.doi.org/10.17118/11143/9919>

Page vide laissée intentionnellement.

LE DROIT À LA VIE DE L'ENFANT À NAÎTRE FACE AU PLURALISME JURIDICO-CULTUREL EUROPÉEN : ESSAI DE CONCILIATION À PARTIR DE LA THÉORIE DE LA MARGE NATIONALE D'APPRÉCIATION

par Henri Bandolo KENFACK*

La question de l'avortement continue à diviser la jurisprudence et à déchirer la doctrine, faute de consensus social sur la définition commune de la nature et du statut juridiques de l'enfant à naître. Chaque société ayant sa culture et sa tradition juridique, le statut juridique de l'enfant à naître ne fait pas l'unanimité entre les États. Dans ce cas, on peut se demander si la notion de droit à la vie varie en fonction du milieu culturel dans lequel la vie se développe. La réponse à une telle question n'est pas évidente et peut résider dans le degré de perception de la notion de dignité humaine dans chaque société, ce qui plonge d'ailleurs le droit à la vie dans un pluralisme juridique et culturel. Face à un tel pluralisme différent et opposé, le présent article se propose de démontrer comment la notion de la marge nationale d'appréciation peut permettre de concilier les droits humains et la diversité culturelle, notamment dans le cas du droit à la vie de l'enfant à naître.

Due to an absence of social consensus on the status of the unborn, the issue of abortion continues to be controversial not only in jurisprudence but also in doctrinal writings. Since each society enjoys its own culture and legal tradition, the legal status of the fetus is not treated uniformly from one jurisdiction to another. One may query whether the notion of the right to life depends upon the cultural environment of the milieu where the question is raised. While this remains uncertain, one response to this question could depend upon the concept of human dignity within each society which posits the right to life within the context of legal and cultural pluralism. Since pluralism suggests various approaches, this article seeks to demonstrate how a national margin of appreciation could facilitate the reconciliation of human rights and cultural diversity with respect to the unborn's right to life.

---

* . Doctorant en droit à l'Université de Montréal.

SOMMAIRE

INTRODUCTION	471
I- L'émergence de la marge nationale d'appréciation en matière de protection de l'enfant à naître	476
A- La notion de marge nationale d'appréciation	477
1- Marge nationale d'appréciation et pluralisme juridique	477
2- Marge nationale d'appréciation et pluralisme culturel...	479
B- Les fondements de la marge nationale d'appréciation	481
1- L'absence de définition des notions de « vie » et de « droit à la vie » dans le droit européen	482
a- L'absence de définition du terme « vie » et le refus de la Cour de se prononcer.....	482
b- L'absence de définition de l'expression « droit à la vie » et le refus de la Cour de se prononcer	484
2- L'absence de consensus européen sur la nature et le statut juridique de l'enfant à naître	489
a- Les controverses sur les notions de « début de la vie humaine » et de « personnalité humaine »	489
b- Les controverses autour de la reconnaissance de l'enfant à naître comme titulaire et bénéficiaire du droit à la vie.....	495
II- L'incidence de la marge nationale d'appréciation sur la protection du droit à la vie de l'enfant à naître.....	498
A- Une protection adaptée au contexte socioculturel et juridique des États	499
1- Une marge de discrétion.....	499
2- Un pouvoir discrétionnaire	502
B- Une protection rigoureuse à travers le pouvoir de contrôle et de surveillance de la Cour européenne	505
1- Le contrôle de conformité	505
2- Le contrôle de compatibilité	507
CONCLUSION	509

INTRODUCTION

Le droit à la vie s'inscrit dans le principe, plus large, de dignité humaine¹. Il occupe aujourd'hui une place aussi visible que prépondérante dans les instruments de protection des droits de l'homme². Si certains l'ont qualifié de droit fondamental de la

1. Bertrand MATHIEU, « La vie en droit constitutionnel comparé. Éléments de réflexion sur un droit incertain », R.I.D.C. 1998.50, p. 1031. Le concept de respect de la dignité humaine remonte dans l'histoire, puisqu'on le trouvait déjà dans plusieurs instruments juridiques. Ainsi, la *Charte des Nations Unies* signée à San Francisco, le 26 juin 1946, affirme solennellement, dès la première phrase de son préambule, la foi des peuples des Nations Unies « dans les droits fondamentaux de l'homme, dans la dignité et la valeur de la personne humaine... » Quelques mois plus tard, l'Acte constitutif de l'Unesco, établi à Londres le 16 novembre 1945, énonçait également dans son préambule que « la grande et terrible guerre qui vient de finir a été rendue possible par le reniement de l'idéal démocratique de dignité, d'égalité et de respect de la personne humaine... ». Trois années plus tard, la *Déclaration universelle des droits de l'homme* adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies, le 10 décembre 1948, proclame également, dès le premier Considérant de son préambule que « la reconnaissance de la dignité humaine inhérente à tous les membres de la famille humaine et de leurs droits égaux et inaliénables constitue le fondement de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde ». Cette formulation sera reprise textuellement dans le préambule tant du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* que de celui relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, adoptés par l'Assemblée générale des Nations Unies, le 16 décembre 1966. Ainsi, l'article 10 du premier de ces deux *Pactes* précise que « [t]oute personne privée de sa liberté est traitée avec humanité et avec le respect de la dignité inhérente à la personne humaine ». De même, les quatre *Conventions humanitaires* signées à Genève, le 12 août 1949, contiennent un article 3 qui leur est commun, prohibant à l'égard des personnes les atteintes à la dignité humaine, notamment les traitements humiliants et dégradants.
2. Voir l'article 3 de la *Déclaration Universelle des droits de l'homme* du 10 décembre 1948 qui mentionne que « tout individu a droit à la vie, à la liberté et à la sûreté de sa personne ». Le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* du 16 décembre 1966 (entré en vigueur le 3 janvier 1976) précise en son article 6, paragraphe 1 que « [l]e droit à la vie est inhérent à la personne humaine. Ce droit doit être protégé par la loi. Nul ne peut être arbitrairement privé de la vie ». La *Convention européenne des droits de l'homme* ouverte à la signature le 4 novembre 1950 et entrée en vigueur le 3 septembre 1953 consacre tout son article

personne humaine³, c'est parce que les libertés et droits fondamentaux découlent de la vie, que le droit enveloppe la vie de l'individu tout au long de celle-ci et que, en toute hypothèse, il ne peut être porté atteinte à cette dernière⁴.

La notion de droit à la vie remonte dans l'histoire. Si l'on revient à l'Antiquité grecque, on comprend que le droit à la vie était beaucoup plus interprété par rapport à l'avortement et au suicide. Ainsi, Aristote pense que si les parents ont beaucoup

---

2 au droit à la vie. Son alinéa 1^{er} mentionne : « Le droit de toute personne à la vie est protégé par la loi. La mort ne peut être infligée à quiconque intentionnellement, sauf en exécution d'une sentence capitale prononcée par un tribunal au cas où le délit est puni de cette peine par la loi ». La *Convention américaine relative aux droits de l'homme* signée le 22 novembre 1969 et entrée en vigueur le 18 juillet 1978 a également consacré son article 4 au droit à la vie. Pour sa part, elle reconnaît un droit à la vie à partir de la conception. Ainsi, le paragraphe 1 de son article 4 est clair : « Toute personne a droit au respect de sa vie. Ce droit doit être protégé par la loi, et en général à partir de la conception. Nul ne peut être privé arbitrairement de la vie ». La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples adoptée le 27 juin 1981 et entrée en vigueur le 21 octobre 1986 dispose en son article 4 que « La personne humaine est inviolable. Tout être humain a droit au respect de sa vie et à l'intégrité physique et morale de sa personne : nul ne peut être privé arbitrairement de ce droit ». Selon l'article 5 de la Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant, le droit à la vie est un droit imprescriptible et par conséquent les États assurent non seulement la survie et le développement de l'enfant mais aussi sa protection.

3. Anne TRIMARCO MARCIALI, « Droits fondamentaux et protection de la vie humaine prénatale dans la jurisprudence administrative », (2009) 3 *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'Étranger*, p. 748. Pour la Cour européenne des droits de l'homme, le droit à la vie constitue « l'une des valeurs fondamentales des sociétés démocratiques » : *Mac Cann c. le Royaume-Uni*, arrêt du 27 septembre 1995, série A n° 324, § 147. Pour le Comité des droits de l'homme des Nations Unies, l'affaire *Baboeram c. le Surinam*, n° 146/1983, § 697, décision de la Commission du 4 avril 1985 le définissait comme le « droit suprême de l'être humain ». Le Comité des droits de l'homme l'apprehende ensuite comme « le droit le plus fondamental » (*Judge c. Canada*, constatations du 5 août 2003, § 10.3) voire comme « faisant partie du *jus cogens* » (*Nydia Bautista de Arellano c. Colombie*, 27 octobre 1995, § 6.6).
4. Catherine PUIGELIER, « Qu'est-ce qu'un droit à la vie? » D. 2003.2781.

d'enfants à nourrir, ils peuvent pratiquer l'avortement⁵. Le raisonnement de ce philosophe concorde avec celui d'un autre auteur, Michel Schooyans, qui pense que la pratique de l'avortement est étroitement liée au contexte économique et social et a été souvent le recours ultime du couple pauvre, angoissé à la perspective d'une bouche de plus à nourrir⁶. Il en ressort qu'une alimentation insuffisante est une raison valable pour justifier la pratique de l'avortement. Aujourd'hui, d'autres facteurs peuvent être pris en considération pour définir l'avortement, notamment la tradition juridique des États qui fait renaître le débat sur la question de la diversité culturelle.

Il est dès lors intéressant de s'interroger sur la pertinence de la notion de « culture » en tant que facteur déterminant du droit. On a pu observer, au sein des mouvements en faveur des droits humains, une légère tendance à mettre en avant la « culture » plutôt que les conditions économiques, sociales ou politiques, pour expliquer les violations des droits de l'homme⁷. La *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*⁸ mentionne en son article 22 que « [l']Union respecte la diversité culturelle, religieuse et linguistique ». On peut également observer dans le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*⁹ une prise en compte des questions des minorités ethniques, religieuses et linguistiques. Dans son article 27, on peut ainsi lire : « Dans les États où il existe des minorités ethniques, religieuses ou linguistiques, les personnes appartenant à ces minorités ne peuvent être privées du droit d'avoir, en commun avec les autres

---

5. Sylvanus Ndubisi OKECHUKWU, *The Right to Life and the Right to Live. Ethics of International Solidarity*, Paris, Peter Lang, 1990, p. 183.

6. Michel SCHOYANS, *L'enjeu politique de l'avortement*, 2^e Éd; Paris, Oeil; 1991, p. 11.

7. Florian HOFFMANN et Julie RINGELHEIM, « Par-delà l'universalisme et le relativisme : la Cour européenne des droits de l'homme et les dilemmes de la diversité culturelle » (2004) 52 *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, p. 4.

8. *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, 2000/C 364/01 (18 décembre 2000).

9. *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 19 décembre 1966, (1976) 999 R.T.N.U. 107 (ci-après *Pacte sur les droits civils*).

membres de leur groupe, leur propre vie culturelle, de professer et de pratiquer leur propre religion, ou d'employer leur propre langue. » De ce point de vue, on peut considérer que la notion de droit à la vie varie en fonction du milieu culturel dans lequel la vie se développe, puisque toute la question résidera dans le degré de perception de la notion de dignité humaine dans chaque société. Dans certaines sociétés africaines, par exemple, la pratique de la mutilation sexuelle est acceptée comme un trait inaliénable de la culture. Cette pratique, dans une telle culture, n'est nullement considérée comme une violation d'un droit quelconque ni, à plus forte raison, de celui du droit à la vie¹⁰. Alors que dans d'autres cultures, cette pratique est une violation incontestable du droit à la vie, compte tenu des risques possibles que cette forme de mutilation sexuelle peut occasionner. Cette prise en considération de la culture des États a fait renaître le débat sur la problématique de l'universalité des droits humains¹¹; débat aujourd'hui posé en termes de mondialisation des droits de l'homme.

Il faut reconnaître que la *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* communément appelée *Convention européenne des droits de l'homme*¹² ne contient aucune disposition similaire à celles de la *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne* ou du *Pacte des Nations Unies* ci-dessus cités, ni aucune référence à la notion de diversité culturelle. On peut supposer que dans l'esprit des « pères fondateurs » de la Convention, les considérations culturelles n'avaient pas leur place dans le champ des droits humains. Mais, l'article 14 de la *Convention européenne des droits de l'homme* évoque néanmoins le critère de l'appartenance à une minorité nationale quand elle interdit les discriminations. Au regard du nombre d'États parties à la *Convention européenne* qui augmente

-
10. Johannes G.C. VAN AGGELEN, *Le rôle des organisations internationales dans la protection du droit à la vie*, Bruxelles, Story-Scientia, 1986, p. 2.
11. Voir Woyo KONATE, *Universalité des droits de l'homme et mondialisation*, thèse de doctorat, Montpellier, Université de Montpellier III, 2011.
12. *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, 4 novembre 1950, S.T. E. n° 5 (ci-après la *Convention européenne*).

considérablement au cours des années, la Cour est de plus en plus confrontée au problème des variations de traditions et de sensibilités d'un État à l'autre¹³. Ainsi, parmi les affaires qui sont portées devant les juges de Strasbourg, plusieurs soulèvent des questions touchant aux spécificités culturelles des États parties. Ce constat du caractère « culturellement sensible » de certaines affaires va amener la Cour à reconnaître aux États une large « marge nationale d'appréciation »¹⁴.

La marge nationale d'appréciation trouve donc un fondement dans l'absence de consensus de la part des États membres de l'Union européenne sur certaines questions, comme celle du droit à la vie du fœtus. Il n'est pas surprenant de présenter le droit à la vie métaphoriquement comme un arbre à partir duquel tous les autres droits prennent leur racine. Il n'est pas non plus surprenant que le droit à la vie se mérite le titre de droit fondamental et devrait, de ce fait, bénéficier d'une protection absolue. Toutefois, celui de l'enfant à naître connaît encore de sérieux problèmes. L'expression « enfant à naître » n'est définie nulle part dans la Convention, mais ses synonymes sont nombreux : fœtus, enfant conçu, enfant simplement conçu, etc. Toutefois, suivant une étude faite par la Commission de réforme du droit du Canada, le terme « fœtus » désigne le produit de l'union, dans l'utérus, d'un spermatozoïde et d'un ovule humains, à quelque stade de la vie qui précède l'accession au statut de personne. Le terme embrasse à la fois l'embryon, c'est-à-dire le fœtus entre la fécondation et la fin de l'organogénèse, et le fœtus qui a dépassé le stade embryonnaire¹⁵.

Traditionnellement enfermé depuis le droit romain dans une fiction juridique qui fait de lui un être humain à la fois

---

13. F. HOFFMANN et J. RINGELHEIM, préc., note 7.

14. Lire à ce sujet, entre autres, Frédéric SUDRE, *Droit international et européen des droits de l'homme*, 10^e éd.; , Paris, PUF, 2011, aux pp. 227-237.

15. COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *Les crimes contre le fœtus*, Document de travail 58, Ottawa, Ministère des Approvisionnements et Services Canada, 1989, p. 52.

juridiquement inexistant, faute de personnalité juridique, et paradoxalement apte à acquérir des droits, le sort de l'enfant conçu fait l'objet, en doctrine comme en jurisprudence, d'un chassé-croisé perpétuel entre catégories juridiques différentes et opposées¹⁶. Face à une telle division et en l'absence de consensus de la part des États membres de l'Union européenne, la Cour européenne des droits de l'homme a toujours évité de se prononcer sur le statut juridique de l'enfant à naître et sa reconnaissance comme titulaire du droit à la vie au sens de l'article 2 de la Convention, empruntant chaque fois à la théorie de la marge nationale d'appréciation¹⁷. Cette différence des traditions juridiques et culturelles sur l'application des droits humains amène à s'interroger sur les questions fondamentales suivantes : peut-on considérer l'enfant à naître comme une personne pouvant bénéficier de la protection du droit à la vie? Comment les différences culturelles entre les États peuvent-elles influencer sur la mise en œuvre des droits de l'enfant à naître? Peut-on considérer la marge nationale d'appréciation comme un moyen permettant de concilier les droits de l'enfant à naître et la diversité culturelle? Telles sont des questions clefs de cette contribution à la problématique de la protection du droit à la vie de l'enfant à naître et des femmes enceintes.

I- L'émergence de la marge nationale d'appréciation en matière de protection de l'enfant à naître

Le droit à la vie de l'enfant à naître et la question de l'avortement sont le reflet d'une culture ou d'une tradition. Ainsi, lorsqu'il s'agit des sujets sensibles, en l'occurrence l'avortement, il est difficile d'unifier le droit des États membres. Les arguments avancés lors des débats sont d'ordre moral ou religieux. Alors, la Cour européenne des droits de l'homme tente de trouver un terrain d'entente à travers sa théorie de la marge nationale d'appréciation. Que faut-il entendre exactement par « marge

---

16. François DIESSE, « La situation juridique de l'enfant à naître en droit français : entre pile et face » (1999/2000) 30 *Revue générale de droit* 607.

17. *Vo c. France* [GC], n° 53924/00, §. 82, CEDH 2004-VIII.

nationale d'appréciation » et quels en sont les fondements dans le droit européen des droits de l'homme?

A- La notion de marge nationale d'appréciation

L'absence d'un dénominateur commun au système juridique des États contractants est souvent évoquée comme but légitime à l'appui de la marge nationale d'appréciation. On note en outre l'absence du droit conventionnel à l'avortement. Et face à une telle situation, la Cour européenne des droits de l'homme cède à la primauté des valeurs morales et culturelles des États européens sur le droit individuel des femmes à la libre disposition de leur corps¹⁸, d'où l'intérêt de la relation marge d'appréciation et pluralisme juridique, d'une part, et marge d'appréciation et pluralisme culturel, d'autre part.

1- Marge nationale d'appréciation et pluralisme juridique

La notion de marge d'appréciation permet le respect du pluralisme qui caractérise le système juridique européen. Elle a été évoquée pour la première fois par la Commission européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Lawless c. Irlande*¹⁹ où elle avait ainsi reconnu aux États une « marge nationale d'appréciation »²⁰. La Cour européenne des droits de l'homme a

---

18. Nicolas HERVIEU, « L'avortement devant la Cour de Strasbourg : une « morale » de l'histoire bien décevante (Cour EDH, G.C. 16 décembre 2010, *A.B.C. c. Irlande*) », *combatsdroitshomme.blog.lemonde.fr*, 19 décembre 2012, en ligne : <<http://combatsdroitshomme.blog.lemonde.fr/2010/12/19>> (consulté le 13 janvier 2015).

19. *Lawless c. Irlande* (n° 3), arrêt du 1^{er} juillet 1961, série A n° 3. La question était de savoir si les dérogations au respect de l'article 5 de la *Convention européenne des droits de l'homme* (notamment des gardes à vue de plusieurs jours sans présentation au juge) avaient été prises, en raison de la situation irlandaise, « dans la stricte mesure où la situation l'exige ».

20. Mireille DELMAS-MARTY et Marie-Laure IZORCHE, « Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit. Réflexion sur la validité formelle d'un droit commun pluraliste » (2000) 52 R.I.D.C. 760.

emboîté le pas à l'occasion de l'arrêt *Handyside c. Royaume Uni*²¹. Dans cette affaire, étaient en cause les procédures engagées contre le requérant en tant qu'éditeur d'un manuel de conseils destinés aux adolescents, incluant des informations sur la sexualité et qui avait été qualifié par les autorités de « publication obscène ». Ces procédures avaient abouti à la saisie et à la confiscation de l'ouvrage ainsi qu'à la condamnation du requérant à une amende. La Cour était appelée à déterminer si, comme le soutenait le gouvernement, ces mesures pouvaient être considérées comme nécessaires, dans une société démocratique, à la protection de la morale, comme but légitime²². Ce passage de l'arrêt *Handyside* démontre, à n'en point douter, le lien existant entre la marge d'appréciation et la diversité culturelle ou juridique. Ce lien entre la nature culturelle de certaines questions et la marge d'appréciation s'est réaffirmé dans l'arrêt *Wingrove c. Royaume-Uni*. Le requérant se plaignait de ce que son film vidéo ait été interdit de distribution par les autorités britanniques, en raison de son caractère jugé blasphématoire vis-à-vis des symboles chrétiens. Examinant la licéité au regard de la Convention de l'ingérence subie par le requérant dans sa liberté d'expression, la Cour affirme qu'« une grande marge d'appréciation est généralement laissée aux États contractants lorsqu'ils réglementent la liberté d'expression sur des questions susceptibles d'offenser des convictions intimes, dans le domaine de la morale et, spécialement de la religion. »²³ La Cour n'apparaît que comme un organe subsidiaire par rapport aux systèmes nationaux de protection des droits de l'homme. Cette subsidiarité explique bien le fondement de la marge nationale d'appréciation.

La marge d'appréciation est d'abord « l'expression d'une nécessité fonctionnelle » d'après le Professeur Frédéric Sudre²⁴. Il pèse donc sur l'État une présomption de la connaissance du droit

---

21. *Handyside c. Royaume Uni*, arrêt du 7 décembre 1976, série A n° 24.

22. F. HOFFMANN et J. RINGELHEIM, préc., note 7, p. 9.

23. *Wingrove c. Royaume-Uni*, arrêt du 25 novembre 1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-V, § 58.

24. Frédéric SUDRE, *Droit international et européen des droits de l'homme*, 10^e éd., Paris, PUF, 2011, p. 228.

et des faits liés à l'exercice de la souveraineté sur l'ensemble de son territoire. La Cour estime que les autorités nationales lui paraissent dans certains contextes mieux placées pour apprécier la manière dont il convient de répondre aux exigences de la Convention²⁵. L'État est mieux placé pour connaître et juger les faits qui se déroulent sur son territoire.

La marge d'appréciation est également la traduction d'une exigence idéologique : le pluralisme joue à l'intérieur de la communauté des États européens²⁶. Ainsi, la Cour prend en compte la diversité européenne et les cultures juridiques des États²⁷. La Convention n'impose aucune uniformité absolue. La Cour trouve qu'il est impossible de dégager du droit interne des divers États contractants « une notion européenne uniforme de la morale »²⁸ ou une « approche européenne uniforme » dans le domaine de la réglementation du recours à la fécondation *in vitro*²⁹. Dans de nombreux cas, elle a admis que, compte tenu des circonstances, les caractéristiques culturelles propres à l'État, à la région ou à une communauté constituaient un élément pertinent à prendre en considération pour apprécier l'existence d'une violation de la Convention³⁰.

2- Marge nationale d'appréciation et pluralisme culturel

La diversité culturelle croissante qui caractérise les sociétés européennes contemporaines et les tensions qu'elle engendre suscitent de vibrants débats³¹. D'un point de vue éthique, ce caractère multiculturel de la société européenne invite à la tolérance mutuelle, tant des peuples que des responsables

---

25. *Handyside c. Royaume Uni*, préc., note 21, § 48.

26. F. SUDRE, préc., note 24, p. 229.

27. *Sunday Times c. Royaume Uni* (n° 1), arrêt du 26 avril 1979, série A n° 30, § 61.

28. *Handyside c. Royaume Uni*, préc., note 21, § 48.

29. *Evans c. Royaume-Uni* [GC], n° 6339/05, § 79, CEDH 2007-I.

30. F. HOFFMANN et J. RINGELHEIM, préc., note 7, p. 7.

31. Julie RINGELHEIM, *Diversité culturelle et droits de l'homme. La protection des minorités par la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 1.

politiques des Nations de l'Europe qui ont choisi, de manière unique, de lier leur destin tout en assurant le respect mutuel de traditions historiques particulièrement fortes³². D'un point de vue juridique, ce multiculturalisme a pour base l'article 6 du *Traité d'Amsterdam*³³ (ex-article F du *Traité de Maastricht*) qui fait dériver les droits fondamentaux, reconnus au niveau de l'union, notamment des traditions constitutionnelles communes aux États membres et qui proclame, par ailleurs, que « l'union respecte l'identité nationale de ses États membres »³⁴. Ainsi, dès lors qu'un État est accusé d'avoir violé un droit protégé, il tente de justifier cette violation en invoquant la protection de la culture nationale ou de la morale traditionnelle³⁵. C'est le cas du droit à la vie de l'enfant à naître qui alimente les débats lorsqu'on évoque la question de l'avortement. Les États ont tendance à rattacher une telle question à la culture. Cette kyrielle de situations ne laisse planer aucun doute que le droit à la vie varie en fonction du milieu culturel dans lequel la vie se développe. Dans ce cas, comment concilier les spécificités culturelles parfois contradictoires des États?

La Cour européenne reconnaît aux autorités nationales une ample marge d'appréciation sur certaines questions³⁶. Ce peut être aussi une marge d'appréciation réduite³⁷ et dans ce cas, la Cour va donc restreindre la marge d'appréciation de l'État en fonction de l'ampleur de la question. Ainsi, la Cour a précisé dans l'arrêt *Connors* que l'article 8 de la *Convention européenne des droits de l'homme* garantit aux individus la liberté de choisir de préserver une identité culturelle, qui s'exprime par la poursuite d'un certain mode de vie et requiert tout simplement de l'État qu'il s'abstienne

---

32. *Vo c. France*, préc., note 17, § 40.

33. Le *Traité d'Amsterdam* a été signé le 2 octobre 1997 et est entré en vigueur le 1^{er} mai 1999. Il a modifié le *Traité instituant la communauté européenne* et le *Traité de l'Union européenne* (*Traité UE*).

34. *Vo c. France*, préc., note 17, § 40.

35. J. RINGELHEIM, préc., note 31, p. 5.

36. Cour EDH; *Buckley c. Royaume Uni*, arrêt du 25 septembre 1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-IV, § 75.

37. *Connors c. Royaume-Uni*, n° 66746/01, § 85, CEDH 2004-I.

de toute immixtion dans la sphère privée et familiale³⁸. Le pluralisme est au cœur de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Il traduit la diversité des cultures dans les États. En évoquant la marge d'appréciation des États, la Cour reconnaît et respecte une telle diversité. Il revient donc à l'État d'assurer un cadre juridique qui garantit à chacun la protection de ses droits fondamentaux.

Le droit à la vie de l'enfant à naître et le droit à la vie de la femme enceinte sont en perpétuel conflit avec la diversité culturelle interne des États. Au sein des États parties à la *Convention européenne*, il existe des divergences, des tensions, des oppositions sur la question de l'avortement et celle du statut juridique de l'enfant à naître. Pour trancher, la Cour trouve qu'il est nécessaire de renvoyer la question au droit interne des États afin que ces derniers puissent la régler selon leurs traditions culturelles. La notion de marge d'appréciation permet donc de mieux comprendre l'incertitude autour de l'avortement dans un monde multiculturel.

B- Les fondements de la marge nationale d'appréciation

La Cour n'a eu de cesse de rappeler que la *Convention européenne* est un instrument vivant qui doit être interprété à la lumière des conditions de vie actuelles³⁹. Il en résulte dans le cadre d'une interprétation évolutive de la Convention que le point de départ du droit à la vie relève de la marge d'appréciation des États que la Cour tend à considérer qu'elle doit leur être reconnue dans ce domaine. Les raisons qui la poussent à un tel raisonnement sont de deux ordres : d'une part, la solution donnée à la protection du droit à la vie de l'enfant à naître n'est pas arrêtée au sein de la majorité des États contractants, du fait de l'absence de définition scientifique et juridique des notions de vie et du droit à la vie, et d'autre part, aucun consensus européen n'existe sur la nature et le statut juridique de l'enfant à naître.

---

38. *Connors c. Royaume-Uni*, préc., note 37, § 84.

39. *Tyrer c. Royaume-Uni*, arrêt du 25 avril 1978, série A n° 26, § 31.

Cette situation fait naître les débats et les combats autour de la problématique du fondement juridique de l'avortement et des bénéficiaires du droit à la vie. Ces combats opposent les défenseurs des droits de l'être à naître à ceux qui militent plutôt pour les droits de l'être vivant, ce qui rend d'ailleurs difficile la reconnaissance de la qualité de personne au fœtus.

1- L'absence de définition des notions de « vie » et de « droit à la vie » dans le droit européen

L'article 2 de la *Convention européenne des droits de l'homme* renferme deux éléments fondamentaux. La première phrase du paragraphe 1 énonce l'obligation générale de protéger le droit à la vie par la loi. La deuxième phrase interdit de donner la mort intentionnellement. Cette interdiction est délimitée par les exceptions mentionnées dans la deuxième phrase elle-même et le paragraphe 2, quant à lui, énumère les limitations au droit à la vie. La disposition ne définit ni le terme « vie » ni l'expression « droit à la vie ». Face à un tel silence, la Cour européenne refuse de se prononcer sur la définition de ces termes et préfère renvoyer aux lois des États le soin de statuer sur la question.

a- L'absence de définition du terme « vie » et le refus de la Cour de se prononcer

Si les praticiens biologistes, généticiens ou médecins semblent incapables de s'entendre sur la façon de définir la vie, et ne sont même pas en mesure de s'accorder sur les critères de distinction entre matière vivante et inerte, si ceux qui ont la formation adéquate dans les disciplines médicales, philosophiques et théologiques sont incapables d'arriver à se mettre d'accord sur le moment du commencement de la vie, l'infortuné juriste ne peut prétendre, ni donner une définition incontestable de la vie, ni déterminer avec certitude le moment où cette vie commence⁴⁰.

---

40. Anne TRIMARCO MARCIALI, « Droits fondamentaux et protection de la vie humaine prénatale dans la jurisprudence administrative » (2009) 3-010 *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger* 743.

Les instruments internationaux de protection du droit à la vie précisent que « toute personne a droit à la vie ». On peut en déduire que seule une personne peut bénéficier du droit à la vie. La *Convention internationale sur les droits de l'enfant* déclare protéger l'être humain dans sa personne dès le commencement de la vie. Dans le même sens, la *Convention américaine des droits de l'homme* en son article 4 protège le droit à la vie « en général à partir de la conception ». On peut déduire de ces deux textes que la vie s'entend comme étant la durée qui sépare la conception de la mort. De ce point de vue, ce n'est plus la naissance qui définit le point de départ de l'existence d'une personne, mais bien au contraire la simple conception.

Il faut relever que l'absence de définition du mot « vie » dans ces textes génère le trouble autour de la notion de « personne ». Puisqu'aucun texte juridique ne définit ni l'expression « toute personne » ni le terme « vie », on s'inspire de la doctrine qui tente de proposer une définition. Ainsi, Hannah Arendt se plonge dans l'Antiquité grecque pour rappeler que le thème de la vie se déclinait de deux façons : d'abord, la vie au sens de *Zoé*, qui donnera zoologie, est celle qui anime et caractérise tous les vivants dans le « être en vie ». Ensuite, la vie au sens de *Bios*, qui donnera biographie, est celle qui désigne la vie en sa dimension éthico-culturelle, l'existence comme genre ou style de vie⁴¹. Cette distinction historique établie par Arendt ne donne toujours pas une définition claire du mot « vie ». Elle présente tout simplement la vie d'abord comme zoologie couramment appelée biologie et ensuite comme biographie, mais reste silencieuse quant à la question des bénéficiaires de la vie.

Le *Dictionnaire français de médecine et de biologie* définit la vie comme étant « l'ensemble des phénomènes énergétiques que

---

41. Hannah ARENDT, *La crise de la culture, Huit exercices de pensée politique*, Paris, Gallimard, 1972, p. 59. Dans le même sens, voir Jean-Philippe PIERRON, « Le droit à la vie : point aveugle ou horizon d'attente des droits de l'homme? », dans Michel LEVINET (dir.), *Le droit au respect de la vie au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 80.

manifestent certaines protéines, en particulier celui de s'organiser sous la forme d'une cellule ou d'un groupe de cellules, constituant un organisme capable de se multiplier et de se perpétuer ainsi indéfiniment, si les conditions ambiantes lui restent favorables »⁴². Il nous semble que cette définition ne parle que de la formation de la vie, même si elle tente de décrire plus loin les conditions pouvant favoriser le droit à la vie.

Dans sa décision *X c. Royaume-Uni*, la Commission européenne s'est penchée sur la requête d'un mari qui se plaignait de l'autorisation accordée à sa femme en vue d'un avortement thérapeutique pour en fin statuer sur le terme « vie » et, en particulier, le début de la vie. Elle note, à cet effet, qu'il existe des divergences de points de vue sur la question du moment où la vie commence. D'aucuns estiment qu'elle commence dès la conception alors que d'autres ont tendance à insister sur le moment de la nidation, sur celui où le fœtus devient viable ou encore sur celui où il naît vivant⁴³.

b- L'absence de définition de l'expression « droit à la vie » et le refus de la Cour de se prononcer

La *Convention européenne* consacre son article 2 au droit à la vie et précise au paragraphe 1^{er} que le droit de toute personne à la vie est protégé par la loi. Que faut-il entendre exactement par « droit à la vie »? La Convention ne propose aucune définition. Face au silence des instruments de protection des droits de

---

42. Alexandre MANUILA, *Dictionnaire français de médecine et de biologie*, t. III, Paris, Masson, 1972, p. 1151. Cette définition a été reprise en 1992 au cours d'un symposium sur le droit à la vie par Eya Nchama, définition dans laquelle l'auteur trouve une jouissance effective du droit à la vie et du droit de vivre. Voir Cruz Melchor EYA NCHAMA, « Le droit à la vie, le droit de vivre et la problématique africaine », dans Daniel PREMONT et Françoise MONTANT (dir.), *Actes du symposium sur le droit à la vie quarante ans après l'adoption de la Déclaration universelle des droits de l'homme : évolution conceptuelle, normative et jurisprudentielle*, Bruxelles, Bruylant, 1992, p. 81.

43. *X c. Royaume-Uni*, n° 8416/79 décision de la Commission du 13 mai 1980, Décisions et rapports 19, p. 260, par. 12.

l'homme quant à sa définition, la notion de droit à la vie en général sera étudiée par la doctrine la plus savante⁴⁴ et fera particulièrement couler beaucoup d'encre jurisprudentielle⁴⁵. Pour

-
44. Entre autres, Michel LEVINET (dir.), *Le droit au respect de la vie au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2010; Bertrand MATHIEU, *Le droit à la vie dans les jurisprudences constitutionnelles et conventionnelles européennes*, Bruxelles, Éditions du Conseil de l'Europe, 2005; Daniel PREMONT (dir.), *Essais sur le concept de « droit de vivre » en mémoire de Yougindra Khushalani*, Bruxelles, Bruylant, 1988; Daniel PREMONT et Françoise MONTANT (dir.), *Actes du symposium sur le droit à la vie quarante ans après l'adoption de la Déclaration universelle des droits de l'homme : évolution conceptuelle, normative et jurisprudentielle*, Bruxelles, Bruylant, 1992; Bertrand G. RAMACHARAN (eds), *The Right to Life in International Law*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1985; Sylvanus OKECHUKWU NDUBISI, *The Right to Life and the Right to Live. Ethics of International Solidarity*, Paris, Peter Lang, 1990; Christian TOMUSCHAT, Evelynne LAGRANGE and Stefan OETER (eds), *The Right to Life*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 2010; Irène COUZIGOU, « L'incidence du droit à la vie sur le droit à un procès équitable dans la jurisprudence du Comité des droits de l'homme », (2010) *Revue générale de droit international public* 343; Feyyaz GÖLCÜKLÜ, « Le droit à la vie dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », dans *Mélanges en hommage à Louis Edmond Pettiti*, Bruxelles, Bruylant, 1998; Alexandre Charles KISS et J-B. MARIE, « Le droit à la vie », (1974) 7 *Human Rights Journal* 338; Françoise TULKENS, « Le droit à la vie et le champ des obligations des États dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », dans *Mélanges Gérard Cohen-Jonathan - Libertés, justice, tolérance*, vol. 2, Bruxelles, Bruylant, 2004.
45. Pour le Comité des droits de l'homme, voir entre autres, C. n° 1440/2005, *Aalbersberg et consorts c. Pays-Bas*, const. du 14 août 2005; C. n° 181/1984, *Arévalo c. Colombie*, const. du 22 novembre 1989; C. n° 563/1993, *Bautissa de Arellana c. Colombie*, const. du 13 novembre 1995; C. n° 992/2001, *Bousroual c. Algérie*, const. du 24 avril 2006; C. n° 1077/2002, *Carpo c. Philippines*, const. du 15 mai 2003; C. n° 913/2000, *Chan c. Guyane*, 23 janvier 2006; C. n° 469/1991, *Charles Chitat Ng c. Canada*, U.N. Doc. CCPR/C/49/D/469/1991 (1994); C. n° 821/1998, *Chongwe c. Zambie*, const. du 9 novembre 2000; C. n° 539/1993, *Cox c. Canada*, const. du 9 décembre 1994; C. n° 1422/2005, *El Hassy c. Jamahiriya arabe libyenne*, const. du 24 octobre 2007; C. n° 1196/2003, *Fatma Zohra Boucherf c. Algérie*, N.U. Doc. CCPR/C/86/D/1196/2003 (2006). Pour la Cour européenne des droits de l'homme, voir entre autres, *Andronicou et Constantinou c. Chypre* (exceptions préliminaires), arrêt du 9 octobre 1997, *Recueil des arrêts et décisions* 1997-VI; *Alikaj et autres c. Italie*, n° 47357/08, CEDH 2011; Al-

Bertrand Mathieu, le droit à la vie c'est d'abord le droit de ne pas se voir imposer une privation de la vie, et en suite, c'est pour l'essentiel l'interdiction de commettre un meurtre et la prohibition de la peine de mort⁴⁶. Après avoir démontré que le lien entre le droit à la vie et le droit de vivre renforce la relation qui existe entre les droits civils et politiques et les droits socio-économiques, Sylvanus Okechukwu formule une définition du concept de « droit à la vie » qui prend en compte le caractère arbitraire de la privation de la vie. Dans son ouvrage intitulé *The Right to Life and The Right to Live*, on peut lire: « The right to life is understood as

---

Skeini et autres c. Royaume-Uni [GC], n° 55721/07, CEDH 2011; *Berkday c. Turquie* (exceptions préliminaires), n° 22493/93, CEDH 2001; *Bubbins c. Royaume-Uni*, n° 50196/99, CEDH 2005-II; *Çakici c. Turquie* [GC], n° 23657/94, CEDH 1999-IV; *Celniku c. Grèce* (déc.), n° 21449/04, CEDH 2007; *Chypre c. Turquie* [GC], n° 25781/94, CEDH 2001-IV; *Çoselav c. Turquie* (satisfaction équitable), n° 1413/07, CEDH 2012; *Csiki c. Roumanie*, n° 11273/05, CEDH 2011. Pour la Cour interaméricaine des droits de l'homme, voir entre autres, *Communauté indigène Sawhoyamaya c. Paraguay*, 29 mars 2006, Fond et Réparations, série C n° 146; *Goiburù et autres c. Paraguay*, Fond, Réparations et Frais, arrêt du 22 septembre 2006, série C n° 153; *Hilaire, Constantine et autres c. Trinité et Tobago*, Fond et Réparations, 21 juin 2002, série C n° 94; *Institut de rééducation des mineurs c. Paraguay*, Fond et réparations, 2 septembre 2004, série C n° 112; *Massacre de Mapiripàn c. Colombie*, Fond et Réparations, 7 mars 2005, série C n° 134. Pour la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples, voir entre autres, *Achuthan et Autres (pour le compte de Banda et Autres) c. Malawi*, (2000) RADH 142 (CADHP 1995); *Amnesty International et Autres c. Soudan*, (2000) RADH 323 (CADHP 1999); *Avocats Sans Frontières (pour le compte de Bwampamye) c. Burundi*, (2000) RADDH 52 (CADHP 2000); *Commission africaine des droits de l'homme et des peuples (pour le compte de la Communauté Ogiek du Kenya) c. République du Kenya*, ordonnance portant mesures provisoires, requête n° 006/2012 du 15 mars 2013; *Commission Nationale de Droits de l'Homme et des Libertés c. Tchad*, (2000) RADDH 343 (CADHP 1995); *Constitutional Rights Project (pour le compte de Akamu et Autres) c. Nigeria*, (2000) RADDH 181 (CADHP 1995); *Femi Falana c. Union africaine*, requête n° 001/2011 du 26 juin 2012; *Free Legal Assistance Group et Autres c. Zaïre*, (2000) RADH 299 (CADHP (1995)); *Forum of Conscience c. Sierra Leone*, (2000) RADDH 318 (CADHP 2000).

46. Voir Bertrand MATHIEU, *Le droit à la vie dans les jurisprudences constitutionnelles et conventionnelles européennes*, Bruxelles, Éditions du Conseil de l'Europe, 2005, p. 1033.

the right not to be killed and also to be protected from arbitrary execution or murder »⁴⁷. On peut, ainsi définir le droit à la vie non seulement comme le droit de ne pas être tué, mais aussi et surtout comme le droit d'être protégé contre toute privation arbitraire. S'inscrivant dans la même perspective, mais de façon plus simple, Pierre d'Argent définit d'abord le droit à la vie comme « le droit de chaque personne de ne pas être arbitrairement privée de la vie par les autorités publiques » avant de soutenir ensuite que « le respect du droit à la vie est une obligation *erga omnes* »⁴⁸.

À l'occasion du colloque organisé en novembre 2009 par l'Institut de droit européen des droits de l'homme à la Faculté de droit de l'Université de Montpellier I, Jean-Philippe Pierron a proposé une double signification de l'expression « le droit à la vie » : une signification minimale qui définit le droit à la vie comme un droit pour les vivants et un droit appliqué aux vivants; une signification maximale qui repose sur des considérations ontologiques déterminant l'essence même de l'homme⁴⁹. La première signification fait renaître les débats, avec les combats qui perdurent autour de la problématique des bénéficiaires du droit à la vie. Ces combats opposent les défenseurs des droits de l'être à naître à ceux qui militent plus tôt pour les droits de l'être vivant. Quant à la deuxième signification, elle réinterpelle une question fondamentale qui sera ultérieurement posée dans le cadre de cet article : « quand commence et où s'arrête la vie humaine? ». Elle s'attaque également à l'existentialisme de Jean-Paul Sartre pour

---

47. Voir Sylvanus OKECHUKWU, *The Right to Life and the Right to Live. Ethics of International Solidarity*, Paris, Peter Lang, 1990, p. 181. La traduction de la définition pourrait se lire ainsi : « Le droit à la vie est entendu comme étant le droit de ne pas être tué et aussi d'être protégé contre les exécutions arbitraires ou assassinats ».

48. Voir Pierre D'ARGENT, « Le droit à la vie en tant que *jus cogens* donnant naissance à des obligations *erga omnes* », dans Christian TOMUSCHAT, Evelyne LAGRANGE and Stefan OETER (eds), *The Right to Life*, Leiden/Boston, Nijhoff, 2010, p. 411.

49. Voir Jean-Philippe PIERRON, « Le droit à la vie : point aveugle ou horizon d'attente des droits de l'homme? », dans Michel LEVINET (dir.), *Le droit au respect de la vie au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 73-77.

qui « l'existence précède l'essence »⁵⁰. Par cette formule, Sartre exprime sa conviction fondamentale que l'homme existe d'abord et se définit après. Cette philosophie sartrienne témoigne de la liberté de l'être humain sans toutefois déterminer son essence. Dans la mesure où le droit protège toute personne contre les atteintes à la vie, on peut dès lors se demander pourquoi l'existence serait un critère déterminant de protection de la vie. Mais, disons avec Jean-Philippe Pierron que l'approche essentialisée de la définition du droit à la vie a reçu deux interprétations contraires : d'abord, une interprétation transcendante de type spiritualiste qui prend en compte la vie comme une valeur transcendante et absolue avec laquelle on ne saurait transiger. Dans ce cas, le droit à la vie est connoté par une tradition métaphysique et théologique pour laquelle la vie est sacrée et que Dieu seul est maître de la vie. Ensuite une interprétation immanente de type matérialiste où l'essentialisme repose sur une réduction de la vie au vivant biologique⁵¹. On voit donc ici une définition du droit à la vie qui définit le vivant à la fois dans sa dimension organique et dans sa dimension métaphysique opposant ainsi le matériel au spirituel. Le droit à la vie est appréhendé alors comme le premier droit de l'homme sans lequel les autres droits liés au respect de la dignité humaine sont dépourvus de signification⁵². Cependant, la Cour européenne, dans sa pratique jurisprudentielle, refuse de se prononcer sur son application au fœtus. Elle trouve que le droit à la vie de l'article 2 de la Convention ne peut pas être interprété comme s'appliquant au fœtus, car il concerne uniquement la vie de personnes déjà nées vivantes et il ne serait non plus cohérent ni justifié de dissocier ce droit du sujet auquel il se rattache, en l'occurrence la personne⁵³. On comprend donc que les rédacteurs de la Convention n'ont pas voulu étendre le champ du droit à la vie au fœtus, de façon contraire au droit interne des États parties. La Cour trouve également que la reconnaissance d'un droit à la vie

---

50. Voir Jean-Paul SARTRE, *L'existentialisme est un humanisme*, Paris, Gallimard, 1945, p. 29.

51. J.-P. PIERRON, préc., note 49, pp. 76-77.

52. Pierre LAMBERT, « La protection des droits intangibles dans les situations de conflit armé », *RTDH* 2000.249.

53. *Vo c. France*, préc., note 17, § 52.

du fœtus au sens de l'article 2 placerait sur un pied d'égalité la vie de la mère et celle du fœtus, et que par ailleurs, privilégier la sauvegarde de la vie du second ou la mettre en balance avec l'unique risque à la fois grave, immédiat et insurmontable pour la vie de la mère constituerait une régression historique et sociale ainsi qu'une remise en cause des législations en vigueur dans de nombreux États parties à la Convention⁵⁴. Cette hésitation de la Cour résulte du fait qu'il n'existe pas de consensus au sein des États membres sur la définition scientifique et juridique des débuts de vie. Cette absence de dénominateur commun aux systèmes juridiques des États contractants est souvent évoquée comme but légitime à l'appui de la théorie de la marge nationale d'appréciation.

2- L'absence de consensus européen sur la nature et le statut juridique de l'enfant à naître

La question de l'avortement est une question aujourd'hui bouleversée par le progrès médical⁵⁵ et partage de ce fait les avis sur les droits des femmes enceintes et les droits des fœtus, ce qui suscite des conflits de droits et de valeurs, sur lesquels il semble difficile, sinon impossible, d'obtenir un consensus social⁵⁶.

a- Les controverses sur les notions de « début de la vie humaine » et de « personnalité humaine »

Les législations en vigueur dans les États membres diffèrent sensiblement quant à la question de savoir quand commence la vie humaine et à partir de quand apparaît la « personnalité » humaine. Force est de constater qu'il n'existe, en effet, aucune définition consensuelle, ni scientifique, ni juridique, des débuts de la vie⁵⁷. Quant à la question de savoir si le fœtus peut être

---

54. *Vo c. France*, préc., note 17.

55. F. SUDRE, préc., note 24, p. 303.

56. Louise ROLLAND, *Le statut juridique du fœtus : Analyse rhétorique*, mémoire de maîtrise, Université de Montréal, Faculté de droit, 1992, sommaire.

57. *Vo c. France*, préc., note 17, § 40.

considéré comme une personne pouvant bénéficier de la protection du droit à la vie, trois thèses s'affrontent : la première soutient que l'enfant à naître est une personne juridique dotée de la même protection juridique que les individus nés vivants et viables⁵⁸. La deuxième défendant le contraire démontre que l'enfant à naître n'est pas une personne et n'a droit à cet effet à aucune reconnaissance, ni protection juridique⁵⁹. La troisième, plus conciliante, défend l'idée selon laquelle l'enfant à naître est bien une personne juridique, mais dont les droits sont affaiblis⁶⁰. Cette dernière thèse vise à démontrer que même si l'enfant à naître est une personne, il ne peut du moins pas bénéficier des droits au même titre que la mère qui le porte. On voit apparaître une autre thèse dans la contribution de Ronald Dworkin⁶¹. Il distingue d'un côté le droit de la femme à disposer de son corps et de l'autre côté celui de l'enfant conçu au sujet duquel il note que ce dernier reçoit une protection normative moins certaine que le premier dans nombre d'ordres juridiques. Il propose enfin de considérer que « le débat relatif à l'avortement est un débat relatif à l'idée de valeur intrinsèque et non un débat relatif aux droits et aux intérêts du fœtus »⁶². Cet auteur met en exergue l'intérêt de la femme, ce qui rend difficile la reconnaissance de la qualité de personne au fœtus. Cette divergence rend floue la définition de la nature et du statut juridiques du fœtus, provoquant ainsi une incertitude sur le fondement juridique même de l'avortement. Selon un principe général de la *common law* désormais établi, la personnalité juridique au Royaume-Uni, par exemple, se

---

58. Voir Gérard MEMETAU, « La guerre de sécession n'aura pas lieu, ou la question des frontières et de l'autonomie du droit médical », (1995) 3 R.R.J. 753; Alain SERIAUX, *Les personnes*, Paris, Que sais-je?, Presses Universitaires de France, 1992, pp. 6-7.

59. F. DIESSE, préc., note 16, p.611; voir également Conseil constitutionnel, 27 juillet 1994, *Rev. Fr. Dr. Const.*, 1994, pp. 803-804 (note FAVOREU).

60. F. DIESSE, préc., note 16, p. 612.

61. Ronald DWORKIN, *Life's Dominion. An Argument about abortion and euthanasia*, New York, Harper Collins, 1993, p. 35, cité par Stéphanie HENNETTE VAUCHEZ dans l'ouvrage collectif *Le droit au respect de la vie au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Michel LEVINET (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 326.

62. *Id.*, p. 326.

concrétise à la naissance. Avant ce stade, l'enfant à naître n'a aucune personnalité juridique autonome par rapport à celle de la femme enceinte. Néanmoins, malgré cette absence de personnalité juridique, les intérêts de l'enfant à naître sont souvent protégés pendant qu'il est dans le ventre de sa mère, même s'ils ne peuvent s'imposer comme des droits susceptibles d'être sanctionnés devant la justice tant qu'il n'y a pas eu acquisition de la personnalité juridique, à la naissance⁶³. En droit civil, cela signifie spécifiquement qu'avant la naissance, l'enfant à naître n'a pas qualité pour entamer une action en réparation ou faire usage d'autres recours juridictionnels à raison d'un préjudice ou d'une atteinte subie *in utero*, et qu'aucune plainte ne peut être présentée en son nom⁶⁴. En droit pénal, il est bien établi que l'enfant à naître n'est pas traité comme une personne juridique sous l'angle des règles de la common law sur l'homicide volontaire ou involontaire⁶⁵.

Hormis la *Convention américaine des droits de l'homme*⁶⁶ qui stipule que le droit à la vie doit être protégé « en général à partir de la conception », les autres textes internationaux font état d'un droit protégeant l'être vivant et non l'être à naître⁶⁷. À la lecture du paragraphe 1 de l'article 4 de la *Convention américaine*, on comprend que l'enfant simplement conçu acquiert d'office une personnalité juridique qui est source de droit, et notamment le droit à la vie. Même si la *Déclaration universelle des droits de l'homme*⁶⁸ fait prévaloir le critère de la vie spirituelle sur celui de la vie biologique pour définir l'être humain⁶⁹, la *Convention*

---

63. *Vo c. France*, préc., note 17, § 71.

64. *Id.*, § 72.

65. *Id.*, § 52.

66. *Convention américaine relative aux droits de l'homme*, 22 novembre 1969, (1979) 1144 R.T.N.U. 123 (ci-après la *Convention américaine*).

67. F. SUDRE, préc., note 24, p. 303.

68. *Déclaration universelle des droits de l'homme*, Rés. 217 A (III), Doc. N.U. A/810 (1948), p. 71 (ci-après *Déclaration universelle*).

69. F. SUDRE, préc., note 24, p. 303; voir *Déclaration universelle*, adoptée à Paris et proclamée par l'Assemblée générale des Nations Unies dans sa Résolution 217 A (III) du 10 décembre 1948, son article 1^{er} dispose : « Tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et

européenne ainsi que la *Convention d'Oviedo sur les droits de l'homme et la biomédecine*⁷⁰ ne donnent aucune définition de l'expression « toute personne ». La *Convention d'Oviedo* utilise au paragraphe 19 de son article 1^{er} l'expression « être humain » en énonçant la nécessité de protéger l'être humain dans sa dignité et son identité et en précisant qu'il est un principe généralement accepté selon lequel la dignité humaine et l'identité de l'espèce humaine doivent être respectées dès le commencement de la vie⁷¹. Quant au *Protocole additionnel à la Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine* portant interdiction du clonage d'êtres humains (12 janvier 1998), son article 1^{er} précise que l'expression « être humain » génétiquement identique à un autre être humain signifie un être humain ayant en commun avec un autre des gènes nucléaires⁷². En l'absence d'unanimité, parmi les États membres du Conseil de l'Europe, sur la définition de ces termes, il a été convenu de laisser au droit interne le soin éventuel d'apporter les précisions pertinentes aux effets de l'application des Conventions⁷³.

Le débat est loin d'être clos sur la situation juridique de l'enfant à naître dont on ne sait toujours pas s'il est une personne ou une chose. En l'absence du consensus européen sur le statut juridique de l'enfant à naître, la Cour refuse de dire expressément si le droit à la vie est applicable à l'enfant à naître, abandonnant cette question à la marge d'appréciation des États⁷⁴. Ce renvoi au droit interne conduit ainsi la Cour européenne des droits de l'homme à juger, à l'instar du droit britannique, que l'embryon ne

---

en droits. Ils sont doués de raison et de conscience et doivent agir les uns envers les autres dans un esprit de fraternité. »

70. *Convention sur la protection des droits de l'homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine*, 4 avril 1997, S.T.E. n° 164 (ci-après la *Convention d'Oviedo*).

71. La *Convention d'Oviedo*, ouverte à la signature le 4 avril 1997, est entrée en vigueur le 1^{er} décembre 1999.

72. *Protocole additionnel à la Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine portant interdiction du clonage d'êtres humains*, 12 janvier 1998, S.T.C.E. n° 168.

73. *Vo c. France*, préc., note 17, § 36.

74. *Id.*, § 82.

peut se prévaloir du droit à la vie⁷⁵. En décidant ainsi, la Cour s'aligne derrière la position de la Commission européenne des droits de l'homme qui relevait d'ailleurs en 1980 dans une affaire *Paton c. Royaume-Uni* que « le droit de toute personne à la vie ne semblait s'appliquer qu'à la naissance »⁷⁶. Il s'agissait en fait du mari dont on avait refusé la demande visant à obtenir une injonction empêchant son épouse enceinte de mettre fin à sa grossesse. La Commission européenne des droits de l'homme a ainsi rappelé que le droit à la vie du fœtus ne l'emportait pas sur les intérêts de la femme enceinte car l'usage de l'expression « toute personne » figurant à l'article 2 de la *Convention européenne* et dans d'autres dispositions de ladite Convention tendait à étayer la thèse qu'elle ne s'appliquait pas au fœtus. La Commission a ainsi précisé : « La vie du fœtus est intimement liée à la vie de la femme qui le porte et ne saurait être considérée isolément. Si l'on déclarait que la portée de l'article 2 s'étend au fœtus et que la protection accordée par cet article devait, en l'absence de limitation expresse, être considérée comme absolue, il faudrait en déduire qu'un avortement est interdit, même lorsque la poursuite de la grossesse mettrait gravement en danger la vie de la future mère. Cela signifierait que « la vie à naître » du fœtus serait considérée comme plus précieuse que celle de la femme enceinte »⁷⁷.

La Commission a également relevé dans l'affaire *X c. Royaume-Uni* que l'expression « toute personne » contenue à l'article 2, mais également aux articles 5, 6, 8 à 11 et 13 de la Convention serait utilisée de telle manière qu'elle ne pourrait s'appliquer qu'après la naissance⁷⁸. Selon elle, l'enfant à naître n'est pas une personne au vu de l'usage généralement attribué à ce terme et du contexte dans lequel il est employé dans la disposition conventionnelle⁷⁹. La Commission met ainsi en balance deux droits : le droit à la vie de l'enfant à naître, d'une part, et le

---

75. *Evans c. Royaume-Uni* [GC], n° 6339/05, CEDH 2007.

76. *Paton c. Royaume-Uni*, 1980, 3 EHRR 408, § 9.

77. *Id.*

78. *X c. Royaume-Uni*, préc., note 43, p. 244.

79. *Id.*, p. 260, § 12.

droit à la vie ou le droit à l'autonomie et au développement personnels de la femme enceinte, d'autre part. Elle tire en fin la conclusion selon laquelle le premier droit pèse moins que les seconds. Contrairement à la Commission, la Cour trouve quand même un seul dénominateur commun entre le droit à la vie et l'enfant à naître qui est l'appartenance du fœtus à l'espèce humaine. Selon la Cour, c'est donc la potentialité du fœtus et sa capacité à devenir une personne qui doivent être protégées au nom de la dignité humaine sans pour autant en faire une personne qui aurait un droit à la vie au sens de l'article 2⁸⁰. La Cour se plonge ainsi dans le concept de dignité humaine pour tenter de dégager une définition du fœtus, même si elle ne lui reconnaît aucun droit par la suite.

Dans l'arrêt *Vo c. France*, la question posée au tribunal français était de savoir si l'infraction d'homicide involontaire ou d'atteinte involontaire à la vie est constituée lorsque l'atteinte à la vie concerne un fœtus, si le fœtus de 20 à 21 semaines constitue une personne humaine. Autrement dit, à quel stade de maturité l'embryon peut-il être considéré comme une personne humaine? La requérante qui dénonçait le refus des autorités de qualifier d'homicide involontaire l'atteinte à la vie de l'enfant qu'elle portait affirme que le commencement de la vie a un sens et une définition universels, et que le terme « personne » employé à l'article 2 de la Convention est à prendre au sens d'être humain et non pas au sens d'individu revêtant les attributs de la personnalité juridique⁸¹. Le tribunal a alors conclu que le délit d'homicide involontaire ou atteinte à la vie sur un fœtus de 20 à 21 semaines n'est pas établi, car le fœtus est viable à compter de six mois. Un fœtus de 20 à 21 semaines n'est pas viable et n'est pas une personne humaine⁸². Dans le même sillage, plusieurs parlementaires (députés ou sénateurs), dans le cadre de la préparation de la législation sur la bioéthique, ont voulu définir l'embryon. Charles de Courson proposait de le définir ainsi : « tout être humain doit être respecté dès le commencement de la vie, l'embryon humain est un être

---

80. *Vo c. France*, préc., note 17, § 82.

81. *Id.*, § 47.

82. *Vo c. France*, préc., note 17, § 19.

humain. » Jean François Mattei énonçait : « l'embryon n'est en tout état de cause que l'expression morphologique d'une seule et même vie qui commence dès la fécondation et se poursuit jusqu'à la mort en passant par différentes étapes... »⁸³ Ainsi, il apparaît qu'aucune règle juridique ne précise la situation juridique de l'enfant à naître, encore moins celle de l'embryon depuis sa formation et au fur et à mesure de son développement⁸⁴.

b- Les controverses autour de la reconnaissance de l'enfant à naître comme titulaire et bénéficiaire du droit à la vie

La notion de « vie » n'a été explicitement définie dans aucun texte de protection des droits de l'homme. Tout comme dans la législation internationale, le titulaire du droit à la vie présente des visages bien divers dans la législation interne des États. Certaines législations parlent de « l'homme », de la « personne »⁸⁵, des « êtres humains ». D'autres parlent de « tout individu », de « tout citoyen », de « chacun »⁸⁶. D'autres encore parlent tout simplement de « tous » pour signifier les titulaires du droit à la vie. Cette diversité dans la détermination des titulaires de ce droit n'est pas favorable à l'adoption d'une définition commune du mot « vie » en droit. En France, la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* de 1789 mentionne que les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droit. L'interprétation de cette déclaration laisse à penser que « c'est au moment de sa naissance que l'être humain devient sujet en droit ». On comprend donc que les rédacteurs de la Déclaration ont décidé de réserver au seul enfant né la protection des droits

---

83. *Id.*

84. Dans la plupart des États membres, il n'existe aucune définition juridique de l'embryon humain (Belgique, Danemark, Finlande, France, Grèce, Irlande, Italie, Luxembourg, Pays-Bas, Portugal et Suède). Dans les autres États (Allemagne, Autriche, Espagne, et Royaume-Uni), la loi retient des notions très variables quant à la définition de l'embryon.

85. *Constitution de la Roumanie*, art. 22, republiée en 2003, n° 767 du 31 octobre 2003 : « Le droit à la vie, ainsi que le droit à l'intégrité physique et psychique de la personne sont garantis. »

86. *Loi fondamentale pour la République fédérale d'Allemagne*, art. 2 : « Chacun a droit à la vie et à l'intégrité physique »; *Constitution de Finlande*, art. 7, « Chacun a droit à la vie ».

fondamentaux. Cette interprétation se heurte à l'argument *infans conceptus pro nato abetur quoties de commodis ejus agitur*⁸⁷ qui reconnaît à l'enfant à naître certains droits de nature purement patrimoniale sous la condition suspensive qu'il naisse vivant et viable⁸⁸.

Depuis 1804, le législateur français a toujours refusé de se prononcer clairement sur la nature juridique de l'être humain avant la naissance⁸⁹. Même s'il interdit toute atteinte à la dignité de la personne et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie⁹⁰, il ne définit toujours pas le moment à partir duquel la vie humaine commence. Il a du moins affirmé que dès la conception, l'enfant est capable de recevoir par donation ou par testament, avant de préciser par la suite que les droits dont il est titulaire ne deviennent effectifs que si cet enfant naît vivant et viable⁹¹. Cette démonstration a d'ailleurs permis de conclure que la personnalité juridique s'acquiert à la conception, moment à partir duquel l'être humain peut acquérir des droits. Cette volonté du législateur se dégage clairement des dispositions du Code civil sur les successions, les donations et les testaments⁹². En effet, l'article 725 du Code civil pose le principe suivant lequel « pour succéder, il faut nécessairement exister à l'instant de l'ouverture de la succession ». La disposition mentionne ensuite que « celui qui n'est pas encore conçu » tout comme « l'enfant qui n'est pas né vivant et viable » « sont incapables de succéder ». Les articles 902 et 906 sont encore plus évocateurs. Si l'article 902 pose comme

---

87. « *Infans conceptus pro nato abetur quoties de commodis ejus agitur* » est une expression latine qui veut dire l'enfant simplement conçu est considéré comme né toutes les fois qu'il y va de son intérêt. L'adage *infans conceptus* est invoqué dans cet article pour désigner le fœtus comme héritier ou personne bénéficiaire de droit, et notamment le droit à la vie.

88. Marie-Eve ARBOUR et Mariève LACROIX, « Le statut juridique du corps humain ou l'oscillation entre l'objet et le sujet de droit » (2009-10) 40 R.D.U.S. 242.

89. F. DIESSE, préc., note 16, p. 617.

90. Article 16 du Code civil français de 1804, Edition 2012, <http://perlpot.net/cod/civil.pdf>, dernière consultation 10 mai 2012.

91. F. DIESSE, préc., note 16, p. 617.

92. *Id.*, p. 621.

règle que toutes personnes peuvent recevoir par donation ou par testament, l'article 906 alinéas 1 et 2 ajoute que seul l'être conçu au moment de la donation ou à l'époque du décès du testateur sera capable de recevoir. Au regard de ce qui précède, on est en droit de déduire du Code civil que l'enfant simplement conçu est une personne et titulaire de droits. Cet argument *infans conceptus*, défendu par MM. Coste-Floret et Brouillet a été finalement rejeté au motif qu'on ne peut pas inférer du Code civil la consécration constitutionnelle de la protection de l'embryon⁹³. Il faut également noter que la règle *infans conceptus* ne joue que si l'intérêt de l'enfant conçu est menacé⁹⁴ et pourvu que ledit enfant soit né vivant et viable. L'expression « né vivant et viable » a souvent été interprétée comme étant l'ensemble des conditions que l'enfant simplement conçu doit remplir pour jouir de l'effectivité des droits qui sont attachés à sa personnalité. Ces conditions ont été reprises en partie par les articles 311-4 et 906 alinéa 3 du Code civil et posent une limite à la protection juridique de l'enfant à naître en tentant de remettre même en cause sa personnalité juridique. C'est pourquoi certains ont parlé d'une personnalité qui reste conditionnelle puisque l'exercice et la jouissance des droits restent subordonnés au fait qu'à terme l'enfant naisse vivant et viable⁹⁵.

À supposer même que les dispositions des articles 725, 902 et 906 du Code civil affirment implicitement la qualité humaine de l'enfant conçu et sa possibilité d'être titulaire de droits avant la naissance, il faut noter qu'il ne s'agit que d'une personne au sens des droits successoraux, pouvant bénéficier de certains droits au moment de la donation ou au décès du testateur – et non pas d'une personne pouvant bénéficier de la protection du droit à la vie en droit international des droits de l'homme au sens de l'article 2 de la *Convention européenne*. Ce texte ayant toujours refusé de

---

93. Xavier BIOY, « Approches constitutionnelles du droit à la vie », dans Michel LEVINET (dir.), *Le droit au respect de la vie au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 109.

94. F. DIESSE, préc., note 16, p. 642.

95. F. DIESSE, préc., note 16, p. 648.

reconnaître la qualité de personne au fœtus. On comprend que dans les circonstances examinées, à savoir les législations régissant l'avortement, l'enfant à naître n'est pas considéré comme une personne directement bénéficiaire de l'article 2 de la Convention et que son droit à la vie, s'il existe, se trouve implicitement limité par les droits et les intérêts de la femme.

Avec l'arrivée de la *Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine*⁹⁶, le débat sur la nature et le statut juridiques de l'enfant à naître a refait surface. Malheureusement, il n'a apporté rien de nouveau dans la communauté juridique, puisque cette Convention est restée silencieuse sur la définition de l'être humain, renvoyant la question à l'ordre juridique national.

II- L'incidence de la marge nationale d'appréciation sur la protection du droit à la vie de l'enfant à naître

Si la question de l'identification des bénéficiaires du droit à la vie reste toujours problématique, celle de la situation juridique de l'enfant conçu ne reçoit pas l'unanimité des États et continue toujours à diviser la jurisprudence et à déchirer la doctrine⁹⁷. Quel que soit le statut moral ou légal qui lui est reconnu au regard des différentes cultures et des différentes approches éthiques, l'enfant à naître mérite la protection de la loi. Une telle protection, pour exister, doit s'adapter au contexte socioculturel et juridique de l'État en question (A). Ce renvoi au droit interne de l'État découle de la théorie de la marge nationale d'appréciation et des spécificités culturelles des États. Mais, cette marge nationale d'appréciation reconnue aux États n'est pas illimitée, la Cour gardant toujours un œil sur les États. (B)

---

96. Voir *Convention d'Oviedo*, préc., note 70; voir également le *Protocole Additionnel à la Convention pour la protection des droits de l'homme et la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine, portant interdiction du clonage des êtres humains*, préc., note 72.

97. F. DIESSE, préc., note 16, p. 610.

A- Une protection adaptée au contexte socioculturel et juridique des États

La « marge d'appréciation » est une théorie développée par la Cour européenne des droits de l'homme dans sa pratique jurisprudentielle et qui signifie en substance que les États se voient reconnaître, dans certains contextes, une latitude plus ou moins importante pour apprécier le contenu de leurs obligations aux termes de la Convention⁹⁸. Il s'agit, sinon d'une « marge de discrétion » (1), du moins d'un « pouvoir discrétionnaire » (2).

1- Une marge de discrétion

Il faut entendre par marge de discrétion un pouvoir qui s'exerce suivant la tradition ou la culture juridique d'un État. La Cour a d'ailleurs rappelé dans son arrêt *Handyside* que la marge nationale d'appréciation reposait tout d'abord sur le caractère subsidiaire par rapport aux systèmes nationaux de garantie, du mécanisme de contrôle instauré par la Convention⁹⁹. C'est dans l'affaire *Linguistique belge*¹⁰⁰ que la Cour a précisé les fondements de sa doctrine, en soulignant qu'elle « ne saurait se substituer aux autorités nationales compétentes, faute de quoi elle perdrait de vue le caractère subsidiaire du mécanisme international de garantie collective instauré par la Convention »¹⁰¹. Ce caractère subsidiaire résulte du principe de double compétence juridictionnelle¹⁰² et se déduit de trois dispositions de la *Convention européenne* : l'article 1, aux termes duquel les parties contractantes reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis dans la Convention; l'article 13, en vertu duquel toute personne dont les droits et libertés reconnus dans la Convention ont été violés a droit à un recours effectif devant une instance nationale et l'article 35, selon lequel la Cour ne peut être saisie qu'après épuisement des voies de recours

---

98. F. HOFFMANN et J. RINGELHEIM, préc., note 7, p. 8.

99. *Handyside c. Royaume Uni*, préc., note 21, § 48.

100. Affaire *Linguistique belge*, arrêt du 23 juillet 1968, série A n° 6.

101. M. DELMAS-MARTY et M.-L. IZORCHE, préc., note 20, p. 761.

102. *Id.*

internes¹⁰³. Ainsi, les autorités nationales se trouvent en principe mieux placées que le juge international pour se prononcer sur le contenu précis de certaines questions touchant à la sphère morale ou religieuse. Les traditions locales peuvent même conduire la Cour à juger qu'une législation nationale isolée au regard des législations des autres États parties n'enfreint pas la Convention dès lors qu'elle concerne un domaine étroitement lié aux traditions culturelles et historiques de chaque société¹⁰⁴. De ce point de vue, les juridictions nationales ont abordé la question du statut juridique de la personne dans le cadre de l'avortement. Ainsi, les Cours constitutionnelles autrichienne et néerlandaise ont considéré qu'il ne fallait pas interpréter l'article 2 comme protégeant l'enfant à naître, et le Conseil constitutionnel français a estimé qu'il n'y avait pas de conflit entre la législation sur l'interruption volontaire de grossesse et la protection constitutionnelle du droit à la santé de l'enfant. Cette interprétation est conforme aux législations en la matière dans toute l'Europe¹⁰⁵. À l'exception d'Andorre, de l'Irlande, du Liechtenstein, de Malte, de la Pologne et de Saint-Marin qui ont maintenu des restrictions sévères à l'avortement (avec uniquement des exceptions thérapeutiques très étroites), trente-neuf États membres du Conseil de l'Europe permettent à une femme de mettre un terme à sa grossesse sans restriction pendant le premier trimestre ou pour des motifs thérapeutiques très larges¹⁰⁶. Si l'ordre juridique interne de certains États est contre l'avortement en vue de sauvegarder la vie de l'enfant à naître, il faut comprendre que celui d'autres États prévoit l'avortement dans l'objectif de protéger les intérêts de la mère. Ainsi, la Constitution irlandaise¹⁰⁷ de 1992 accorde une valeur supérieure à la vie de l'être à naître. Son article 40 dispose que « L'État reconnaît le droit à la vie de l'enfant à naître et tout en tenant compte du droit égal à la vie de la mère, s'engage à respecter et à défendre ce droit dans sa législation dans toute la mesure du

---

103. *Handyside c. Royaume Uni*, préc., note 21, § 48.

104. F. SUDRE, préc., note 24, p. 229.

105. *Vo c. France*, préc., note 17, § 60.

106. *Id.*

107. La constitution irlandaise de 1937 a été révisée en 1983 puis en 1992.

possible ». Le constituant irlandais a refusé en 1992 l'avortement en cas de menace pour la vie de la mère¹⁰⁸. Dans le même ordre d'idée, la Cour constitutionnelle fédérale allemande, dans sa décision de 1993, affirme que :

La Loi fondamentale fait à l'État le devoir de protéger la vie, même la vie de celui qui n'est pas encore né [...]. La dignité humaine appartient déjà à l'être humain qui n'est pas né. L'ordre juridique doit assurer les conditions juridiques de son développement en ce sens que l'être humain qui n'est pas encore né a un droit propre à vivre. Ce droit à la vie n'existe pas seulement lorsque la mère l'accepte¹⁰⁹.

Cette position modérée de la Cour fédérale allemande n'est pas nécessairement celle des autres juridictions nationales. Bien que la Cour constitutionnelle italienne considère le fœtus comme une personne en devenir, elle accorde quand même une priorité à la santé de la mère. La Cour d'arbitrage belge, quant à elle, refuse de traiter de manière identique l'enfant né et l'enfant à naître. Le 19 décembre 1991, elle a conclu que le droit à la protection de la vie implique de protéger l'être dès sa conception¹¹⁰. Puisque les droits revendiqués au nom de l'enfant à naître et ceux de la future mère sont inextricablement liés, les juges européens considèrent qu'« accorder aux États une marge d'appréciation en matière de protection de l'enfant à naître, exige nécessairement de leur laisser aussi une marge d'appréciation quant à la façon de ménager un équilibre entre cette protection et celle des droits concurrents de la femme enceinte »¹¹¹.

---

108. *The attorney General v. X*, [1992] IESC 1. Dans cette affaire concernant une grossesse issue d'un viol, la Cour constitutionnelle a mis en avant son devoir de défendre le droit à la vie de l'enfant même en l'absence de législation pratique.

109. Xavier BIOY, préc., note 93, p. 106.

110. *Id.*, p. 111.

111. *Open Door et Dublin Well Woman c. Irlande*, arrêt du 29 octobre 1992, série A n° 246-A, § 237.

2- Un pouvoir discrétionnaire

Aux termes de la première phrase du paragraphe 1^{er} de l'article 2 de la *Convention européenne*, « le droit de toute personne à la vie est protégée par la loi », les États ont l'obligation de prendre des mesures adéquates pour protéger la vie. Ainsi, la « marge nationale d'appréciation » offre aux États un pouvoir discrétionnaire leur permettant de mettre en œuvre une telle protection des droits de l'homme et leur application dans l'ordre juridique interne et ce, en fonction de leur culture.

La notion de pouvoir discrétionnaire a été évoquée par la Commission européenne des droits de l'homme dans l'affaire *H.R. c. Norvège* qui concernait un avortement non thérapeutique pratiqué contre la volonté du père. Le requérant se plaignait de la loi norvégienne qui avait autorisé sa compagne à interrompre sa grossesse¹¹². La question se posait de savoir si la loi norvégienne sur l'interruption de grossesse est contraire à l'article 2 de la Convention lorsqu'elle autorise le collège de médecins à approuver un avortement dans la quinzième semaine de la grossesse si des motifs sociaux le justifient. La Commission a ainsi décidé que : « La législation norvégienne, qui autorise l'avortement sans restriction à la demande de la femme enceinte dans les douze premières semaines de la grossesse et avec l'approbation préalable d'un collège de médecins entre la douzième et la dix-huitième semaine de grossesse, s'inscrivait dans le pouvoir discrétionnaire de l'État »¹¹³.

La Commission reconnaît que dans un domaine aussi délicat, l'État norvégien jouit d'un certain pouvoir discrétionnaire au regard de la Convention. Dans ce cas, l'État peut se prononcer sur la question sans violer les principes de la *Convention européenne*.

---

112. Loi n° 50 du 13 juin 1975 sur l'interruption de grossesse amendée le 16 juin 1978, article 2.

113. *R.H. c. Norway* (decision on admissibility), decision of 19 May 1992, ECHR, n°. 17004/90.

Dans l'affaire *Vo c. France* précitée, la Cour européenne s'est vue en présence d'une femme qui entendait mener sa grossesse à terme et dont l'enfant à naître était pronostiqué viable, à tout le moins en bonne santé. Cette grossesse a dû être interrompue à la suite d'une faute commise par un médecin et la requérante a donc subi un avortement thérapeutique à cause de la négligence d'un tiers¹¹⁴. La question est dès lors de savoir si, hors de la volonté de la mère agissant dans le cas d'une interruption volontaire de grossesse, l'atteinte au fœtus doit être pénalement sanctionnée au regard de l'article 2 de la Convention, en vue de protéger le fœtus. La Cour note d'abord une prise en compte de la diversité des conceptions quant au point de départ de la vie, des cultures juridiques et des standards de protection nationaux, pour enfin laisser place à un large pouvoir discrétionnaire de l'État. Elle souscrit à l'avis qui avait été émis par le Groupe européen d'éthique des sciences et des nouvelles technologies en ces termes :

Les instances communautaires doivent aborder ces questions éthiques en tenant compte des divergences morales et philosophiques reflétées par l'extrême diversité des règles juridiques applicables à la recherche sur l'embryon humain [...]. Il serait non seulement juridiquement délicat d'imposer en ce domaine une harmonisation des législations nationales mais, du fait de l'absence de consensus, il serait également inopportun de vouloir édicter une morale unique, exclusive de toutes les autres¹¹⁵.

Dès les premières années de son fonctionnement, la Cour européenne a pris le contre-pied de la Commission en rappelant dans plusieurs de ses arrêts que la marge nationale d'appréciation ne devrait pas être un pouvoir discrétionnaire qui donnerait à l'État la possibilité de violer ses obligations à l'égard de la *Convention européenne*¹¹⁶. Dans l'arrêt *Handyside* précité, la Cour

---

114. *Vo c. France*, préc., note 17, § 81.

115. *Id.*, § 82.

116. *Handyside c. Royaume-Uni*, préc., note 21, § 49.

insiste sur le fait que cette marge n'est pas illimitée et que les mesures prises dans ce cadre restent à son contrôle¹¹⁷. Dans un autre arrêt, *Open Door et Dublin Well Woman c. l'Irlande*, elle précise qu'elle « ne saurait admettre que l'État possède, dans le domaine de la protection de la morale, un pouvoir discrétionnaire absolu et insusceptible de contrôle »¹¹⁸. Ainsi, la marge ne saurait être reconnue par la Cour de manière générale à l'autorité nationale dans sa jurisprudence. Elle n'est ouvertement reconnue que dans les deux domaines des dérogations (article 15) et des restrictions nécessaires dans une société démocratique (articles 8 à 11, articles 1 et 3, Protocole additionnel n° 1)¹¹⁹.

La latitude reconnue aux États en vertu de la marge d'appréciation peut être contre-balancée par d'autres éléments intervenant dans l'appréciation de la Cour, principalement l'existence d'un consensus européen, la gravité de l'atteinte au droit garanti ou l'importance de la sphère d'activité protégée¹²⁰. C'est ainsi que naît l'interprétation consensuelle qui s'analyse comme un élément essentiel de la variation des limites du pouvoir discrétionnaire reconnu aux États dans la mise en œuvre des restrictions aux droits. L'interprétation consensuelle de la Cour peut se manifester de deux façons : soit la Cour européenne, malgré l'absence de consensus européen, anéantit la marge d'appréciation de l'État; soit, au contraire, elle constate opportunément la diversité des systèmes et traditions juridiques

---

117. *Id.*

118. *Open Door et Dublin Well Woman c. l'Irlande*, préc., note 111, § 68.

119. En l'espèce, *Open Door et Dublin Well Woman* sont des associations sans but lucratif enregistrées en Irlande et qui s'occupent, entre autres, de conseiller les femmes enceintes à se rendre à l'étranger pour y subir une interruption de grossesse. Pour la Cour européenne des droits de l'homme, en interdisant d'aider les femmes enceintes, la Cour suprême irlandaise porte atteinte au droit des associations à communiquer des informations et à celui de leurs clients d'en recevoir, enfreignant ainsi l'article 10 de la Convention sur la liberté d'expression (§§ 9 et 53 de l'arrêt). La Cour s'est donc posée la question de savoir si les restrictions à la liberté d'expression sont nécessaires dans une société démocratique à la protection de la morale, but légitime (§ 63 de l'arrêt).

120. F. HOFFMANN et J. RINGELHEIM, préc., note 7, p. 13.

pour reconnaître à l'État une certaine marge d'appréciation¹²¹. Dans l'un ou l'autre cas, le juge européen garde toujours sa marge d'interprétation et son contrôle. Ces éléments sont donc de nature à limiter la marge d'appréciation reconnue aux États.

B- Une protection rigoureuse à travers le pouvoir de contrôle et de surveillance de la Cour européenne

La Cour européenne des droits de l'homme n'a cessé de rappeler que les États sont mieux placés que le juge international pour se prononcer sur certaines questions précises, mais elle n'a pourtant pas renoncé à son pouvoir de contrôle et de surveillance qu'elle limite en fonction de l'ampleur de la marge d'appréciation. On parle d'un contrôle de compétence des juridictions internes. Il peut s'agir d'un contrôle de conformité (1) ou d'un contrôle de compatibilité (2) avec les principes cardinaux de la *Convention européenne*.

1- Le contrôle de conformité

Le contrôle de conformité consiste en la mise en conformité des droits nationaux avec le droit de la *Convention européenne*. Quelle que soit l'étendue de la marge d'appréciation reconnue aux États sur des questions précises, ces derniers doivent, autant que faire se peut, rester dans la limite des principes de la *Convention européenne*. Le non-respect entraînera l'« inconformité » aux principes de la Convention.

La conformité va de pair avec l'exigence d'identité, c'est-à-dire l'exigence de pratiques nationales strictement conformes à la conduite prescrite par la norme internationale¹²². Il n'est donc pas admissible que la marge d'appréciation de l'autorité nationale s'étende en dehors de tout principe et de toute règle qui gouvernent l'interprétation en droit international de toutes les notions et de toutes les situations que la Cour peut rencontrer¹²³.

---

121. F. SUDRE, préc., note 24, pp. 235-236.

122. M. DELMAS-MARTY et M.-L. IZORCHE, préc., note 20, p. 761.

123. *Id.*, p. 763.

Dans l'affaire *Boso c. Italie*, la Cour a rejeté un grief selon lequel la loi italienne autorisant l'interruption volontaire de grossesse était contraire à l'article 2 de la Convention. Elle a par ailleurs précisé que « l'interruption volontaire de grossesse en question s'était effectuée conformément au droit italien, lequel ménageait un juste équilibre entre les intérêts de la femme et l'intérêt de l'État d'assurer la protection de l'enfant à naître. »¹²⁴ En concluant que l'interruption de grossesse n'est pas contraire à l'article 2, la Cour relève plutôt sa conformité à la Convention et au droit italien, ce qui laisse à l'État italien une large marge d'appréciation. Cette latitude laissée aux États a été critiquée. On a d'ailleurs reproché à la Cour tantôt de freiner l'intégration européenne par une marge nationale trop large, qui aboutit à la fragmentation de l'espace européen, tantôt de forcer l'intégration par une marge nationale trop étroite, qui marquerait la prédominance d'une conception que certains estiment trop libérale et individualiste des droits de l'homme¹²⁵.

Fort de ce qui précède, la Cour a préféré garder sa marge d'interprétation lui permettant de contrôler la conformité des mesures nationales aux exigences de la Convention. Cette marge d'interprétation de la Cour renvoie à l'idée du principe de proportionnalité¹²⁶ ou de nécessité. Selon les arrêts *Handyside* et *Sunday Times*, la notion de nécessité implique un besoin social impérieux et permet à la Cour, d'abord de rechercher si l'ingérence de l'État dans les droits de l'individu est proportionnée au but légitime poursuivi, et ensuite de vérifier qu'un juste équilibre a été ménagé entre l'intérêt général et les intérêts de l'individu. Il s'agit, pour la Cour de confronter la situation invoquée à des mesures restrictives pour en fin déterminer si « les restrictions à certains droits sont nécessaires dans une société démocratique ». Ce test de proportionnalité permet à la Cour d'effectuer son contrôle de la

---

124. *Boso v Italy* (déc.), n°. 50490/99, CEDH 2002-VII.

125. M. DELMAS-MARTY et M.-L. IZORCHE, préc., note 20, p. 760.

126. Sébastien VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme. Prendre l'idée simple au sérieux*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 1.

marge nationale d'appréciation tout comme le contrôle de compatibilité.

2- Le contrôle de compatibilité

Si la présence de principes juridiques communs aux États est susceptible de réduire la marge d'appréciation de l'État, il faut noter que l'absence d'un dénominateur commun aux systèmes juridiques nationaux laisse, par contre, à l'État partie une grande ou une large marge d'appréciation¹²⁷, ce qui est de nature à renforcer le contrôle et la surveillance de la Cour. Par exemple, la *Convention d'Oviedo sur les droits de l'homme et la biomédecine* se garde d'ailleurs de définir le terme de personne et le rapport explicatif indique que, faute d'unanimité sur la définition, les États membres ont choisi de laisser au droit interne le soin d'apporter des précisions pertinentes aux effets de l'application de la Convention¹²⁸. Il en est de même du *Protocole additionnel prohibant le clonage humain* et du *Protocole relatif à la recherche biomédicale* qui ne définissent pas le concept d'être humain. Même si le soin est laissé aux États membres d'apporter des précisions sur ces questions en fonction de leurs spécificités culturelles, il n'est pas sans intérêt d'exiger des États membres une compatibilité avec les principes de la convention dans la mesure où son article 2 consacre l'une des valeurs fondamentales des sociétés démocratiques qui forment le Conseil de l'Europe¹²⁹.

Tout comme le contrôle de conformité, le contrôle de compatibilité exige de la part des États parties une obligation de compatibilité. La marge nationale d'appréciation suppose que chaque État garde la possibilité d'adopter ses propres règles quant à la mise en œuvre des principes consacrés dans la Convention, à condition que ces règles soient suffisamment proches du principe

---

127. F. SUDRE, préc., note 24, p. 234. Pour l'auteur, la présence ou l'absence d'un dénominateur commun aux systèmes juridiques des États est un élément décisif du contrôle de la Cour.

128. *Vo c. France*, préc., note 17, § 84.

129. *McCann et autres c. Royaume-Uni*, arrêt du 27 septembre 1995, série A n° 324, pp. 45-46, § 147.

de référence pour rester compatibles¹³⁰. L'existence d'un contrôle de compatibilité devrait permettre une harmonisation qui évite les incompatibilités avec le droit international comme avec le droit interne des autres États¹³¹. Or, on est de plus en plus confronté à une variabilité de législation dont les unes protègent la santé de la mère¹³², les autres la santé de l'enfant lors de la grossesse et de l'accouchement¹³³, les autres encore visent à éviter les avortements clandestins¹³⁴. Il s'agit d'un véritable dilemme entre le droit de la femme de se faire avorter et le droit de l'enfant à naître. Pour trouver un terrain d'entente avec les principes de la *Convention européenne*, la compatibilité devrait reposer sur une exigence de proximité. C'est-à-dire l'exigence de pratiques suffisamment proches de la norme internationale pour être jugées compatibles¹³⁵. Ainsi, dans l'affaire *B. c. France*, la Cour, relevant de fortes différences juridiques, notamment entre droits anglais et français, et constatant qu'il n'existe pas encore de consensus social en Europe quant au transsexualisme, conclut cependant que la situation française est incompatible avec le respect dû à la vie privée, même eu égard à la marge d'appréciation¹³⁶. Même si la Cour a reconnu la marge d'appréciation à l'État français, elle a néanmoins estimé que la violation reprochée à la France dépassait le seuil acceptable¹³⁷. Cet exercice de la Cour participe de son contrôle de compatibilité et exige de la part des États une

---

130. M. DELMAS-MARTY et M.-L. IZORCHE, préc., note 20, p. 758.

131. *Id.*, p. 760.

132. *Convention européenne*, préc., note 12, art. 2.

133. *Convention américaine*, préc., note 66, art. 4.

134. *Observation générale No 28, Égalité des droits entre hommes et femmes* (Article 3), CCPR/C/21/Rev.1/Add.10 (2000). Dans son paragraphe 10, le Comité mentionne que les États parties devraient communiquer des informations sur toutes les mesures adoptées par eux pour aider les femmes à éviter les grossesses non désirées et à veiller à ce qu'elles ne doivent pas subir d'avortements clandestins mettant leur vie en danger. Les États parties devraient également indiquer les mesures prises pour protéger les femmes contre les pratiques qui violent leur droit à la vie, telles que l'infanticide des filles, l'immolation des veuves par le feu et les assassinats liés à la dot.

135. M. DELMAS-MARTY et M.-L. IZORCHE, préc., note 20, p. 761.

136. *B. c. France*, arrêt du 25 mars 1992, série A n° 232-C, § 25.

137. M. DELMAS-MARTY et M.-L. IZORCHE, préc., note 20, p. 764.

obligation de respect des principes de la Convention. L'État ne disposant ainsi, d'après le Professeur Sudre, que d'une marge d'appréciation réduite, doublée d'un contrôle européen rigoureux portant à la fois sur la loi nationale et sur son application par les juridictions internes¹³⁸.

CONCLUSION

Après avoir souligné que ni la métaphysique ni la médecine ne donnent de réponse définitive à la question de savoir si, et à partir de quel moment, le fœtus est un être humain¹³⁹, et en l'absence d'un consensus européen sur une définition de la nature et du statut juridiques du fœtus, il est nécessaire d'affirmer sur le plan juridique que l'article 2 de la *Convention européenne* ne protège pas le droit à la vie du fœtus en qualité de personne. Face au pluralisme juridico-culturel, le droit à la vie du fœtus ne cesse de faire tergiverser la jurisprudence aussi bien internationale qu'interne. Son statut et sa nature juridiques ne sont pas toujours clairement définis, ce qui plonge la doctrine dans une controverse sur la question de l'avortement. Les récents débats législatifs montrent qu'il n'y a pas toujours de solution arrêtée sur le point de départ du droit à la vie. C'est pourquoi la Cour européenne des droits de l'homme pense qu'il n'est ni souhaitable, ni même possible actuellement de répondre dans l'abstrait à la question de savoir si l'enfant à naître est une « personne » au sens de l'article 2 de la Convention¹⁴⁰.

À supposer même que le droit à la vie soit garanti au fœtus dès le début de la grossesse, ce droit subit néanmoins une limitation implicite permettant l'interruption de la grossesse pour sauvegarder la santé ou la vie de la mère. C'est pourquoi nous rejoignons la position de Jean-Loup Charrier qui estime que la reconnaissance au fœtus d'un droit absolu à la vie aurait une double conséquence : la première serait de ne plus admettre l'avortement, pourtant légalisé de façon de plus en plus libérale

---

138. F. SUDRE, préc., note 24 p. 237.

139. *Vo c. France*, préc., note 17, § 51.

140. *Id.*

dans la quasi-totalité des États; la seconde serait de considérer l'enfant simplement conçu comme une personne, ce qui rendrait difficile toute interruption volontaire de grossesse, y compris lorsque la poursuite de la grossesse met gravement en danger la vie de la mère¹⁴¹.

C'est fort de tout ce qui précède que la Cour européenne des droits de l'homme juge utile de renvoyer la question à la marge d'appréciation des États qui doivent se prononcer en fonction de leur tradition juridique ou culturelle. Cette reconnaissance d'une marge étendue dans les matières culturellement sensibles semble *a priori* contribuer à la préservation de la diversité culturelle puisqu'elle laisse à l'État le soin d'établir un juste équilibre entre les particularités culturelles de la société qu'il représente et les droits humains¹⁴². Il va falloir plus de temps pour comprendre comment le juge reçoit les valeurs que les groupes sociaux construisent à son intention¹⁴³. C'est dire que l'existence d'une marge nationale d'appréciation et d'un système de contrôle et de surveillance est nécessaire au pluralisme, mais pas suffisante pour construire un droit commun suffisamment ordonné pour être prévisible¹⁴⁴. Car, il est bien beau d'avoir reconnu la diversité des systèmes de droit, mais il est souhaitable d'élaborer un droit commun afin de répondre aux attentes de la mondialisation en droit. Au fond, il s'agit de l'éternel combat entre une conception du droit comme ensemble de normes et une autre conception basée plutôt sur un ensemble de valeurs. S'il est difficile de trouver le juste milieu, toujours est-il, qu'il faut être vigilant si l'on veut conserver l'équilibre – ô combien fragile – entre le droit et la culture.

---

141. Jean-Loup CHARRIER, *Code de la Convention européenne des droits de l'homme. Textes – commentaires – jurisprudence – conseils pratiques – Bibliographie*, Paris, LexisNexis, 2005, pp. 28-29.

142. F. HOFFMANN et J. RINGELHEIM, préc., note 7, p. 24.

143. M. DELMAS-MARTY et M.-L. IZORCHE, préc., note 20, p. 764.

144. *Id.*

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : LES CONTOURS CIVILISTES DE LA FRAUDE CRIMINELLE : POUR UNE APPROCHE TRANSVERSALE, PARTIE II (ASPECTS PRATIQUES)

Auteur(s) : Mario NACCARATO
avec la collaboration de Simon-Pierre BERNARD AREVALO

Revue : RDUS, 2015, volume 45, numéro 3

Pages : 511-574

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/9920>

DOI : <http://dx.doi.org/10.17118/11143/9920>

Page vide laissée intentionnellement.

LES CONTOURS CIVILISTES DE LA FRAUDE CRIMINELLE : POUR UNE APPROCHE TRANSVERSALE, PARTIE II (ASPECTS PRATIQUES)

par Mario NACCARATO*

avec la collaboration de Simon-Pierre BERNARD AREVALO**

L'infraction de fraude est généralement régie de manière ouverte. Le défi est de couvrir les nombreuses possibilités sans ratisser trop large au point de violer les principes de la légalité et des droits fondamentaux. Cet article vise à circonscrire l'infraction de fraude à l'aide de normes civiles afin de régir cette tension, au point de couvrir le plus grand éventail de possibilités de fraudes.

The crime of fraud, as provided for under section 380 of the Canadian Criminal Code, is drafted in an open-ended manner. The challenge inherent in the application of this provision relates to covering various situations without casting too wide a net which could potentially violate the principles of legality and clarity inherent in the respect of fundamental rights. This article proposes an approach aimed at delimiting the crime of fraud by referring to civil norms in order to set out the greatest range of possible applications while remaining within the parameters of Charter principles.

---

*. LL.D., avocat et professeur titulaire à la Faculté de droit de l'Université Laval. Ce texte est dédié à la mémoire de mon père Antonio Naccarato.

** M.D., LL.M., LL.D. (c), Université Laval.

Les auteurs aimeraient remercier la Fondation pour la recherche juridique pour la subvention ayant aidé à financer les recherches relatives au présent article. Les auteurs remercient Audrey Létourneau pour sa participation à la recherche.

SOMMAIRE

Introduction	513
1. La répression du fait juridique.....	513
1.1 Le fait juridique non criminellement répréhensible ...	514
1.2 Le fait juridique criminellement répréhensible	515
2. La répression de l'acte juridique.....	518
2.1 La fraude commise à l'occasion de la création de l'acte juridique.	520
2.2 La fraude commise à l'occasion de l'exécution de l'acte juridique.	526
2.2.1 La simple inexécution	526
2.2.2 La non-restitution d'acomptes.....	529
2.2.3 Le cas des contrats relationnels.....	531
2.2.3.1 Le contrat de regroupement (Syndicate).....	534
2.2.3.2 Le contrat de travail.....	536
2.2.3.3 Le directeur de société	539
2.2.3.4 Le fiduciaire et le mandataire	543
2.2.3.5 Le contrat de confiance accrue.....	546
3. La répression de la violation de lois particulières	548
3.1 Droit des sociétés par actions.....	548
3.2 Droit fiscal	554
3.3 Propriété intellectuelle.....	555
3.4 Droit bancaire	556
3.5 Droit des produits dérivés	560
3.6 Droit de la faillite et de l'insolvabilité	562
3.7 Droit social	563
3.8 Droit professionnel.....	565
4. Défense de légalité civile.....	567
Conclusion	569

Introduction

Le présent article correspond à la deuxième partie d'une étude dont la première partie, publiée dans la présente revue, a porté un regard critique sur l'approche positiviste du traitement de l'infraction de fraude criminelle en droit canadien et propose une approche fondée sur l'internormativité des droits civil et pénal¹.

L'objectif principal visé par cette étude est de faire de la troisième modalité de la fraude (par autre moyen dolosif) une infraction dont l'application serait respectueuse de la règle *nulla poena sine legge* et de faire de l'application de cette norme une question de droit uniforme quelle que soit l'infraction reprochée.

La partie II (aspects pratiques) vise donc à valider la partie I à la lumière du droit positif et de la doctrine.

Le présent article se divise en deux principales sections soit le traitement criminel de la fraude à l'occasion de faits juridiques (1) et la commission de la fraude à l'occasion de l'acte juridique (2). Ces deux sections s'emploient à faire l'analyse de l'internormativité des normes civiles et pénales alors qu'il s'ajoute une troisième section à titre d'illustration montrant que cette approche peut tout aussi bien s'appliquer dans un cadre internormatif visant, à la fois, le droit criminel et d'autres lois sectorielles provenant du droit privé fédéral ou du droit public provincial ou fédéral. Enfin, la quatrième section s'emploie à montrer que si l'infraction criminelle reprochée doit comporter d'abord une illicéité extra-pénale, *a contrario*, la licéité extra-pénale de l'acte reproché emporte un moyen de défense.

1. La répression du fait juridique

L'application de l'internormativité civile et criminelle suppose que le droit criminel économique soit auxiliaire au droit civil et ne s'appliquera qu'en dernier ressort. Voilà le postulat d'auxiliarité

---

1. Mario NACCARATO, « Les contours civilistes de la fraude criminelle: pour une approche transversale, partie 1: aspects épistémologiques », (2014) 44 R.D.U.S. 173 (ci-après « *Partie I* »).

fondé sur le principe de l'*ultima ratio*. Selon ce postulat, l'illicéité au plan civil n'est sanctionnée en droit criminel que si elle comporte le degré de gravité nécessaire².

Or, il en découle que le droit criminel économique interviendra dès lors qu'un crime ayant fait naître des obligations civiles aura été commis. Cela suppose la création d'une obligation qui, selon les écoles, naît de différentes façons. Le Code civil divise les obligations en contractuelles et légales tandis que la doctrine les classifie en fonction des actes juridiques et des faits juridiques. Sans entrer dans ce débat, nous choisissons d'étaler notre étude en fonction de cette dernière catégorisation vu le caractère volontariste de l'acte ou du fait donnant lieu à une répression criminelle. Le premier est le fait juridique qui peut être défini comme étant un « évènement qui entraîne des effets juridiques sans que ces effets aient été recherchés par l'individu qui en est l'auteur »³. En revanche, l'acte juridique s'oppose au fait juridique en ce sens qu'il est issu de la « manifestation de volonté individuelle qui est destinée à créer, modifier ou éteindre un droit »⁴.

Nous savons que ce ne sont pas tous les faits ou actes juridiques qui peuvent faire l'objet d'une sanction criminelle. Seuls le sont ceux qui comportent le degré de gravité nécessaire et qui violent les valeurs fondamentales de notre société⁵.

1.1 Le fait juridique non criminellement répréhensible

Le droit criminel étant un outil de dernier recours, il n'intervient que pour les cas les plus graves. Ainsi, on ne saurait punir un acte de simple négligence ou encore une simple faute⁶. Or,

2. Voir : *Partie I*, sections 1 et 2.

3. Jean-Louis BAUDOUIN et Pierre-Gabriel JOBIN, *Les obligations*, 7^e éd. par P.-G. JOBIN et Nathalie VÉZINA, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2013, n° 48, p. 61.

4. *Id.*, n° 47, p. 60.

5. R. c. *Hydro-Québec*, [1997] 3 R.C.S. 213, par. 42 (J. La Forest); Gisèle CÔTÉ-HARPER, Pierre RAINVILLE et Jean TURGEON, *Traité de droit pénal canadien*, 4^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, p. 61.

6. *Partie I*, section 2.2.

c'est avec à-propos que la Cour supérieure de comté de justice de l'Ontario conclut, dans une affaire de déclaration erronée faite aux assureurs, que les agissements de l'accusé, bien que *careless*, ne comportaient pas « the stigma of recklessness, as defined in the criminal law »⁷.

En revanche, l'insouciance de l'accusé qui laisse le soin à sa conjointe de faire ses déclarations au bureau de l'aide sociale sans suffisamment en vérifier l'exactitude aura un comportement teint d'insouciance (*recklessness*) frauduleux et répréhensible au sens du droit criminel⁸.

1.2 Le fait juridique criminellement répréhensible

Le fait juridique est un fait non nécessairement volontaire qui emporte des obligations tandis que l'acte juridique résulte de la volonté et implique généralement une autre partie. Il est reconnu en droit civil que la fraude (le dol), même si commise à l'occasion d'un acte juridique, constitue un fait juridique⁹.

Cela fait de la fraude ou du vol un fait susceptible d'être prouvé par tous moyens de preuve, dont la preuve testimoniale même pour contredire un écrit valablement fait. Autrement dit, l'acte juridique apparent constitue davantage un fait juridique de la nature d'un délit par celui qui l'a commis.

En revanche, tout fait juridique ne constitue pas une fraude en droit criminel. Encore faut-il que ce fait juridique comporte le degré de gravité requis.

---

7. R. c. *Staples*, [1999] O.J. No. 4197, par. 21, (S.C.J.) (LN/QL), (j. Stach).

8. R. c. *Pomeroy*, [1993] A.N.-B. No. 368 (Q.B.) (LN/QL).

9. Maurice TANCELIN, *Des obligations en droit mixte du Québec*, 7^e éd., Montréal, Wilson et Lafleur, 2009, n° 194, p. 146-147; Mario NACCARATO, *De l'incidence normative du droit privé au regard du droit criminel économique: perspectives de droit transsystémique (Canada, Angleterre, Suisse et France)*, coll. «Minerve», Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2007, p. 76-77 (voir, de façon plus particulière, la note de bas de page 254).

Pour mieux illustrer la différence entre le fait et l'acte juridique criminellement répréhensible, nous pouvons nous baser sur la distinction existante entre le vol et la fraude. Le premier comporte généralement, dans son sens pur, un acte d'appropriation de la nature d'un fait juridique tandis que le deuxième comporte généralement un accord de volonté, bien que vicié par la fraude. Le célèbre auteur Irénée Lagarde distinguait le vol de la fraude ainsi :

La fraude ressemble souvent au vol au moyen d'un truc. Pour distinguer entre la fraude et le vol, il faut alors avoir recours au test

« a - si le propriétaire n'a jamais eu l'intention de se départir de la propriété de ce bien, c'est un vol;
b - le propriétaire, à cause de la supercherie, du mensonge ou autre moyen dolosif, a consenti à se départir de son bien, c'est une fraude. (Source omise) »¹⁰

Il importe de souligner que depuis les propos tenus par le professeur Lagarde, la fraude par autre moyen dolosif s'est étendue à d'autres actes n'impliquant pas des personnes en présence l'une de l'autre. Tel est l'exemple de la violation des droits de propriété intellectuelle sans que la victime et l'auteur du crime se connaissent ou soient en présence l'une de l'autre¹¹.

Il importe aussi de préciser qu'il arrive à l'occasion que les tribunaux confondent le vol et la fraude pour les assimiler, ce qui ne fait pas, d'après nous, de ces deux infractions une seule et même infraction au sens du droit criminel. En droit criminel canadien, nous pouvons encore justifier la nette distinction qui existe entre le vol et la fraude ainsi que celle entre le fait et l'acte juridique proprement dits¹².

---

10. Irénée LAGARDE, *Droit pénal canadien*, 2^e éd., vol. 1, Montréal, Wilson et Lafleur, 1974, partie VIII, n° 338, p. 888, feuilles mobiles, à jour au (date de dernière mise à jour du cartable).

11. À titre d'exemple voir : *R. c. Kirkwood*, (1983) 5 C.C.C. (3rd) 393 (Ont. C.A.).

12. Sur cette question voir : M. NACCARATO, préc., note 9, p. 415-423.

Cela dit, il importe de voir quelques exemples montrant la nature du fait juridique susceptible de répression criminelle. Dans une affaire portée devant les tribunaux de Terre-Neuve, l'accusée est héritière de sa grand-mère, mais, en vue de profiter d'une plus grande cote issue de la succession, elle tait aux autres héritiers potentiels, la mort de sa grand-mère. Il a été jugé que cette omission volontaire constitue un geste « malhonnête » susceptible d'être sanctionné par l'infraction générale de fraude. Il importe de mentionner que l'accusée a aussi transmis une lettre dans laquelle elle affirmait ne pas connaître d'autres héritiers. Par ailleurs, il n'est pas dit dans le jugement si la prévenue avait une obligation légale de divulguer la mort de sa grand-mère. En l'absence de pareille obligation, nous doutons de la culpabilité de l'accusée dans de telles circonstances, car l'omission pure en l'absence d'une obligation légale d'agir, ne constitue pas, en principe, un acte criminel¹³.

Une autre illustration de fait juridique criminellement répréhensible est celle de la personne qui, sans l'accord du propriétaire d'un bien, consent une hypothèque à un tiers sur ce bien. Les deux parties ne sont pas en présence l'une de l'autre et aucun acte juridique n'intervient entre la victime et l'accusé. Le prévenu est déclaré coupable de fraude criminelle¹⁴.

Un dernier exemple mérite d'être souligné. Il s'agit du cas de figure mieux connu en droit civil comme la *fraude à la loi*. Il s'agit d'un geste posé afin de contourner une disposition de la loi qui serait autrement trop prohibitive. En d'autres termes, on essaie de faire indirectement ce que l'on ne peut pas faire directement. La fraude à la loi est sanctionnée en droit civil tantôt en vertu de l'interprétation dite extensive de la loi (celle qui est contournée), tantôt en vertu de la cause illicite de l'acte frauduleux ou encore en vertu de la théorie générale de la fraude en droit civil connue sous la maxime *fraus omnia corrumpit*¹⁵. La sanction pénale du silence,

---

13. R. c. Moore, [1998] N.J. No. 1 (P.C.) (LN/QL).

14. R. c. Uhersky, 1998 ABQB 891.

15. Pour un cas de fraude à la loi, voir l'affaire R. c. Schafer, 2000 SKQB 177 où l'accusé a utilisé plusieurs personnes morales dont il avait le contrôle afin d'effectuer une série de transactions qui lui ont permis de financer

ou de l'inaction en l'espèce, se justifie par la présence d'un devoir de faire ou de déclarer édicté par le droit privé, les lois sectorielles ou la common law.

Cette théorie de la fraude à la loi vise une catégorie résiduaire de gestes frauduleux qui ne sont pas autrement sanctionnés de façon spécifique par le Code civil. Le législateur français à l'époque de l'adoption du Code civil refusait d'adopter une disposition générale de fraude afin qu'on ne puisse pas en connaître les paramètres pour mieux la contourner. Les légistes ont préféré conserver la vieille maxime de droit romain permettant aux tribunaux de sévir au cas par cas. Il s'agit de l'occurrence la plus difficile à qualifier, car, ni le droit criminel ni le droit civil ne sanctionnent pareil geste formellement. Cependant, une fois catégorisés les autres cas de figure, s'il ne restait que la fraude à la loi à interpréter au cas par cas, le présent exercice en aurait valu la peine. À titre d'exemple, citons l'affaire *Torkoly* où le marchand de meubles qui tente de transiger des bons pour des biens fournis par un programme social du ministère de l'Aide sociale est déclaré coupable de tentative de fraude¹⁶.

Regardons maintenant du côté de la répression pénale pour fraude, l'acte juridique au sens du droit civil.

2. La répression de l'acte juridique

Nous avons vu que l'acte juridique est la manifestation de la volonté qui agit afin de créer, modifier ou éteindre un droit. L'acte juridique se crée généralement, mais pas nécessairement, entre deux personnes. C'est ce dernier cas de figure qui est recensé le plus souvent dans la jurisprudence en matière de fraude criminelle. Le cas type est celui du dol à l'occasion de la création de l'acte juridique. Le dol résulte généralement du mensonge ou d'un stratagème destiné à tromper une partie cocontractante afin qu'elle

---

une entreprise située en sol américain à partir de fonds d'investisseurs étrangers contrairement aux règles du programme d'investissement du gouvernement fédéral.

16. R. c. *Torkoly*, [1991] A.J. No. 502 (P.C.) (LN/QL).

entre en relation contractuelle. Ces deux situations sont couvertes par les deux premières modalités de la fraude, soit la « supercherie » ou le « mensonge ». En revanche, un autre cas de figure est susceptible de provoquer l'erreur chez le cocontractant. Il s'agit du silence ou de l'inaction du cocontractant. En droit privé, pareille ruse est connue sous le vocable « dol par réticence ». En droit criminel économique, la question s'est posée à savoir si le silence à l'occasion de la création d'un acte juridique s'inscrit dans le cadre de la troisième modalité de la fraude, soit « tout autre moyen dolosif ». En droit pénal français, la question est résolue dans la mesure où le Code pénal sanctionne pour fraude (escroquerie) toute « manœuvre ». La jurisprudence a interprété ce terme comme nécessitant l'emploi d'un stratagème. Le mensonge et, *a fortiori*, le silence sont exclus. En droit criminel canadien, suite à quelques jugements opposés, la jurisprudence reconnaît désormais le caractère répréhensible de la fraude commise par silence ou omission dans le cadre de la création d'un acte juridique¹⁷.

Il importe aussi de souligner que le dol, quel qu'il soit, mensonge ou inaction, comporte *in se* le degré de gravité voulu pour emporter la répression criminelle. Le dol en droit privé constitue aussi un acte répréhensible emportant une sanction outre l'annulation de l'acte. Il permet l'octroi de dommages-intérêts, voire punitifs dans certains cas, et il peut être prouvé par tous les moyens dont la preuve testimoniale contrairement à l'acte juridique proprement dit.

Cela dit, les prochains sous-titres traiteront de la fraude commise à l'occasion de la création de l'acte juridique (2.1) et dans le cadre de l'exécution de l'obligation issue de l'acte juridique (2.2).

---

17. R. c. *Schmouh*, [2004] J.Q. No. 862 (C.Q.) (LN/QL); R. c. *Schneider*, 1999 CarswellBC 3204 (S.C.) (WC); R. v. *Seabrook*, 2003 BCCA 173; R. c. *Hunt*, [1992] M.J. No. 3 (Q.B.) (LN/QL), conf. par [1993] M.J. No. 405 (C.A.) (LN/QL); Mario NACCARATO, « L'inaction en tant que modalité de l'*actus reus* en droit criminel économique canadien », (2015) 56 C. de D. 545.

2.1 La fraude commise à l'occasion de la création de l'acte juridique.

L'une des modalités du dol en droit civil est la réticence qui consiste soit en le fait de laisser un cocontractant croire une chose par erreur sans le détromper (réticence au sens propre) ou le fait de taire un fait au cocontractant assez important qui changerait sa volonté de contracter¹⁸. Quel qu'il soit, ce comportement est sanctionné en droit privé. C'est ainsi qu'il est dit que la réticence en tant que terme englobant est un dol négatif.

En droit criminel canadien, la question de la réticence a été traitée par diverses cours d'appel. Dans un arrêt clé du nom de *Charters*, la Cour d'appel de l'Ontario refuse de sanctionner le silence de l'accusé qui aurait échangé un véhicule pour un autre sans déclarer à son cocontractant la nécessité d'obtenir une autorisation particulière pour l'émission d'une immatriculation, car l'automobile était importée. Bien que ce comportement soit moralement répréhensible, la Cour ne peut sanctionner pour fraude pareille réticence, car il s'agit d'une simple violation d'une obligation morale¹⁹.

Cependant, la Cour d'appel du Manitoba et la Cour supérieure de l'Alberta, dans deux décisions souvent commentées ont erronément interprété l'affaire *Charters* comme énonciatrice du principe « that non-disclosure cannot amount to fraud implicitly » alors que *Charters* énonçait la proposition que « non-disclosure and misrepresentation are not one and the same thing »²⁰.

Le sens véritable de l'arrêt *Charters* est que le dol par réticence n'est pas exclu de la répression criminelle. La jurisprudence a maintes et maintes fois confirmé ce principe²¹. Il

18. J.-L. BAUDOUIN et P.-G. JOBIN, préc., note 3, n° 224, p. 338-339.

19. *R. c. Charters*, (1958) 119 C.C.C. 223 (Ont. C.A.).

20. David H. DOHERTY, « What Constitutes "Other Fraudulent Means" », (1977) 39 *C.R.n.s.* 27, p. 39; *R. c. Brasso Datsun (Calgary) Ltd.*, [1977] A.J. No. 230 (S.C.) (LN/QL); *R. c. Thomson*, (1977) 36 C.C.C. (2nd) 171 (Man. C.A.).

21. Voir note 15.

importe de préciser que le principe est admis bien que les balises soient constamment revues. Il ne s'agit pas de confirmer si le dol par réticence est sanctionné par le droit criminel, mais de déterminer plutôt quelles en sont les limites²². L'obligation de bonne foi en common law, désormais consacrée par l'arrêt *Bhasin c. Hyrnew*, 2014 CSC 71, ne rencontre pas à elle seule le critère de répression pénale. Il s'agit d'une obligation implicite au même titre que l'obligation de bonne foi du droit civil québécois qui ne rencontre pas l'intensité que revêt l'obligation de loyauté que nous étudions dans la section 2.2.3.

En revanche, la common law canadienne refuse généralement de sanctionner le dol contractuel faisant ainsi primer la maxime *caveat emptor*. Il n'en demeure pas moins que certains cas de réticence sont cependant sanctionnés²³. Il est donc intéressant de constater qu'en vertu de cette conception différente du dol, la sanction criminelle de ce type d'acte sera différente selon que l'on se trouve dans une province de common law ou dans une province de droit civil. Cette différence dans le traitement des citoyens devant la loi n'est pas sans soulever certains questionnements²⁴.

Il est l'un des préceptes de la répression criminelle de la réticence que le « comportement » reproché (le dol) soit contraire et en violation d'une obligation d'agir au terme du droit privé²⁵. Par exemple, l'article 228 de la *Loi sur la protection du consommateur*²⁶

---

22. Jacques GAGNÉ et Pierre RAINVILLE, *Les infractions contre la propriété: le vol, la fraude et certains crimes connexes*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1996, p. 164; Voir aussi, de façon plus particulière, les pp. 142 et 167-168.

23. *Id.*, p. 165; Louise BÉLANGER-HARDY, « Les délits » dans Louise BÉLANGER-HARDY et Aline GRENON (dir.), *Elements of Quebec Civil Law: A Comparison with the Common Law of Canada*, Toronto, Carswell, 2008, p. 347, à la page 379.

24. Voir : G. CÔTÉ-HARPER, P. RAINVILLE et J. TURGEON, préc., note 5, p. 289-290, à la note 93.

25. M. NACCARATO, préc., note 9; R. c. *Bolstridge*, [1993] N.B.J. No. 579 (C.A.) (LN/QL); Voir aussi : J. GAGNÉ et P. RAINVILLE, préc., note 22, p. 170-173.

26. *Loi sur la protection du consommateur*, RLRQ, c. P-40.1.

oblige le commerçant à déclarer au consommateur tout fait important relatif à la vente d'un bien ou service visé par la loi. La violation d'une telle disposition, en plus de constituer un dol, aurait l'élément de gravité requis pour être sanctionnée par le droit criminel. Remarquons que l'obligation de déclarer des faits importants dans le cadre d'une transaction n'est pas seulement présente dans le contexte du droit de la consommation. Ainsi, dans les affaires *Schneider*²⁷ et *Hunt*²⁸ deux entrepreneurs en construction ont été reconnus coupables de fraude, car, il a été considéré que, dans les circonstances, ils auraient dû déclarer à leurs clients certaines informations relatives aux dépôts que ceux-ci s'apprêtaient à effectuer pour garantir la réalisation des travaux, dont la situation financière précaire de leurs compagnies. Mentionnons, finalement, que la réticence doit entraîner une privation pour pouvoir être sanctionnée aux termes de l'article 380 C.cr. Dans le cas contraire, le justiciable pourrait, néanmoins, être poursuivi en vertu des articles 366 et 367 C.cr. pour fabrication de faux.

Nous avons jusqu'à maintenant montré que le dol par réticence est sanctionné en tant que fraude criminelle (par tout autre moyen dolosif) dans la mesure où il l'est préalablement en droit privé. Aussi, nous avons énoncé le principe selon lequel l'accusé doit avoir enfreint une obligation positive d'agir ou de déclarer l'information objet du silence. Dans la même veine, ce n'est pas toute réticence qui sera sanctionnée. À titre d'exemple, en droit civil québécois, la vantardise du vendeur au sujet de la qualité d'un bien n'est pas sanctionnée par le droit privé. Autrement dit, l'exagération est une forme de boniment permise par le droit privé et *a fortiori* non sanctionnée en droit criminel²⁹. Par ailleurs, le comportement du vendeur ne pourra pas être sanctionné si, dans les circonstances, il revenait à l'acheteur de se renseigner au sujet

---

27. R. c. *Schneider*, préc., note 15.

28. R. c. *Hunt*, préc., note 15.

29. J. GAGNÉ et P. RAINVILLE, préc., note 22, p. 153-154; En droit civil, cette forme de dol est connue sous le nom de bon dol ou de *dolus bonus*. À ce sujet, voir : J.-L. BAUDOUIN et P.-G. JOBIN, préc., note 3, n° 228, p. 342-344.

du fait ayant entraîné le dommage pécuniaire³⁰. Finalement, si le préjudice est négligeable, il se pourrait qu'il n'entraîne pas la condamnation du prévenu en vertu du principe *de minimis non curat lex* à moins que les actes de l'accusé constituent un fléau social que l'on veuille enrayer³¹. Sur le plan épistémologique, la non-intervention du droit criminel dans ces circonstances se justifie par les postulats d'auxiliarité³² et d'unité³³.

Une autre forme de fraude commise à l'occasion de la création de l'acte juridique mérite d'être mentionnée. Il s'agit de la lésion entre cocontractants.

Le problème de la lésion est un cas de figure susceptible de nous intéresser en raison du vieillissement de la population. La lésion en droit criminel participe des mêmes postulats qu'en droit civil, ce qui implique que l'acte reproché doit être sanctionné par ce dernier et qu'il doit comporter le degré de gravité nécessaire pour justifier l'intervention du droit criminel.

Reconnue comme un rejeton légitime du libéralisme économique régnant à l'époque de la codification du *Code civil du Bas-Canada*, la lésion entre majeurs n'y était pas reconnue. L'article 1012 du *Code civil du Bas-Canada* disposait: « les majeurs ne peuvent être restitués contre leurs contrats pour cause de lésion seulement ».

Bien que le libéralisme économique ait cédé le pas à des mesures sociales variables depuis la codification de 1870, le problème de la lésion a toujours suscité des débats dans la doctrine juridique. Bien qu'il paraisse que l'adoption du code de 1994 ait maintenu le régime antérieur à l'article 1405, il serait faux de prétendre que la lésion n'existe pas en droit civil québécois. L'article 1405 C.c.Q. dispose :

---

30. J. GAGNÉ et P. RAINVILLE, préc., note 22, p. 168-173.

31. *Id.*, p. 204.

32. *Partie I*, section 2.1.

33. *Partie I*, section 2.3.

Outre les cas expressément prévus par la loi, la lésion ne vise ici le consentement qu'à l'égard des mineurs et des majeurs protégés.

Nous retrouvons ces exceptions dans le Code aux articles 424 (renonciation de l'un des époux au partage du patrimoine familial), 472 (acceptation ou renonciation d'un époux au partage des acquêts de son conjoint) et 2332 (prêt d'une somme d'argent). De plus, le *Code civil du Québec* contient de nombreuses autres règles ponctuelles ayant comme but d'établir un équilibre entre cocontractants. Il suffit de citer les cas des clauses abusives dans les contrats d'adhésion ou de consommation (article 1437 C.c.Q.), les clauses abusives en matière de louage d'habitation (article 1901 C.c.Q.) et les clauses pénales abusives (1623 C.c.Q.) pour ne mentionner que celles-là.

Un cas particulier mérite d'être signalé. Il s'agit de l'adoption de l'article 48 de la Charte québécoise³⁴ qui reconnaît une protection contre l'exploitation en faveur des personnes âgées, ce qui comprendrait les cas de lésion. La Cour d'appel a reconnu l'autonomie de cette forme de protection par rapport aux dispositions du Code civil dans l'affaire *Vallée*³⁵. Toutefois, certains auteurs remettent en question cette décision judiciaire en insistant sur l'harmonisation devant exister entre la Charte et le droit commun. À leur avis, la protection offerte par l'article 48 de la Charte n'est pas autonome et devrait s'interpréter en tenant compte des régimes déjà prévus à cet effet par le Code civil³⁶.

Ainsi, l'acte lésionnaire en droit civil n'est pas en principe assujetti aux châtiments du droit criminel sauf dans les cas visés par l'article 1405 C.c.Q. En ce sens, l'arrêt *McBain* rendu par la Cour du Banc du Roi du Québec constitue une décision

---

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

35. *Vallée c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, 2005 QCCA 316.

36. Daniel GARDNER et Dominique GOUBAU, « L'affaire *Vallée* et l'exploitation des personnes âgées selon la Charte québécoise : quand l'harmonie fait défaut », (2005) 46 *C. de D.* 961.

intéressante en la matière. Dans son jugement, le tribunal s'efforce d'appliquer une internormativité civile et pénale afin de déclarer l'accusé McBain coupable de fraude envers des aînés. Maintenant la déclaration de culpabilité, la Cour dispose dans l'un de ses considérants :

Comme troisième grief, l'accusé prétend que le premier juge a confondu la fraude avec la pure lésion civile. La Cour d'appel déclare qu'il y a eu lésion, que cette lésion est le résultat des moyens dolosifs employés et qu'il y a délit au sens de l'article 323 C.cr. [actuel article 380 C.cr.]³⁷

Avec égard pour la Cour, la prétention de l'accusé était à l'époque bien fondée dans la mesure où son acte envers les victimes constituait de la simple lésion non sanctionnée en droit civil. Il en serait autrement aujourd'hui avec l'application de l'article 48 de la Charte.

Ainsi, là où il n'y a que simple lésion en droit civil, le droit criminel ne saurait sévir³⁸. En revanche, la common law sanctionne la lésion dans certains cas. Les mêmes règles internormatives s'appliqueraient de sorte que seuls les cas lésionnaires sanctionnés en droit privé de la common law pourraient faire l'objet d'une sanction en droit criminel³⁹. La common law permet la révision du contrat pour motif de « duress » et d'« undue influence »⁴⁰.

Voilà qui complète notre étude de la fraude par autre moyen dolosif commise à l'occasion de la création de l'acte juridique et qui

---

37. *R. c. McBain*, [1964] B.R. 429, p. 430.

38. *Partie I*, section 4.2.

39. Pour des illustrations, voir : *R. c. Wendel*, [1992] M.J. No. 557 (C.A.) (LN/QL); *R. c. Gershain*, [1989] M.J. No. 626 (Q.B.) (LN/QL); Dans cette dernière affaire, les co-accusés ont été acquittés en raison d'importantes défaillances dans la preuve présentée par la Couronne. Par ailleurs, le juge du procès n'a pas conclu à la vulnérabilité des victimes. Selon lui, celle-ci ne devait pas être déduite du seul âge de la personne, mais devait plutôt s'apprécier au cas par cas.

40. Yvon MARCOUX, « Contre rendu: Lésion et contrat, par Gérard Trudel, docteur en droit, juge de district à Montréal, (Les Presses de l'Université de Montréal, 1965) 183 pages », (1965) 7 *C. de D.* 100, p. 101.

nous amène à aborder le cas de la fraude commise à l'occasion de l'exécution de l'acte juridique.

2.2 La fraude commise à l'occasion de l'exécution de l'acte juridique.

Dans cette sous-section, nous ferons la revue d'un éventail de situations d'inexécutions d'obligations civiles susceptibles de répression criminelle pour fraude par autre moyen dolosif. Il importe cependant de revoir d'abord le principe en matière de répression pour fraude selon lequel la simple inexécution n'est pas sanctionnée criminellement.

2.2.1 La simple inexécution

La simple inexécution d'une obligation civile n'est pas sanctionnée en droit criminel économique. Au plan procédural, pareille non-intervention se justifie du fait que le droit criminel n'a pas pour fonction de forcer l'exécution d'une prestation d'ordre civil.

Au plan fondamental, le postulat de gravité suppose que seuls les crimes les plus graves doivent être sanctionnés⁴¹. Aussi la non-répression peut se justifier non seulement sur le plan de l'absence de gravité formelle, mais aussi en raison du défaut d'intention coupable. L'inexécution d'une prestation peut résulter de circonstances imprévues ou en dehors du contrôle de la partie en défaut⁴². Ainsi, l'inexécution pourrait résulter de la simple négligence qui, nous le savons, n'est pas sanctionnée criminellement. Ainsi, pareille non-répression peut se manifester lorsqu'un cocontractant fait défaut d'exécuter sa prestation et de surplus omet de restituer un acompte perçu à la signature du contrat⁴³. Aussi, la simple inexécution résultant de la non-restitution d'un acompte reçu ne suffit pas pour justifier une condamnation pour fraude⁴⁴.

---

41. *Partie I*, sections 2.2 et 4.4.

42. *R. c. N'diaye*, [2004] J.Q. No. 2325 (C.A.) (LN/QL).

43. *R. c. Adams*, [1994] J.Q. No. 1051 (C.A.) (LN/QL).

44. *R. c. Gourdeau*, [1993] J.Q. No. 2239 (C.A.) (LN/QL).

Dans les derniers cas que nous venons de mentionner, il importe de préciser que la non-restitution accompagnée de l'inexécution ne constitue pas, en principe, une fraude au plan criminel, car elle est, tout au plus, une simple inexécution en droit civil. Encore faut-il, pour constituer une fraude par autre moyen dolosif, que l'inexécution soit accompagnée d'une intention préalable à l'intervention du contrat. Autrement dit, l'intervention d'un contrat où l'une des parties a l'intention de ne pas exécuter sa prestation constitue un dol en droit civil, car il existe une situation de fait qui, si elle avait été connue de la victime, aurait fait que cette dernière n'aurait jamais signé la convention. En d'autres mots, son consentement a été vicié par la réticence du cocontractant. Or, l'intention de ne point exécuter sa prestation, existant avant l'intervention du contrat constitue un dol, tandis que si l'intention de ne point exécuter naît après la conclusion du contrat, il s'agira d'une simple inexécution civile non sanctionnée par le droit criminel. Toutefois, cette dernière hypothèse peut comporter des exceptions. Ainsi, l'inexécution d'une prestation dont l'intention naît *après* la formation du contrat peut constituer une fraude en droit criminel canadien si l'accusé, en dépit de son intention de ne pas exécuter son obligation, demeure silencieux et laisse son cocontractant *exécuter sa prestation à son propre détriment*⁴⁵.

Donc, le principe est que *la simple inexécution contractuelle ne peut faire l'objet d'une sanction au plan criminel sauf si elle est accompagnée de circonstances aggravantes commises par l'accusé*. Les exemples peuvent être aussi nombreux que variés, mais il faut se garder d'affirmer avec trop de certitude que la simple inaction au plan civil n'est pas sanctionnée en droit criminel. Ainsi, un débiteur en affaires qui au lieu de rembourser périodiquement son banquier reporte à plus tard ses paiements et utilise les sommes d'argent perçues dans le cadre de ses ventes à d'autres fins que celles prévues au contrat de financement peut se voir condamner pour

---

45. R. c. Brunner, [1992] A.J. No. 721 (P.C.) (LN/QL). Remarquons que, dans cette affaire, l'accusé a été poursuivi en vertu de l'article 393(3) C.cr., mais les mêmes principes s'appliquent à l'article 380 C.cr. Voir aussi : M. NACCARATO, préc., note 9, p. 466-467; J. GAGNÉ et P. RAINVILLE, préc., note 22, p. 178-180. Comparer avec R. c. Gooderham, 2004 BCCA 248.

fraude par autre moyen dolosif⁴⁶. Une situation similaire se produira si l'acheteur d'une entreprise s'étant engagé auprès du vendeur à le payer à partir des profits réalisés par la société acquise omet de facturer certaines ventes afin de diminuer le montant de ses versements⁴⁷. Bien que pareils cas soient à la limite de l'intervention du droit criminel, il suffit de citer l'affaire *Zlatic* pour s'en convaincre.⁴⁸

Si la simple inexécution résultant de la simple négligence ne peut suffire pour justifier une condamnation faute d'éléments de gravité, seule l'insouciance (*recklessness*) peut justifier une déclaration de culpabilité pour fraude par autre moyen dolosif à l'occasion de déclarations vagues faites à son assureur dans le cadre de l'exécution d'un contrat d'assurance :

This is a case where Mark Staples was manifestly careless in the approach he took towards his crop insurance claims. Nevertheless, I am not persuaded that his conduct as objectionable as it may be to the chartered accountant or banker warrants the stigma of being branded as "criminal". The circumstances of this case then are more appropriately left to the sanctions available to address such conduct in the civil law. It will also be apparent, from these reasons, that as reprehensible as I regard the conduct of Mark Staples to have been, I do not regard it as coming within the stigma of recklessness, as defined in the criminal law.⁴⁹

Dans une affaire impliquant un accusé ayant contracté une assurance contre les pertes agricoles, le prévenu avait omis de déclarer à l'assureur la vente de produits comme le stipulaient les

---

46. R. c. *Gaetz*, [1992] N.S.J. No. 444 (C.A.) (LN/QL), conf. par [1993] 3 R.C.S. 645. Remarquons que la condamnation dépendra de ce qui est prévu au contrat de financement. Ainsi, si un débiteur s'était obligé à rembourser son créancier à partir des revenus tirés de son entreprise et qu'il détournait ces sommes à d'autres buts, il pourra être reconnu coupable de fraude par autre moyen dolosif en vertu de l'article 380 C.cr.

47. R. c. *Corkery*, [1992] N.S.J. No. 598 (P.C.) (LN/QL).

48. R. c. *Zlatic*, [1993] 2 R.C.S. 29, voir infra sections 2.2.2 et 2.2.3.3.

49. R. c. *Staples*, préc., note 7 (j. Stach).

termes de leur entente⁵⁰. Ceci faisait en sorte qu'il recevait des indemnités plus élevées que celles auxquelles il avait le droit en vertu de sa couverture d'assurance. L'omission de l'accusé en l'espèce dépassait la simple négligence ayant pu être considérée comme une simple inexécution. Elle contenait l'élément de gravité requis pour entraîner la condamnation du prévenu pour fraude par autre moyen dolosif.

Nous avons affirmé plus haut que la simple inexécution et la non-restitution d'un acompte ne peuvent, en l'absence de circonstances aggravantes, constituer une fraude par autre moyen dolosif. Cet énoncé de principe comporte cependant de nombreuses exceptions que nous verrons dans la sous-section qui suit.

2.2.2 La non-restitution d'acomptes.

La non-répression criminelle de la simple inexécution et non-restitution d'acomptes peut parfois se manifester de manière claire et limpide. Dans un arrêt cassant une déclaration de culpabilité et substituant celle-ci par un acquittement, la Cour d'appel du Québec se prononce ainsi :

Le juge s'est mal dirigé en droit; il ne s'agit pas ici d'un cas où, par une déclaration mensongère ou une autre manœuvre dolosive, une personne convainc une autre de lui remettre une certaine somme d'argent; il ne s'agit pas non plus d'un cas où une personne utilise à des fins personnelles une somme qu'elle avait promis de conserver en fidéicommiss; il s'agit simplement d'un cas où un débiteur qui avait reçu un acompte sur le prix de matériaux à être livrés et de services à être rendus a fait défaut de remplir son obligation sans remettre l'acompte à son créancier; si illégitime et illégale que soit l'omission de remplir l'obligation ou de rembourser l'acompte, ces omissions ne constituent pas le crime prévu à l'art. 380(1)a).⁵¹

---

50. R. c. *Deck*, 2000 SKQB 26, conf. par 2000 SKCA 110.

51. R. c. *Adams*, préc., note 43 (la Cour).

En revanche, certains cas sont un peu plus nuancés tel celui de l'arrêt *Lazeo*. Dans cette affaire, la victime a vendu à l'accusé un nombre de lingots de platine sur la base d'un consentement obligeant le prévenu, après avoir revendu les lingots sur le marché, d'en payer le prix à son créancier dans un délai donné. L'accusé revend les lingots, réinvestit le produit de la vente et subit d'importantes pertes. Devenu insolvable, il fait défaut de payer la victime et il est accusé de vol et fraude. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique l'acquitte, estimant que le créancier n'avait pas d'intérêt ou de propriété spéciale dans les sommes obtenues par la revente de lingots, mais aussi du fait qu'il s'agirait d'une simple inexécution contractuelle. Aussi, la majorité du banc insiste sur le fait qu'à l'instar de l'affaire *Adams* citée plus haut, l'accusé *Lazeo* n'avait pas une obligation de fiduciaire en vertu de laquelle des obligations particulières lui incombaient sur la gestion des produits de la vente. Autrement dit, suite à la vente des lingots de platine, les sommes d'argent lui appartenaient quitte à en restituer l'équivalent à la victime⁵². En revanche, la juge Newbury est d'avis contraire et applique aux faits de cette affaire les enseignements tirés de l'arrêt *Zlatic* selon lesquels l'usage des biens d'une entreprise à des fins personnelles est constitutif de fraude par autre moyen dolosif. Les faits ne nous permettent pas de comparer adéquatement l'affaire *Lazeo* avec l'affaire *Zlatic*. Dans *Zlatic*⁵³, l'accusé a retiré tous les fonds de l'entreprise avec lesquels il s'est adonné au jeu dans un casino. Perdant l'ensemble des sommes retirées, une condamnation pour fraude s'ensuivit et la Cour suprême du Canada la confirma. Beaucoup d'encre a coulé depuis l'affaire *Zlatic* au motif qu'il s'agirait d'une simple inexécution contractuelle⁵⁴. Nous croyons que si la preuve avait révélé que l'accusé *Lazeo* avait détourné de la société une somme d'argent suffisante pour rendre celle-ci insolvable vis-à-vis de ses créanciers, il aurait alors commis l'équivalent d'une fraude paulienne (art. 1631 C.c.Q.) comme ce fut le cas dans l'affaire *Zlatic*. À notre avis, la fraude paulienne de droit privé comporte en soi le

---

52. R. c. *Lazeo*, 2000 BCCA 483.

53. R. c. *Zlatic*, préc., note 48.

54. Voir en particulier : Anne-Marie BOISVERT, « La fraude criminelle: Sommes-nous allés trop loin? », (1995) 40 R.D. McGill 415.

degré de gravité nécessaire pour justifier une condamnation pour fraude par autre moyen dolosif en droit criminel.

Par ailleurs, un autre élément ressort des affaires *Adams* et *Lazeo* ci-haut. La non-restitution d'un acompte versé dans le cadre d'une fiducie comporte le degré de gravité nécessaire à une condamnation pour fraude. Ce type de contrat s'inscrit dans ce que nous qualifions de « contrat relationnel » où, les obligations des parties se caractérisent par un lien de confiance accrue. Le bris de cette confiance accrue par la débitrice de l'obligation expose celle-ci à une condamnation criminelle. C'est ce que nous verrons dans les prochains sous-titres.

2.2.3 Le cas des contrats relationnels

Le contrat, dans sa forme la plus simple et dans sa perspective traditionnelle, s'exécute instantanément. La confiance y joue un rôle marginal et l'opération juridique s'exécute « donnant-donnant »⁵⁵.

En revanche, d'autres types de contrats, dont le contrat à exécution successive, comportent un degré de confiance accrue. Dans le cas des contrats à exécution successive, la longévité de l'entente empêche les parties d'anticiper les éventualités de sorte qu'elles devront se fier à la bonne foi de l'une et de l'autre afin de résoudre ces aléas contractuels (article 1375 C.c.Q.). C'est ainsi que la confiance faite par l'une et l'autre des parties se distingue du contrat à exécution instantanée. Il y a aussi d'autres types de conventions qui comportent un degré de confiance accrue. On peut penser aux contrats en vertu desquels une partie confie (dérivé de confiance) un bien ou une somme d'argent à quelqu'un en vue de le conserver ou de l'administrer. On peut penser aussi aux contrats en vertu desquels une partie (le mandant) confie à une autre (le mandataire) la tâche de décider pour et à son acquis et de l'engager juridiquement (article 2130 C.c.Q.). Il en est de même du contrat de travail dans le cadre duquel l'employé représente son employeur

---

55. Mario NACCARATO, « Partie I: La juridicité de la confiance dans le contexte des contrats de services, de conseils financiers et de gestion de portefeuille », (2009) 39 R.G.D. 457, p. 465-466 (n° 18).

(article 2085 et ss. C.c.Q.). Ce dernier lui confie des tâches et des informations confidentielles afin qu'il puisse exécuter les fonctions découlant de son contrat d'emploi⁵⁶. Mentionnons, enfin, l'hypothèse des contrats de partenariat où des confidences doivent nécessairement être faites entre partenaires afin de mener à terme un projet conjoint⁵⁷.

La violation d'une obligation comportant un degré accru de confiance est sanctionnée plus sévèrement par le droit privé et, comporte le degré de gravité justifiant une sanction criminelle à cette inexécution⁵⁸.

Sur le plan du droit criminel, le cas de figure le plus marquant est celui du détournement (une modalité du vol) d'un bien confié par une personne à une autre. Cette infraction reçoit l'appellation d'abus de confiance dans les droits pénaux français et suisse⁵⁹. En droit criminel canadien, on parle plutôt de vol par détournement (article 322 C.cr.). Les autres cas de figure sanctionnés par le droit criminel sont relatifs au manquement à une obligation de loyauté. Ces cas se révèlent plus difficiles à sanctionner, car ils comportent diverses

---

56. Voir à titre d'exemple : *Banque de Montréal c. Kuet Leong Ng*, [1989] 2 R.C.S. 429, où l'employé abuse de la confiance faite à lui par son employeur en empochant des commissions secrètes.

57. Voir *Lac Minerals Ltd. c. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 574, où l'un des partenaires abuse de la confiance faite à lui par son partenaire qui lui a confié des renseignements confidentiels.

58. Pour les sanctions civiles accrues, voir : M. NACCARATO, préc., note 55, p. 512-514 (n° 106-108); Raymonde CRÊTE, « Partie III: Les manifestations du particularisme juridique des rapports de confiance dans les services de conseils financiers et de gestion de portefeuille », (2009) 39 *R.G.D.* 581, p. 633-645 (n° 92-117). Pour la répression criminelle du manquement à une obligation de confiance accrue, voir : Mario NACCARATO et Audrey LÉTOURNEAU, « La confiance trahie: la répression pénale et criminelle du manquement contractuel de l'intermédiaire de marché en valeurs mobilières et la détermination des peines applicables », (2010) 44-3 *R.J.T.* 145. Sur la consécration jurisprudentielle par la Cour d'appel du Québec de la notion de « confiance accrue », voir : *Souscripteurs du Lloyd's c. Alimentation Denis et Mario Guillemette Inc.*, 2012 QCCA 1376 (demande d'autorisation d'appel rejetée, C.S.C., 04-04-2013, 35011). Voir, de façon plus particulière, la note 13 du jugement.

59. Nouveau Code pénal, art. L. 314-1; Code pénal Suisse, art. 138.

normes transversales applicables. Ainsi, le manquement à une obligation de loyauté peut se manifester par le silence gardé par un fiduciaire ou un mandataire alors qu'il avait l'obligation d'en informer son bénéficiaire ou son mandant⁶⁰. Un autre exemple est celui du salarié ou du fiduciaire qui utilise les ressources ou connaissances de son bénéficiaire ou de son employeur pour empocher des profits secrets⁶¹. On peut aussi penser au mandataire qui profite d'une occasion d'affaires alors qu'il se trouve en conflit d'intérêts avec son mandant et se garde de l'en informer⁶².

Les sanctions civile et criminelle du manquement à une obligation de loyauté ne sont pas limitées aux cas spécifiquement prévus par la loi comme ce fut jadis la croyance. Deux célèbres arrêts de la Cour suprême du Canada viennent appuyer cette prétention. Ainsi, dans l'affaire *Lac Minerals*, le plus haut tribunal du pays a confirmé que le *fiduciary duty* de la common law peut être applicable dans certaines situations où l'une des parties se trouve dans une situation de vulnérabilité en confiant à une autre (généralement un partenaire d'affaires) de l'information confidentielle⁶³. Cet arrêt a la particularité d'étendre l'obligation fiduciaire entre parties à un contrat commercial alors que traditionnellement les règles applicables à ce type d'entente faisaient appel à la maxime *caveat emptor*. D'autre part, dans l'affaire *Ng*, la Cour suprême du Canada reconnaît l'existence de certains contrats devant faire l'objet d'une protection juridique particulière en raison de la confiance accrue à laquelle ils font appel. C'est ainsi que l'employé qui viole la confiance

---

60. À titre d'exemples, voir : *R. c. Schmouth*, préc., note 17; *R. c. Ouellette*, [1990] J.Q. No. 1661 (C.A.) (LN/QL).

61. À titre d'exemples, voir : *R. c. Roach*, 2003 NSPC 57; *R. c. Krawec*, [1993] O.J. No. 232 (Ct. of J.) (LN/QL); *R. c. Harris*, [1989] O.J. No. 2635 (Dist. Ct.) (LN/QL). En matière civile, voir : *Banque de Montréal c. Kuet Leong Ng*, préc., note 56.

62. À titre d'exemples, voir : *R. c. McCullough*, 2002 SKQB 70; *R. c. Schafer*, préc., note 15; *R. c. Krawec*, préc., note 61; *R. c. Harris*, préc., note 61; *R. c. Ouellette*, préc., note 60. En matière civile, voir : *Lac Minerals Ltd. c. International Corona Resources Ltd.*, préc., note 57.

63. Voir : *Lac Minerals Ltd. c. International Corona Resources Ltd.*, préc., note 57. Voir aussi les articles 321 et 322 C.c.Q.

de son employeur se verra sanctionner de manière accrue⁶⁴. Cet arrêt a été rendu sous le *Code civil du Bas-Canada* et ses motifs se basaient sur l'obligation de bonne foi prévue par le droit commun qui recevait, toutefois, une application particulière en l'espèce en raison de la relation de confiance existante entre les parties. Remarquons que, cette obligation particulière de l'employé envers son employeur est désormais codifiée (article 2088 C.c.Q.). Il demeure possible, cependant, que d'autres types de situations similaires fassent l'objet du même type de traitement par les tribunaux. Ces derniers pourraient s'appuyer sur l'article 6 C.c.Q. pour reconnaître l'existence d'une obligation de loyauté dans d'autres contextes faisant appel à une relation de confiance accrue.

Ainsi, la sanction pour fraude par autre moyen dolosif ne se justifierait que par la violation d'une obligation de loyauté, emportant une privation à caractère pécuniaire pour la victime. Dans le cas du manquement à une obligation de loyauté par défaut d'informer son mandant ou son bénéficiaire, la privation de l'information à laquelle aurait eu droit le mandant ou le bénéficiaire justifie l'application de l'article 380 C.cr. Nous verrons cette question dans les sous-sections qui suivent. Les hypothèses que nous étudierons seront celles des contrats de regroupement (« syndicates ») (2.2.3.1), les contrats comportant une obligation de loyauté tels le contrat de travail (2.2.3.2), le contrat de direction (2.2.3.3), les fonctions de fiduciaire et de mandataire (2.2.3.4) et enfin le contrat de confiance accrue (2.2.3.5).

2.2.3.1 Le contrat de regroupement (Syndicate)

L'investissement en groupe peut prendre diverses formes. On peut penser à la société en nom collectif ou encore à la société par actions. Dans la première hypothèse, les sociétaires, qu'ils soient les initiateurs ou de simples investisseurs, se doivent entre eux une obligation de bonne foi de sorte qu'ils ne peuvent agir contrairement aux intérêts de la société et doivent agir en toute transparence (article 2204 C.c.Q.). Une autre forme que peut prendre l'investissement en

---

64. *Banque de Montréal c. Kuet Leong Ng*, préc., note 56.

groupe est celle de la société par actions où divers investisseurs souscrivent des actions d'une société formée à cet effet. Dans ce cas, les administrateurs, qui sont généralement les initiateurs de ce genre de projet, doivent aussi une loyauté à la compagnie et à ses actionnaires. Pareille obligation découle généralement des lois particulières de même que des documents constitutifs de la société⁶⁵.

Dans un cas issu de la jurisprudence québécoise, un nommé Émond agit à titre d'initiateur d'un projet d'investissement commun⁶⁶. Il agit au nom d'un groupe pour faire l'achat d'un immeuble sans lui déclarer qu'il empochera du vendeur, à la suite de cette acquisition, une commission. La Cour d'appel du Québec confirme une déclaration de culpabilité pour fraude par autre moyen dolosif où, il est reproché à l'accusé d'avoir encaissé des profits secrets alors qu'il agissait à titre de mandataire ou d'« agent » (lire en anglais)⁶⁷. Le plus haut tribunal de la province conclut à l'emploi de manœuvres dolosives pour ne pas avoir divulgué l'existence des gains pécuniaires. Bien qu'aucune référence ne soit faite à la violation d'une obligation découlant du droit privé, la *ratio decidendi* de la Cour s'accorde parfaitement avec celle de la théorie du mandat où le mandataire ne doit pas se placer en conflit d'intérêts sans le déclarer à son mandant⁶⁸.

---

65. *Loi canadienne sur les sociétés par actions*, L.R.C. 1985, c. C-44, art. 122 (ci-après LCSA); *Loi sur les sociétés par actions*, RLRQ, c. S-31.1, art. 119 (ci-après LSAQ).

66. *R. c. Émond*, (1997) 117 C.C.C. (3rd) 275 (C.A.Q.) (demande d'autorisation d'appel rejetée, C.S.C., 25-09-1997, 26067).

67. *Id.*

68. Comparer avec *R. c. D'Andrea*, [2004] O.J. No. 2330 (C.A.) (LN/QL). Cet arrêt va dans le même sens mais est issu de la common law. La ratio découle de l'obligation de loyauté connue comme *fiduciary duty*. Comparer aussi avec *R. c. Foisy*, [1997] J.Q. No. 5135 (C.Q.) (LN/QL), conf. par [1999] J.Q. No. 6060 (C.A.) (LN/QL). Dans cette affaire, c'est un commandité qui, pratiquant des prêts entre sociétés, se met en conflit d'intérêts et profite secrètement de la situation aux dépens des autres associés. Bien que le jugement n'en fasse pas mention, l'obligation de loyauté est prévue en pareil cas aux articles 2249 et 2204 C.c.Q. Voir aussi : *R. c. Prkacin*, [1998] O.J. No. 434 (Ct. of J.) (LN/QL). Cette décision concerne une déclaration de culpabilité pour fraude des deux promoteurs qui ont mis en place un stratagème afin d'augmenter leur profit sur les investissements d'épargnants dans le cadre

2.2.3.2 Le contrat de travail

Le contrat de travail figure parmi les contrats relationnels comportant une confiance accrue⁶⁹. Cette dernière peut être violée de diverses façons. Aussi, les obligations qui en découlent se retrouvent soit dans la nature même de la relation contractuelle, soit dans des dispositions législatives (tel l'article 2088 C.c.Q.) ou conventionnelles⁷⁰ ou encore dans les directives, usages et coutumes de l'entreprise⁷¹.

Sous le *Code civil du Bas-Canada*, la Cour suprême du Canada a reconnu la notion de confiance accrue dans les contrats de travail et s'est prononcée sur un recours intenté par l'employeur contre l'employé ayant gagné des profits secrets à l'occasion de son travail⁷². Dans cette affaire, l'intimé Ng travaille au service de la Banque de Montréal en qualité de cambiste en chef pour le Québec. Dans le cadre de ses fonctions, il achète et revend des devises étrangères pour le compte de son employeur. Il donne aussi des avis sur des opérations de change effectuées pour le compte de clients importants de la banque. Il est autorisé à effectuer des transactions jusqu'à concurrence de 40 000 000 \$ par jour. Un document intitulé « Relations de travail » régit et énumère les activités pouvant entrer en conflit d'intérêts avec l'employeur. Ng fait fi de ces directives et effectue, à l'insu de son employeur, une série de transactions pour son propre compte et pour celui de clients de la banque lesquelles opérations lui rapportent un profit de 660 135 \$⁷³.

---

d'un *joint-venture* immobilier. Les prévenus s'étaient placés en conflit d'intérêts vis-à-vis les investisseurs et ne leur avaient pas dévoilé la situation afin de pouvoir s'enrichir indûment.

69. Mario NACCARATO et Raymonde CRÊTE, « La confiance: de la réalité à la juridicité » dans Michel MORIN, Marie-Claire CORDONNIER SEGGER, Fabien GÉLINAS et Markus GEHRING (dir.), *Responsabilité, fraternité et développement durable en droit, en mémoire de l'honorable Charles Doherty Gonthier*, Toronto, LexisNexis, 2012, p. 647, aux pages 652-654.

70. *R. c. Lafrance*, REJB 1999-13697 (C.Q.), inf. quant à la peine seulement par REJB 2002-29812 (C.A.).

71. *R. c. Roy*, [1997] n° AZ-97031315 (C.M.), inf. pour d'autres motifs par [1998] n° AZ-98021460 (C.S.).

72. *Banque de Montréal c. Kuet Leong Ng*, préc., note 56.

73. *Id.*, pp. 433-34.

C'est ainsi que l'employeur le poursuit en restitution pour profits faits dans le cadre de ses fonctions. En dépit de la malhonnêteté avérée de l'employé, l'employeur n'a pas subi de pertes directes, si ce n'est que l'utilisation de ses infrastructures. La perte serait alors négligeable et non susceptible de poursuite au criminel (*De minimis non curat lex*). Le *Code civil du Bas-Canada* est alors silencieux en pareilles circonstances. Le juge Charles Gonthier de la Cour suprême du Canada en vient à la conclusion que l'employé qui effectue des transactions avec les données de son employeur se trouve dans une situation de possesseur de mauvaise foi et doit, au terme de l'article 411 C.c.B.C., lui remettre non seulement le capital utilisé, mais également sa plus-value et les fruits⁷⁴. Aussi, il convient d'appliquer l'article 1713 C.c.B.C. en vertu duquel le mandataire est tenu de rendre compte de sa gestion et remettre au mandant tout ce qu'il a perçu sous l'autorité de son mandat. C'est ainsi qu'il a été dit que « ce contrat de confiance accrue emporte une sanction exorbitante du droit commun soit celle de la restitution d'une somme d'argent même en l'absence de préjudices subis par l'employeur »⁷⁵. Voilà qui comporte le degré de gravité nécessaire afin que le droit criminel sévise. C'est ainsi que la jurisprudence rendue en matière criminelle sanctionne systématiquement pareils types de comportements⁷⁶. Il en est de même pour les actes commis dans les provinces de common law, car, en vertu de l'*equity*, l'employé, agissant dans le cadre d'un *fiduciary duty*, est présumé détenir les profits faits dans le cadre de ses fonctions à titre de *constructive trustee* qu'il doit restituer à l'employeur⁷⁷. Encore, il a été dit que l'obligation de restituer peut aussi découler d'une obligation de rendre compte issue de l'obligation de loyauté. Ainsi, l'infraction est

---

74. *Id.*, pp. 435-36.

75. M. NACCARATO et R. CRÊTE, préc., note 69, à la p. 654.

76. Pour des cas de sanction criminelle dans le contexte d'une obligation de loyauté d'un employé envers son employeur, voir à titre d'exemple : *R. c. Schmouth*, préc., note 17; *R. c. Roach*, préc., note 61; *R. c. Kereliuk*, 2005 ONCJ 314; *R. c. Padmore*, 2004 BCPC 394; *R. c. Peters*, 2002 BCPC 294; *R. c. Molloy*, [1997] N.J. No. 139 (S.C.) (LN/QL).

77. Voir : *A-G's ref. « 1 of 1985 »*, [1986] 2 All ER 219 (C.A.); *R. v. Cooke*, [1986] 2 All ER 985 (H.L.); *Wheatley and another v. The Commissioner of Police of the British Virgin Islands*, [2006] UKPC 24.

sanctionnée à la fois dans les juridictions de droit civil et de common law.

Or, la privation ne comporte pas nécessairement une perte immédiate pour l'employeur. La perte résulte de la privation du choix qu'aurait eu l'employeur d'accepter ou non les circonstances entourant les agissements de l'employé⁷⁸.

Les hypothèses de violation d'une obligation de loyauté par l'employé sont nombreuses. Elles ne se limitent pas à la simple question de gagner des profits secrets. Par exemple, un employé peut choisir de favoriser un tiers au détriment de son employeur⁷⁹ ou encore permettre à un tiers de prendre la marchandise sans l'obliger à en payer le prix⁸⁰. Il en est de même lorsqu'une directrice bancaire autorise des prêts pour elle-même et pour son mari sans suivre les directives internes de l'institution financière et sans s'assurer de la capacité de payer du couple⁸¹.

Parfois les situations sont plus complexes. Il en est ainsi du financement du célèbre marché public l'Acadie à Montréal où les Sœurs du Bon-Pasteur furent l'objet d'une arnaque par trois individus. Leur employé et comptable agréé a vu tout le stratagème se déployer par deux tiers en vue de soutirer d'importantes sommes aux sœurs. Ce dernier a permis à ces escrocs, par son silence, de priver les sœurs de centaines de millions de dollars. Son inaction a été sanctionnée et il a été déclaré coupable de fraude par réticence en aidant quelqu'un à commettre celle-ci par son silence tel que prévu à l'article 21(1)(b) C.cr. Le tribunal reconnaît qu'en vertu de l'obligation de loyauté de l'accusé, il était de son devoir d'aviser les sœurs de toutes les manœuvres suspectes dont il avait connaissance⁸². Remarquons que dans le cadre du même procès, la Couronne a réussi à prouver que l'accusé avait négocié son silence

---

78. *R. c. Roy*, [1994] O.J. No. 602 (C.A.) (LN/QL).

79. *R. c. Kereliuk*, préc., note 76.

80. *R. c. Padmore*, préc., note 76.

81. *R. c. Molloy*, préc., note 76.

82. *R. c. Schmouth*, préc., note 17.

avec ses complices en échange d'une commission secrète⁸³. À notre avis, un tel comportement constitue une fraude directe engageant la responsabilité criminelle de l'accusé sans besoin d'avoir à invoquer l'article 21 (1) (b) C.cr.

D'autres cas sont plus faciles à relever. Il en est ainsi de l'employé qui, dans le cadre de ses fonctions, dissimule des revenus et les conserve ultérieurement. En pareil cas, il est non seulement coupable de fraude par autre moyen dolosif pour avoir dissimulé l'argent, mais de vol pour l'avoir ainsi détourné (article 322 C.cr.)⁸⁴. Encore, l'employé peut faire un usage abusif d'une carte de crédit que lui confie son employeur aux fins d'effectuer des dépenses raisonnables dans le cadre de ses fonctions⁸⁵.

L'obligation de loyauté s'étend aussi à d'autres acteurs économiques tel le directeur d'une société. C'est le sujet que nous nous apprêtons à aborder dans la prochaine sous-section.

2.2.3.3 Le directeur de société

À l'instar de l'employé, le directeur d'une société est souvent susceptible de se placer en conflit d'intérêts. Même s'il est un principe de droit privé que le propriétaire d'un bien en a l'usage (*usus*) et l'*abusus* exclusifs, il peut arriver que l'emploi abusif de ces facultés soit condamnable tant sur le plan du droit privé que du droit criminel. Ainsi, la Cour suprême du Canada a réitéré à maintes reprises que l'utilisation des biens d'une société pour des fins personnelles peut constituer une fraude par autre moyen dolosif⁸⁶. L'un des arrêts les plus percutants récemment rendus par la Cour suprême est l'affaire *Zlatic* où l'accusé exploite une entreprise de vente en gros de vêtements. En tout temps pertinent, il reçoit des livraisons de marchandise de ses fournisseurs pour une valeur de plus de 375 000 \$. Ces marchandises sont livrées à crédit ou en contrepartie de chèques postdatés. Pendant quelques mois, les

---

83. *Id.*, par. 275-280, 426-454, 472-501.

84. *R. c. Roach*, préc., note 61.

85. *R. c. Peters*, préc., note 76.

86. L'arrêt phare en la matière est *R. c. Olan*, [1978] 2 R.C.S. 1175.

marchandises sont vendues et les produits des ventes sont perdus par l'accusé en jouant au jeu tout cet actif. La déclaration de culpabilité pour fraude rendue en première instance a été maintenue par la Cour d'appel du Québec⁸⁷, puis confirmée par la Cour suprême du Canada⁸⁸. Remarquons que cet arrêt soulève diverses questions dont celle de la limite, pour des dirigeants de sociétés, de l'appropriation à des fins personnelles de biens appartenant à leur compagnie.

L'article 328(e) C.cr. permet d'inculper pour vol l'administrateur, le dirigeant ou le membre d'une personne morale qui dérobe une chose de celle-ci. Qu'en est-il cependant de l'administrateur d'une société qui en est l'actionnaire unique? Ne peut-on pas dire qu'il ne peut pas dérober un bien à son propre endroit? Nous croyons que les avantages que confère la limitation de la responsabilité par le biais de l'utilisation d'une société ayant un patrimoine distinct, comportent le corollaire qu'est l'obligation pour l'administrateur et actionnaire unique de ne pas en dilapider les actifs au détriment des créanciers. En effet, la Cour suprême a bien consacré le principe que l'administrateur d'une société, même comme seul actionnaire, cesse d'en être l'âme dirigeante dès qu'il s'emploie à sa spoliation⁸⁹. Rappelons, par ailleurs, que même dans le cas d'une société n'ayant qu'un seul actionnaire qui est, par conséquent, le seul administrateur et dirigeant de la compagnie, ce dernier est le propriétaire *des actions* de la personne morale et non le propriétaire *de la société comme telle*. En effet, la société et l'actionnaire unique sont deux *personnes juridiques différentes* ayant des *patrimoines distincts*⁹⁰. La propriété des actions d'une compagnie confère trois droits distincts dont l'exercice est encadré par la loi: le droit de vote, le droit aux dividendes et le droit au reliquat en cas de

---

87. R. c. *Zlatic*, (1991) 65 C.C.C (3rd) 86 (C.A.Q.).

88. R. c. *Zlatic*, préc., note 48.

89. *Canadian Dredge & Dock co. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 662, p. 713; J. GAGNÉ et P. RAINVILLE, préc., note 22, p. 428.

90. C.c.Q., art. 301, 302 et 309; LSAQ, art. 224; LCSA, art. 15; Raymonde CRÊTE et Stéphane ROUSSEAU, *Droit des sociétés par actions*, 3^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2011, n° 51-52 et 213-222, p. 25-26 et 99-103.

liquidation de la société⁹¹. L'administration et la direction d'une personne morale de droit privé sont aussi réglementées par des lois particulières qui prévoient des devoirs, dont l'obligation de loyauté envers la compagnie⁹². Par conséquent, même si nous nous retrouvons avec le cas d'un seul actionnaire, l'exercice de ses droits ainsi que de ses fonctions de dirigeant et administrateur est encadré par ces lois et principes. Ceux-ci l'empêcheraient de détourner le patrimoine de la société, car en agissant de la sorte, l'actionnaire unique privilégierait ses propres intérêts aux dépens de celui de la compagnie, ce qui serait contraire à son obligation d'agir avec prudence et diligence au meilleur des intérêts de la société. Lorsque la spoliation risquerait, de plus, de mettre en péril la solvabilité du patrimoine de la compagnie, le droit privé nous offre une solution additionnelle qui aurait pu être invoquée dans l'affaire *Zlatic*. Il s'agit de la fraude paulienne sanctionnée par l'article 1631 C.c.Q. qui vise à déclarer inopposables les actes juridiques visant à dilapider le patrimoine de la société au détriment des créanciers de celle-ci.

Les actes peuvent être présumés ou réputés frauduleux selon qu'ils soient commis avec la participation d'un tiers connaissant l'insolvabilité ou selon que l'acte soit fait à titre gratuit (articles 1632 et 1633 C.c.Q.). Ainsi, ne s'agissant pas d'un mensonge ou d'une supercherie, l'acte fait en fraude des tiers, en l'occurrence les créanciers de la société de M. Zlatic, peut constituer une fraude par l'emploi d'un moyen dolosif.

Dans l'affaire *Zlatic*, les victimes étaient les tiers créanciers, mais il se peut aussi, en vertu des mêmes préceptes, que les victimes soient les actionnaires de la compagnie⁹³ ou encore, la société elle-même, et ce, même avant que la spoliation n'ait d'effets préjudiciables pour les tiers. Le droit criminel protège ainsi la compagnie spoliée par son âme dirigeante et unique actionnaire avant même que la perte se fasse ressentir à l'endroit des créanciers⁹⁴.

---

91. LSAQ, art. 47; LCSA, art. 24 (3).

92. C.c.Q., art. 321 et 322; LSAQ, art. 119; LCSA, art. 122.

93. R. c. *McGregor*, [2004] O.J. No. 832 (S.C.J.) (LN/QL).

94. R. c. *Marquardt*, [1972] B.C.J. No. 3 (C.A.) (LN/QL).

Une autre modalité de la fraude par autre moyen dolosif commise par le directeur d'une entreprise est celle qui consiste à favoriser ses propres intérêts au détriment de la société ou de ses actionnaires. Ne commettant pas un acte de spoliation proprement dit, le dirigeant d'une entreprise peut détourner de petites sommes d'argent à son profit, se payer pour des services jamais rendus ou encore facturer aux investisseurs des frais illégaux ou mettre en péril les avoirs de la société en disposant d'actions que la compagnie détient au sein d'une entreprise profitable⁹⁵. Dans une pareille situation, le directeur manque non seulement à son obligation fiduciaire et de bonne foi, mais se place en situation de conflit d'intérêts, ce que lui interdisent généralement les documents constitutifs de la compagnie, le droit privé et le droit particulier des sociétés⁹⁶.

Une autre hypothèse susceptible d'engager la responsabilité criminelle d'un dirigeant est celle où celui-ci, agissant à ce titre pour le compte de plusieurs sociétés distinctes, conclut des ententes économiques entre ces sociétés sans divulguer ses intérêts autres à ses actionnaires⁹⁷. Lorsque les ententes s'avèrent désavantageuses pour la société mandante, l'élément de privation ne sera pas difficile à identifier et le dirigeant sera reconnu coupable de fraude par autre moyen dolosif⁹⁸. Toutefois, le fait que les agissements du directeur

---

95. *R. c. McCullough*, préc., note 62.

96. C.c.Q., art. 2138 (2); LSAQ, art. 119, 122-133; LCSA, art. 120 et 122.

97. *Id.*

98. *R. c. Harris*, préc., note 61. Dans cette affaire, l'accusé était un dirigeant de Supérieur Propane ltée. En collaboration avec d'autres officiers de la compagnie, il a constitué plusieurs sociétés afin que ces dernières puissent conclure, avec Supérieur Propane, une série de contrats qui leur étaient nettement avantageux. Dans aucune des diverses transactions conclues entre la société victime et les diverses compagnies contrôlées par l'accusé et ses complices, le prévenu n'a déclaré ses conflits d'intérêts contrevenant ainsi aux politiques de son employeur. Bien au contraire, par une série de subterfuges, il a souvent caché son identité ou celle de ses collaborateurs afin d'éviter que des tiers, la victime ou les vérificateurs financiers de cette dernière puissent se rendre compte du stratagème. Par ailleurs, ces transactions se sont soldées par un gain net pour les entreprises de l'accusé au détriment des intérêts de Supérieur Propane. Le tribunal reconnaît la culpabilité du prévenu à l'accusation de fraude sur

n'aient pas entraîné de perte directe et immédiate pour la compagnie n'est pas exonératoire de responsabilité. En effet, dans un tel cas l'élément de privation consisterait en l'absence de possibilité pour les parties prenantes de la société victime d'avoir pu prendre une décision éclairée en possédant toute l'information à leur disposition⁹⁹.

Une autre catégorie de personnes tenues à une obligation de loyauté est celle des fiduciaires au sens large du terme. L'expression fiduciaire peut comprendre le fiduciaire au sens propre du terme (*trustee*), le mandataire (*agent*) ou toute autre personne tenue à une obligation de loyauté ou *fiduciary duty*.

2.2.3.4 Le fiduciaire et le mandataire

L'une des institutions phares de la catégorie des contrats relationnels est la fiducie qui, à certains égards, peut se comparer aux contrats de mandat, à l'exception que la première se rapporte à des patrimoines distincts entre le fiduciaire et le bénéficiaire tandis que le contrat de mandat se rapporte à la détention, la gestion ou la disposition d'un bien par le mandataire en faveur de mandant. Le bien appartient à ce dernier.

En droit civil québécois, la fiducie est définie sommairement par l'article 1260 C.c.Q. :

La fiducie résulte d'un acte par lequel une personne, le constituant, transfère de son patrimoine à un autre patrimoine qu'il constitue, des biens qu'il affecte à une fin particulière et qu'un fiduciaire s'oblige, par le fait de son acceptation, à détenir et à administrer.

---

la base des principes de la common law et des dispositions de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*.

99. Voir *R. c. Schafer*, préc., note 15. Il s'avère, en l'espèce, que d'importantes sommes ont été transférées entre sociétés de sorte que le fait de s'en départir mettait ces montants à risque, d'où la privation. Le tribunal reconnaît aussi que, ce faisant, l'accusé violait les dispositions des lois particulières du droit des sociétés par actions qui sont d'ordre public et auxquelles les parties ne peuvent renoncer.

En common law, la fiducie est décrite comme suit :

[U]ne fiducie existe lorsqu'une personne, appelée fiduciaire (*trustee*) détient des biens à titre de propriétaire, soit dans l'intérêt d'une personne ou de plusieurs personnes, appelés bénéficiaires (*beneficiary* ou *cestui que trust*), soit en vue de la réalisation d'un but particulier.¹⁰⁰

La notion de fiducie en common law est plus large que celle existante en droit civil et peut couvrir, par exemple, certains types d'ententes conclues dans le domaine des affaires et de la finance.

L'article 2 C.cr. décrit le fiduciaire comme une « [p]ersonne qui est déclarée fiduciaire par une loi ou qui, en vertu du droit d'une province, est fiduciaire [...] ». Remarquons, par ailleurs, que l'article 336 C.cr. sanctionne par voie d'abus de confiance le détournement d'un bien détenu par le fiduciaire décrit à l'article 2.

Cette forme de détournement n'est pas exclusive et peut aussi être sanctionnée par la troisième modalité de la fraude décrite à l'article 380 C.cr., car le détournement d'un bien par un fiduciaire dans le cadre de l'exécution de ses fonctions, constitue une forme d'inexécution civile sanctionnée criminellement¹⁰¹.

Le fiduciaire, en raison du lien de confiance auquel il est assujéti, doit agir avec loyauté envers le bénéficiaire de la fiducie. Cette obligation peut être violée de diverses façons: par le détournement des biens confiés tel que dit plus haut, par la perception de commissions secrètes ou encore par défaut d'agir dans le meilleur des intérêts du bénéficiaire. Remarquons que la violation de l'obligation de loyauté peut être directe et évidente¹⁰² ou plus subtile par l'emploi, par exemple, de la réputation et des logo et marque de commerce d'un ancien employeur pour inspirer

---

100. Aline GRENON, « La fiducie » dans Louise BÉLANGER-HARDY et Aline GRENON (dir.), *Elements of Quebec Civil Law: A Comparison with the Common Law of Canada*, Toronto, Carswell, 2008, p. 187, à la page 189.

101. M. NACCARATO, préc., note 9, p. 524-528.

102. R. c. *Gopher*, 2005 SKQB 243.

confiance à des épargnants. Dans l'affaire *Dennis*, pareil conseiller financier a été déclaré coupable de fraude pour avoir omis d'être transparent et d'informer ses clients de sa véritable identité¹⁰³.

En matière de mandat (*agency* en common law), le mandataire est tenu d'agir avec loyauté vis-à-vis du mandant, car, pareil contrat comporte un degré de confiance accrue. La violation de cette obligation comporte le degré de gravité nécessaire pour qu'intervienne la sanction du droit criminel¹⁰⁴. Le manquement du mandataire vis-à-vis son mandant peut se manifester soit par le détournement pur et simple d'un bien ou d'une somme d'argent à lui confiée auquel cas interviendrait l'article 322 C.cr. concernant le vol par détournement. Encore, ce détournement peut constituer une fraude par autre moyen dolosif, car celle-ci se veut englobante et couvrirait aussi pareil cas¹⁰⁵. Toutefois, le mandataire peut commettre d'autres impaires dans la cadre de ses fonctions comme, par exemple, la perception d'une commission secrète¹⁰⁶ ou encore, l'achat d'un bien qu'il est tenu de vendre pour et à l'acquis de son mandant¹⁰⁷. Pareil manquement emporte la nullité de ce genre d'acquisition en droit privé et en common law¹⁰⁸.

Ainsi, l'intermédiaire qui perçoit une somme d'argent avec instruction d'effectuer un paiement en faveur d'un tiers, se voit déclarer coupable de fraude par autre moyen dolosif soit parce qu'il a détourné une somme qu'il devait affecter à une fin particulière contrairement au mandat confié ou encore parce qu'il se créait une fiducie, en common law, en faveur d'une tierce personne, soit le

---

103. *R. c. Dennis*, 2003 BCSC 1688 (bien que le tribunal conclut à une fraude par mensonge ou par supercherie, il ressort du jugement qu'il s'agit d'une fraude par autre moyen dolosif).

104. M. NACCARATO, préc., note 9, p. 520 et ss.

105. En ce sens, voir : *R. c. Gopher*, préc., note 102.

106. M. NACCARATO, préc., note 9, p. 519.

107. En ce sens, voir : *R. c. Ouellette*, préc., note 61. Dans cette affaire, l'accusé profite de l'accès privilégié à des informations et relations d'affaires pour acquérir, par le biais de sociétés-écrans, une option d'achat sur un terrain qu'il a revendu, par la suite, à son mandant après avoir empoché un profit considérable résultant de ce stratagème.

108. M. NACCARATO, préc., note 9, p. 518 à 522.

bénéficiaire du paiement. Les circonstances de la création du contrat de mandat ou de fiducie dépendent de l'intention des parties et de la preuve faite¹⁰⁹.

Lorsque nous parlons de contrat de confiance accrue, nous ne visons pas une catégorie particulière de contrat. Ce type de convention se vérifie ponctuellement selon chaque cas d'espèce.

2.2.3.5 Le contrat de confiance accrue

Les contrats entre parties visent généralement l'accomplissement d'intérêts opposés d'où la réticence des tribunaux à intervenir lorsqu'une partie profite astucieusement de la faiblesse de l'autre. Nous avons affirmé plus haut que certains types de contrats apportent, en raison de leur nature propre, un degré de confiance accrue. Cette asymétrie n'est pas opportuniste, mais inhérente à l'opération contractuelle qu'ont conclue les parties. Bien que nous soyons tentés de catégoriser exhaustivement cette forme de relation contractuelle afin de ne point abuser de l'intervention prétorienne dans l'accord de volonté, il n'en demeure pas moins que pareil exercice serait voué à l'échec. La Cour suprême du Canada confirme qu'il suffit que le contrat visé en soit un de confiance accrue où l'une des parties se place, en ce faisant, dans une situation de vulnérabilité. La partie en situation de force ne peut ainsi violer la confiance donnée sans qu'elle ne soit sanctionnée civilement. La jurisprudence enseigne que la sanction civile est aussi accrue. Les arrêts clés en la matière sont les affaires *Lac Minerals* en common law et *Banque de Montréal c. Kuet Leong Ng* en droit civil¹¹⁰.

109. Voir par exemple : *R. c. McMillan*, [1997] O.J. No. 4232 (Ct. of J.) (LN/QL). Dans cette affaire, les accusés sont cités à procès à l'issu de l'enquête préliminaire en raison du détournement d'un chèque donné en paiement pour une marchandise.

110. *Banque de Montréal c. Kuet Leong Ng*, préc., note 56; *Lac Minerals Ltd. c. International Corona Resources Ltd.*, préc., note 57. Pour une analyse théorique de cette question voir M. NACCARATO et R. CRÊTE, préc., note 69, aux pages 647-668 et M. NACCARATO, préc., note 55, p. 457-521.

Pour nous convaincre de cette affirmation, il suffit de citer un cas où a été déclaré coupable de fraude par autre moyen dolosif, le propriétaire d'un motel à qui des clients avaient communiqué leurs numéros de carte de crédit. Pareille communication comporte un degré de confiance qui doit être protégé. C'est ainsi que l'utilisation non autorisée d'un numéro de carte de crédit engage la responsabilité criminelle de celui qui détourne cette information¹¹¹.

D'affirmer la Cour du Banc du Roi :

I have taken some time to review the evidence of the various clients at 40 Winks and their testimony is eloquent in its characterization of the behavior of the accused, as the evidence has disclosed. All of them stated that what was done was not what had been agreed to. All of them stated that they never authorized any access to their credit cards or a deposit or a prepayment or any such thing. All of them stated that in their experience, this had never happened. The only concession they made was that they expected to pay for the first night accommodation if, one, they didn't show up, second, they didn't cancel in time. So, therefore, under the « other fraudulent means » definition, being the wording of the section, the case of *Zlatic* defines it, quote:

« Fraud by « other fraudulent means » encompasses all other means that can properly be stigmatized as dishonest. Dishonesty is determined objectively by reference to what a reasonable person would consider to be a dishonest act. The essence of dishonesty is the wrongful use of something in which another has an interest in such a manner that the other's interest is extinguished or put a risk. »¹¹²

Notre théorie au sujet du châtement de l'illicéité en droit privé par le droit criminel ne se limite pas aux seules obligations issues du droit civil proprement dit. Il s'agit d'une pratique que nous faisons régulièrement, mais, parfois, nous l'ignorons. Il suffit de citer la

---

111. *R. c. Murray*, 2003 Carswell NB 661 (Q.B.) (WC), conf. par 2005 NBCA 51;
R. c. Olan, préc., note 86.

112. *Id.*, par. 58 (j. Sylvio).

violation aux nombreuses lois particulières telles celles sur l'impôt sur le revenu. Bien que les sanctions aux violations de ces lois soient particulièrement prévues dans celles-ci, le caractère englobant de la fraude criminelle n'est pas exclu d'application.

3. La répression de la violation de lois particulières

Notre hypothèse de droit transversal civil/criminel n'est pas étrangère à une pratique bien établie. Nos tribunaux fourmillent de dossiers comportant des actes d'accusation pour fraude en raison de violations à des dispositions contenues dans des lois particulières. Il suffit de penser aux exemples issus des lois fiscales, sociales ou économiques. Le fait est que l'article 380 C.cr. est une disposition englobante qui couvre les comportements répréhensibles sanctionnés par ces diverses lois. Ceci étant dit, il importe d'insister sur l'application analogique de ce courant jurisprudentiel à notre hypothèse et partant, de mieux cerner cette pratique afin d'en établir les contours et mieux circonscrire la portée de l'article 380 C.cr.

3.1 Droit des sociétés par actions

Le premier exemple auquel nous pouvons faire référence est celui du droit des sociétés par actions ayant donné naissance à l'arrêt *Olan*¹¹³. Dans cette affaire, les accusés se portent acquéreurs d'une société et en financent l'acquisition par le biais de l'émission d'actions de cette même compagnie en guise de paiement à leurs vendeurs. Ce financement a eu pour effet d'endetter la compagnie envers ses anciens actionnaires et mener à son insolvabilité, d'où le dépôt d'accusations, pour fraude par autre moyen dolosif. Dans son jugement, la Cour suprême du Canada en vient à la conclusion que l'utilisation des biens d'une société à des buts personnels, soit, en l'espèce, l'achat et le financement de la compagnie, plutôt qu'à des fins nécessaires aux opérations de la société est un acte malhonnête constitutif d'un autre moyen dolosif au sens de l'article 380 C.cr. Cet énoncé de principe aura inspiré la Cour suprême dans les arrêts

---

113. R. c. *Olan*, préc., note 86.

*Théroux*¹¹⁴ et *Zlatic*¹¹⁵ même s'il peut paraître somme toute vague et ambigu.

Nous croyons pouvoir bonifier cette approche en circonscrivant davantage le mode de financement employé dans l'affaire *Olan* par l'application des tests financiers déjà prévus par les lois sur les sociétés par actions et qui établissent le taux d'endettement permis lorsque la compagnie procède à un paiement de dividendes à ses actionnaires. Rappelons qu'il existe deux types de tests financiers applicables en matière de paiement de dividendes: le test de solvabilité (exigé par la législation canadienne et québécoise) et le test comptable (exigé par la législation canadienne seulement). Ils sont tous deux définis aux paragraphes a) et b) de l'article 42 LCSA respectivement :

Art. 42. La société ne peut déclarer ni verser de dividende s'il existe des motifs raisonnables de croire que:

- a) ou bien elle ne peut, ou ne pourrait de ce fait, acquitter son passif à échéance;
- b) ou bien la valeur de réalisation de son actif serait, de ce fait, inférieure au total de son passif et de son capital déclaré¹¹⁶.

L'article 104 LSAQ qui prévoit le test de solvabilité applicable aux sociétés par actions ayant été constituées en vertu de législation québécoise reprend les mots de l'article 42 a) LCSA. Cette disposition adoptée par le législateur québécois lors de la dernière réforme de 2009, retire le test comptable. Les motifs expliquant cette modification se baseraient sur des considérations pratiques et sur l'incertitude entourant l'interprétation du test comptable¹¹⁷.

---

114. *R. c. Théroux*, [1993] 2 R.C.S. 5.

115. *R. c. Zlatic*, préc., note 48.

116. L'exigence du test comptable fait l'objet de certaines réserves de la part des experts. Des considérations pratiques en plus de l'incertitude reliée à son interprétation rendraient son application fragile. Cette situation a, par ailleurs, motivé le législateur québécois à ne considérer que le test solvable lors de sa réforme du droit des sociétés par actions de 2009. R. CRÊTE et S. ROUSSEAU, préc., note 90, n° 562, p. 259.

117. *Id.*

À notre avis, le paiement de dividendes en violation des tests financiers applicables et en fraude du droit des créanciers comporterait l'élément de gravité nécessaire pour être puni par l'article 380 C.cr. Plus spécifiquement, il serait compris dans ce que le législateur entend par « fraude par autre moyen dolosif ». En effet, en agissant de la sorte, il devient évident que l'administrateur place, volontairement et en toute connaissance de cause, la société dans une situation où elle ne pourra pas s'acquitter des obligations auxquelles elle s'était engagée auprès de ses créanciers. L'élément de malhonnêteté d'une telle manœuvre ressort au premier plan. Une question, toutefois, demeure dans l'esprit du juriste avisé : qu'en est-il de la situation inverse? En d'autres termes, le respect des tests financiers met-il l'administrateur ayant procédé au paiement de dividendes à l'abri de poursuites pour fraude criminelle?

Bien que la question soit difficile à répondre et puisse requérir de larges développements en raison de son intérêt, nous pensons pouvoir y répondre par la négative au motif de l'existence d'un élément devenu ubiquitaire en droit des sociétés par actions: l'obligation de loyauté des administrateurs envers la société par actions et, plus largement, envers les parties prenantes (*fiduciary duty* en common law)¹¹⁸. Ainsi, nous postulons que nonobstant le respect des tests financiers, un administrateur pourra voir sa responsabilité criminelle engagée si, néanmoins, il ne s'acquitte pas de son obligation de loyauté. Par ailleurs, cette situation a déjà été constatée en matière civile comme le prouvent les décisions *Gagnon c. Héroux*¹¹⁹ et *Bergeron c. Bergeron-Faucher*¹²⁰. Remarquons que le respect de l'obligation de loyauté par l'administrateur devient une pierre angulaire au moment d'analyser les comportements de ce dernier vis-à-vis d'autres types d'opérations retrouvées dans le monde des affaires. Nous citerons quelques exemples tirés de la jurisprudence qui, sans vouloir être exhaustifs, permettront au lecteur de mieux comprendre notre position.

---

118. Les lois sur les sociétés par actions prévoient l'obligation de loyauté des administrateurs et dirigeants: LSAQ, art. 119; LCSA, art. 122.

119. *Gagnon c. Héroux*, REJB 1997-03027 (C.S.).

120. *Bergeron c. Bergeron-Faucher*, REJB 1998-06831 (C.A.).

Dans *Schafer*¹²¹, le directeur d'une société, qui en était le seul administrateur et actionnaire, est accusé d'avoir employé plusieurs personnes morales, dont il avait le contrôle, dans le but de frauder des investisseurs étrangers et contourner les règles d'un programme d'investissement du gouvernement fédéral. Schafer, qui possédait plusieurs entreprises qu'il exploitait par le biais de plusieurs sociétés par actions, a utilisé les fonds confiés par les investisseurs pour financer ces compagnies sans déclarer ses conflits d'intérêts. De plus, dans l'un des cas, des sommes ont été utilisées pour renflouer une compagnie située en sol américain contrairement aux prescriptions du programme d'investissement. Ces diverses transactions se sont soldées par des pertes importantes pour les victimes. Dans son jugement, le tribunal conclut à la culpabilité de M. Schafer et, pour ce faire, il se base, notamment, sur les dispositions de la loi provinciale sur les sociétés par actions qui traitent des obligations des administrateurs et dirigeants en matière de conflits d'intérêts. Remarquons que même si le prévenu était le seul actionnaire, dirigeant et directeur du fonds d'investissement, il ressort du jugement que, dans les circonstances, il aurait dû demander un avis indépendant sur les opérations qu'il s'appropriait à effectuer. Par ailleurs, l'utilisation de personnes morales afin de camoufler l'investissement fait en contravention des règles du programme fédéral allait aussi à l'encontre de ses obligations de dirigeant et d'administrateur. En effet, en agissant de la sorte, mis à part le fait de commettre une fraude à la loi, il compromettait, de plus, la légitimité de la participation de ses investisseurs au programme d'immigration dont ils faisaient partie.

L'affaire *McCullough*¹²² ressemble sur certains points à la précédente, d'autant qu'elle s'inscrit dans le cadre du même programme d'investissement étranger du gouvernement fédéral. Toutefois, dans *McCullough*, ce qui ressort le plus, outre les conflits d'intérêts non déclarés, c'est le fait que le prévenu a mis en péril le patrimoine que les investisseurs lui avaient confié en vendant les

---

121. *R. c. Schafer*, préc., note 15.

122. *R. c. McCullough*, préc., note 62.

actions que sa compagnie détenait dans la société propriétaire d'un hôtel de la région. Pour reconnaître la culpabilité de l'accusé, le tribunal se fonde sur l'obligation de loyauté (*fiduciary duty*) qu'avait M. McCullough en tant que dirigeant et administrateur, en plus, de se baser sur les dispositions de la loi provinciale sur les sociétés par actions concernant les conflits d'intérêts. Mentionnons qu'un document nommé *offering memorandum*, qui liait le prévenu, prévoyait lui aussi une procédure à suivre dans de telles situations, procédure dont l'accusé ne s'est manifestement pas acquitté.

L'arrêt *Lawson* rendu par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique nous permet d'illustrer notre position concernant les paiements et autres transactions connexes autorisés par un administrateur sur les fonds d'une société par actions. Bien que le tribunal n'ait pas eu à se pencher sur la légalité des actes du prévenu, les faits qui sont rapportés dans le jugement sont particulièrement intéressants pour nous. Dans cette affaire, l'accusé était l'unique actionnaire de deux compagnies: Infac Investment Ltd. et Newport Realty Inc. La société Infac a obtenu des fonds de la part d'investisseurs privés par le biais de l'émission de débentures. Elle a, par la suite, octroyé plusieurs prêts successifs à Newport sans intérêt. Après quelques mois, l'accusé, en sa qualité de dirigeant d'Infac, a octroyé une remise de dette à Newport pour le total du montant qui était dû à ce moment-là. Il a, par la suite, vendu ses parts dans Infac pour la somme de 1\$. Remarquons que le prévenu était accusé d'avoir frustré Infac. Le chef d'accusation ne concernant pas la privation de l'acheteur des parts du prévenu dans Infac ni les détenteurs de débentures de Infac. Toutefois, si nous nous basons sur notre raisonnement concernant le paiement de dividendes pour le transposer à la question de cette remise de dette, nous constatons que l'obligation de loyauté à laquelle M. Lawson était tenu faisait en sorte qu'il ne pouvait faire une telle concession. Peu importe le créancier de l'obligation que l'on considère : Infac, l'acheteur des parts du prévenu ou les détenteurs de débentures, le résultat est le même. En effet, il n'était évidemment pas dans l'intérêt d'Infac ni de ses diverses parties prenantes que l'accusé ait autorisé une telle remise de dette.

Finalement, dans l'affaire *Harris*, l'accusé était un dirigeant de Supérieur Propane ltée. En collaboration avec d'autres directeurs de la compagnie, il a constitué plusieurs sociétés afin que ces dernières puissent conclure, avec Supérieur Propane, une série de contrats qui leur étaient nettement avantageux. Dans aucune des diverses transactions conclues entre la société victime et les diverses compagnies contrôlées par l'accusé et ses complices, le prévenu n'a déclaré ses conflits d'intérêts contrevenant ainsi aux politiques de son employeur. Bien au contraire, par une série de subterfuges, il a souvent caché son identité ou celle de ses collaborateurs afin d'éviter que des tiers, la victime ou les vérificateurs financiers de cette dernière puissent se rendre compte du stratagème. Par ailleurs, ces transactions se sont soldées par un gain net pour les entreprises de l'accusé au détriment des intérêts de Supérieur Propane. Le tribunal a reconnu la culpabilité du prévenu à l'accusation de fraude sur la base des principes de la common law et des dispositions de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions* ayant trait à l'obligation de loyauté (*fiduciary duty*) des dirigeants et administrateurs des sociétés et aux conflits d'intérêts.

Ces différentes décisions nous illustrent l'importance que joue l'obligation de loyauté dans la détermination de la légalité d'un acte posé par un dirigeant ou un administrateur tant du point de vue civil que criminel. Rappelons, par ailleurs, que *le respect* des tests financiers n'est pas gage de salut en matière de déclaration de dividendes. Ainsi, un administrateur pourra voir sa responsabilité civile, voire criminelle, engagée même s'il respecte les tests financiers prescrits par la loi s'il agit contrairement aux intérêts de la société et des parties prenantes. Toutefois, et comme nous l'avons dit précédemment, la déclaration de dividendes *en contravention* de ces tests comportera l'élément de gravité nécessaire pour constituer une fraude par autre moyen dolosif. À notre avis, il aurait été aisé pour les procureurs de la poursuite dans les affaires *Zlatic*, *Schafer* et *Lawson* précédemment citées de démontrer que des retraits d'argent avaient été réalisés en violation des tests financiers. La preuve de ces contraventions en plus de celle du préjudice pécuniaire pour les victimes aurait suffi pour entraîner la condamnation des accusés.

Pour le reste, mentionnons que tant la LCSA comme la LSAQ contiennent des dispositions régissant divers aspects reliés aux sociétés par actions. Lorsqu'impératives, la violation de ces dispositions comporterait l'élément de gravité nécessaire pour entraîner une condamnation en vertu de l'article 380 C.cr.

3.2 Droit fiscal

Dans le domaine du droit fiscal, il est aisé d'affirmer que l'omission de déclarer des revenus à des fins de prélèvement d'impôts ou de taxes constitue en soi un manquement grave de la part d'un contribuable. Or, les lois fiscales prévoient déjà des sanctions pénales pour pareils manquements¹²³. La question est de savoir dans quelle mesure ces omissions pourraient faire l'objet d'une répression criminelle aux termes de l'article 380 C.cr. Autrement dit, devrait-on dans chaque cas déterminer si le manquement comporte le degré de gravité? Pour les motifs que nous venons d'énoncer, nous ne le croyons pas. Ainsi, le procureur de la poursuite aurait une discrétion pour déterminer s'il dépose des accusations criminelles ou pénales tel qu'il l'aurait en matière d'infractions hybrides.

Remarquons qu'il est plutôt difficile de trouver dans la jurisprudence des cas d'omission de déclaration de revenus comme tels. En effet, ce type de fraude prend, la plupart du temps, la forme d'une déclaration mensongère où le contribuable affirme aux autorités ne pas avoir perçu plus de revenus que ceux qu'il a inscrits sur son formulaire fiscal, ce qui s'avère faux. Ainsi, ces cas seraient englobés par les deux premières modalités de la fraude mentionnées dans le libellé de l'article 380 C.cr. Toutefois dans l'affaire *Hucal*¹²⁴, l'un des coaccusés (Cadieux) a été reconnu coupable de fraude, alors qu'il omettait de déclarer des revenus provenant d'un trafic illégal de tabac auquel il prenait part. En ce qui concerne l'autre coaccusé (Hucal), nous ne pouvons pas qualifier ses omissions dans la troisième modalité de fraude (par autre moyen dolosif), car il

---

123. Voir à titre d'exemple : *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, c. 1 (5e suppl.), art. 238-239; *Loi sur l'administration fiscale*, RLRQ, c. A-6.002, art. 62-62.1.

124. R. c. *Hucal*, 2001 ABQB 606.

exploitait une entreprise légale et déclarait de façon incomplète les revenus qu'il retirait de la vente de tabac. Ses actes seraient plutôt compris dans la première modalité de fraude (par mensonge), car il déclarait faussement au fisc avoir fait mention de tous ses revenus de vente dans ses formulaires de taxes.

Nous ne pouvons terminer la présente sous-section sans traiter de l'affaire *Cancor Software Corp.*¹²⁵ qui mettait en lumière un stratagème complexe qui, pour certains, pourrait entrer dans les deux premières modalités de fraude mentionnées dans le libellé de l'article 380 C.cr. Bien que plusieurs éléments composant le stratagème puissent effectivement être considérés comme du mensonge ou de la supercherie, nous invitons le lecteur à voir les manœuvres de l'accusé dans son ensemble ce qui permet de qualifier ses actes de fraude par autre moyen dolosif. Pour l'essentiel, il s'agit d'une affaire impliquant trois personnes différentes : Cancor Software Corp., Cancor Research Inc. et Thomas Corr. Ce dernier était l'unique actionnaire, administrateur et dirigeant des deux personnes morales précédemment nommées. La poursuite est basée sur les dispositions du *Code criminel*, mais aussi en vertu de la *Loi canadienne de l'impôt sur le revenu*. Les prévenus sont accusés d'avoir participé à un stratagème ayant conduit à de l'évasion fiscale par le biais de la réclamation de crédits d'impôt octroyés pour des dépenses reliées à de la recherche et du développement (R&D). Le stratagème tenait à l'existence d'une société-écran ayant son siège social au Canada qui permettait de refiler des factures pour des dépenses R&D attribuables à des opérations réalisées en sol américain. Le but était de permettre de rendre ces dépenses admissibles au programme de crédit d'impôt à la R&D prévu à la partie VIII de la *Loi de l'impôt sur le revenu* qui ne visait que les dépenses effectuées en sol canadien.

3.3 Propriété intellectuelle

Un autre exemple intéressant est celui de la violation des droits d'auteur. Ces cas nous intéressent particulièrement en

---

125. R. c. *Cancor Software Corp.*, [1991] O.J. No. 2236 (Ct. of J.) (LN/QL).

matière de fraude par autre moyen dolosif, car, si la fraude était limitée aux seuls cas de supercherie ou de mensonge, la violation d'un droit d'auteur entre personnes non présentes et étrangères ne pourrait faire l'objet d'une sanction en vertu du *Code criminel*. Il en est ainsi lorsque l'infraction de fraude ou d'escroquerie exige la commission d'une « manœuvre » tel que c'est le cas en droit criminel français¹²⁶. La manœuvre doit être faite en présence de la victime et doit être la cause de la perte. Or, l'accusé qui reproduit des œuvres sans la connaissance ni la présence de l'auteur est réputé, en droit criminel canadien, commettre une fraude par autre moyen dolosif. Ainsi, le repiquage, la vente et/ou distribution de matériel contrefait à l'insu du titulaire des droits de propriété intellectuelle constituent des formes de fraude par autre moyen dolosif et le manque à gagner subi par la victime en devient la privation¹²⁷.

3.4 Droit bancaire

Véritables piliers du système financier, les activités des banques et quasi-banques sont réglementées par un corpus de règles juridiques encadrant une grande variété d'aspects. Certaines de ces normes visent l'organisation et la solidité du système bancaire dans son ensemble¹²⁸. Ainsi, composition du capital-actions, limites en matière de propriété d'actions, restrictions en matière de composition du conseil d'administration, encadrement des activités et placements bancaires font l'objet d'une étroite réglementation. Toutefois, l'encadrement du législateur ne se limitera pas seulement aux

126. Nouveau Code pénal, art. L. 313-1.

127. R. c. *Fitzpatrick*, (1984) 11 C.C.C. (3rd) 46 (B.C.C.A.); R. c. *Kirkwood*, préc., note 11; R. c. *Nguyen*, [1989] O.J. No. 3318 (Dist. Ct.) (LN/QL); R. c. *Béland*, [1989] B.C.J. No. 1043 (Co. Ct.) (LN/QL).

128. Voir notamment : *Loi sur les banques*, L.C. 1991, c. 46; *Loi sur les sociétés de fiducie et les sociétés d'épargne*, RLRQ, c. S-29.01; *Loi sur les associations coopératives de crédit*, L.C. 1991, c. 48; *Loi sur les coopératives de services financiers*, RLRQ, c. C-67.3; *Loi sur le Bureau du surintendant des institutions financières*, L.R.C. 1985, c. 18 (3e suppl.); *Loi sur l'Autorité des marchés financiers*, RLRQ, c. A-33.2; *Loi canadienne sur les paiements*, L.R.C. 1985, c. C-21; *Loi sur la compensation et le règlement des paiements*, L.C. 1996, c. 6; *Loi sur la Société d'assurance-dépôts du Canada*, L.R.C. 1985, c. C-3; *Loi sur l'assurance-dépôts*, RLRQ, c. A-26; *Loi sur la Banque du Canada*, L.R.C. 1985, c. B-2.

aspects systémiques. Il visera aussi les transactions bancaires ayant cours entre des particuliers¹²⁹. Les trois prochaines décisions judiciaires nous permettront d'illustrer les deux volets de cette régulation étatique dans le contexte bien précis d'actes ayant mené à des accusations pour fraude par autre moyen dolosif.

L'affaire *Krawec*¹³⁰ constitue probablement la meilleure illustration de la mise en application de ces règles dans le contexte d'une accusation de fraude criminelle. L'accusé, un avocat exerçant en pratique privée, siégeait sur le conseil d'administration d'une *credit union*. Pendant son mandat administratif, il effectuait aussi des transactions immobilières avec sa mandante au nom de ses clients d'affaires. Dans le cours de sa pratique, le prévenu a participé à un type de prêt connu sous le nom de « bridge mortgage loans » en agissant à titre d'intermédiaire entre les investisseurs et la *credit union*. Dans le cadre de ces transactions, il a contrevenu à plusieurs dispositions contenues dans la loi encadrant les *credit unions* ainsi que dans les règlements qui en découlent. Par exemple, les prêts dépassaient le ratio prêt-valeur fixé pour les hypothèques immobilières, ne respectaient pas les montants des prêts par membre et contrevenaient aux restrictions concernant la composition du portefeuille de placements de l'institution. De plus, les prêts étaient mal documentés, voire non documentés, n'étaient fondés sur aucune évaluation immobilière, étaient basés sur des prix grossièrement gonflés, et ce, contrairement aux exigences réglementaires. Les dispositions légales et réglementaires concernant l'approbation des prêts par le comité de crédit n'ont pas été respectées, l'accusé ayant conçu un stratagème lui permettant de contourner cette procédure en se basant sur l'argument que les placements en litige étaient des investissements et non des prêts. De cette manière, seule l'approbation du directeur général était nécessaire, approbation que le prévenu obtenait sans problèmes en corrompant le haut dirigeant. Le tribunal a constaté cette série de violations à la réglementation financière mise en preuve par la

---

129. Voir, par exemple : *Loi sur les lettres de change*, L.R.C. 1985, c. B-4.

130. R. c. *Krawec*, préc., note 61.

Couronne et, sur cette base, a reconnu la culpabilité de l'accusé en vertu de l'article 380 C.cr. pour fraude par autre moyen dolosif.

L'affaire *Krawec* nous a permis d'illustrer un cas de violation à des dispositions légales ayant comme but l'organisation et le maintien de la solidité du système financier. Qu'en est-il des violations aux règles bancaires s'appliquant aux transactions entre particuliers? Deux décisions s'avèrent particulièrement intéressantes en la matière. Bien que dans ces deux jugements les accusés aient été acquittés, ils permettent d'illustrer le concept de malhonnêteté sanctionné par l'article 380 C.cr., en contribuant à mieux déterminer le seuil de gravité requis pour que des actes soient considérés comme de la fraude criminelle.

Dans *DaSilva*¹³¹, l'accusé qui était l'unique actionnaire, dirigeant et administrateur de deux sociétés par actions avait conçu un stratagème qui est connu dans le milieu financier sous le nom de *kiting* (cavalerie de chèques). Il s'agit de transactions ayant cours entre deux comptes bancaires différents contrôlés par la même personne. Un premier chèque sans provisions est tiré à partir d'un premier compte bancaire que nous nommerons le compte A et déposé dans un deuxième compte que nous nommerons le compte B. Un deuxième chèque sera tiré à partir du compte B et déposé dans le compte A afin de couvrir le montant du premier chèque et ce, avant que la banque dans laquelle le compte B est détenu n'ait le temps d'obtenir le paiement en règlement du premier chèque ayant été tiré. De cette façon, il apparaîtra que le compte A dispose de fonds suffisants pour honorer le chèque initialement tiré alors qu'il n'en est rien. La banque dans laquelle le compte B est détenu payera alors le chèque au bénéficiaire. Comme le lecteur aura pu remarquer, le but de la manœuvre est d'exploiter le délai requis par le système de compensation et de règlement qui permet à une banque d'honorer un chèque tiré à partir d'un compte ouvert dans une autre institution financière. Utilisé de façon successive, le stratagème permet d'avoir des prêts sans intérêt ce qui peut sembler malhonnête. Toutefois, dans *DaSilva*, le juge n'a pas été de cet avis et a acquitté l'accusé. À

---

131. R. c. *DaSilva*, 2002 ABPC 83.

son avis, la Couronne n'avait pas réussi à démontrer un élément de malhonnêteté dans les manœuvres de l'accusé. Nous invitons le lecteur à prendre les conclusions de cette décision judiciaire avec beaucoup de prudence. Bien qu'à notre connaissance, il n'existe pas de dispositions légales explicites prohibant ce type de pratique, il n'en demeure pas moins que les contrats bancaires peuvent contenir des clauses empêchant de s'y adonner. De plus, même en l'absence de telles clauses, l'obligation de bonne foi en matière contractuelle qui, au Québec, est prévue à l'article 1375 C.c.Q.¹³², rendrait illégitime ce type de pratique. On pourrait, de plus, se baser sur l'article 1434 C.c.Q. en invoquant à l'encontre de ce stratagème soit les usages bancaires, soit la nature du contrat en cause, soit l'équité. À notre avis, le *kiting*, en plus de violer ces dispositions civiles, contiendrait en lui-même l'élément de gravité requis pour être qualifié de fraude par autre moyen dolosif et recevoir ainsi une sanction criminelle. Par ailleurs, la privation serait constituée par l'obtention d'un montant de crédit sans intérêt à l'insu de la victime. Celle-ci aurait à assumer, de plus, des risques financiers auxquels elle n'aurait pas consenti.

Nous avons déjà eu l'occasion de parler de l'arrêt *Lazeo* impliquant des pertes d'argent provenant de la vente de lingots de platine confiés à l'accusé devenu insolvable¹³³. Dans cette affaire, outre la question de la disposition des fonds, une question relative à un chèque postdaté avait fait surface. Il ressort du jugement que l'absence de fonds d'un chèque postdaté donné en paiement dans le cadre d'un contrat à terme ne constitue pas nécessairement une fraude si l'entreprise possède plus d'un compte bancaire et qu'il y a des fonds suffisants dans ces autres comptes pour honorer la dette que l'on voulait éteindre avec l'effet de commerce.

Un autre domaine du droit financier a donné lieu à une décision fort intéressante en matière de fraude par autre moyen dolosif. Il s'agit du droit des valeurs mobilières qui a donné naissance à l'affaire *Duwell*.

---

132. Cette obligation de bonne foi est désormais consacrée par la Cour suprême du Canada dans les provinces de la common law : *Bhasin c. Hyrnew*, 2014 CSC 71.

133. *R. c. Lazeo*, préc., note 52.

3.5 Droit des produits dérivés

L'on entend par produit dérivé « un actif dont la valeur dépend d'autres variables plus fondamentales comme les prix d'autres actifs négociés sur les marchés, les taux d'intérêt, les taux de change ou encore les températures, la hauteur de neige dans une station de sports d'hiver, etc. »¹³⁴. Ils sont connus dans le monde des affaires en raison de leurs trois utilités principales soit la couverture de risque pour les entreprises, la spéculation et l'arbitrage (réalisation d'un profit en prenant simultanément position soit sur plusieurs actifs dérivés différents, soit sur actif dérivé et son sous-jacent, le but ultime étant d'acheter bon marché et vendre le plus cher possible)¹³⁵. Les trois principaux instruments dérivés sont les contrats à terme (*futures*), les options (*puts* et *calls*), et les swaps. À partir de ces trois dérivés, les financiers se sont inspirés pour construire d'autres actifs beaucoup plus complexes ayant comme but de répondre aux besoins du marché.

La complexité du marché des produits dérivés, les sommes impliquées dans de telles transactions ainsi que les risques de pertes ont exigé une intervention du législateur afin d'encadrer ce secteur de l'activité financière. Au Canada, cette intervention s'est faite jusqu'à maintenant au niveau provincial. Au Québec, nous retrouvons principalement la *Loi sur les instruments dérivés*¹³⁶ ainsi que son règlement respectif¹³⁷. À cela s'ajoutent des instructions de l'Autorité des marchés financiers¹³⁸. Mentionnons, de plus, que les

---

134. JOHN HULL, *Options, futures et autres actifs dérivés*, 8^e éd. traduite par PATRICK ROGER, CHRISTOPHE HÉNOT et LAURENT DEVILLE, Paris, Pearson, 2011, p. 1.

135. *Id.*, p. 11-16.

136. *Loi sur les instruments dérivés*, RLRQ, c. I-14.01.

137. *Règlement sur les instruments dérivés*, RLRQ, c. I-14.01.

138. Voir : *Instruction générale concernant l'autocertification*, (2009), Bull. AMF, vol. 6, n° 3, en ligne : <<https://www.lautorite.qc.ca/fr/instructions-generales-derives-autre.html>>; *Instruction générale concernant les contreparties qualifiées* (2009), Bull. AMF, vol. 6, n° 3, en ligne : <<https://www.lautorite.qc.ca/fr/instructions-generales-derives-autre.html>>; *Instruction concernant le produit hybride*, (2009), Bull. AMF, vol. 6, n° 3, en ligne : <<https://www.lautorite.qc.ca/fr/instructions-generales-derives-autre.html>>.

bourses où se déroule une partie importante de ces transactions comptent avec leurs propres règles sous la surveillance bien attentive, cependant, des autorités réglementaires¹³⁹. Il est possible, toutefois, pour les entreprises de négocier de gré à gré des produits sur mesure hors marché boursier (*OTC, Over the counter*).

L'importance des règles encadrant le marché des instruments dérivés en fait des dispositions impératives auxquelles il est impossible de déroger (article 9 C.c.Q.). En ce qui concerne la jurisprudence, nous n'avons recensé qu'un seul cas où une personne ayant violé des dispositions réglementaires relatives aux produits dérivés a été poursuivie en vertu de l'article 380 C.cr. pour fraude par autre moyen dolosif. Il s'agit de l'affaire *Duvell*¹⁴⁰.

Dans cette décision rendue par la cour du Banc de la Reine du Manitoba, l'accusé était le dirigeant, administrateur et actionnaire principal de Duvell Grain Co. Ltd. et de Can Am Commodities Corp. Celle-ci était un opérateur sur le marché des produits dérivés inscrit à la Bourse de Winnipeg et celle-là un client de Can Am qui spéculait sur les contrats à terme sur le grain. Le prévenu est accusé d'avoir contrevenu à une série de règles régissant le marché des instruments dérivés dans le but d'obtenir les profits qui résultaient de ses transactions spéculatives sur le grain sans avoir à assumer les pertes de ses opérations. À cette fin, il utilisait le contrôle qu'il exerçait sur ses deux compagnies tout en enfreignant les règles de la Bourse et de la chambre de compensation auxquelles Can Am était inscrite. Plus spécifiquement, il ne documentait pas les transactions que Duvell Grain Co. effectuait par l'intermédiaire de Can Am, il omettait d'obliger Duvell à maintenir la garantie requise pour opérer sur le marché des dérivés et négligeait d'exiger de la part de celle-ci les montants des pertes subies en raison des opérations réalisées. Il a été prouvé que les sommes rattachées aux gains que Duvell Grain

---

139. En ce qui concerne la Bourse de Montréal, voir le portail « Réglementation » de leur site web pour y retrouver les diverses règles et politiques : <http://reg.m-x.ca/fr/regulation/rules_policies> (page consultée le 10 janvier 2015).

140. R. c. *Duvell*, [1992] M.J. No. 307 (Q.B.) (LN/QL).

Co. pouvait faire de temps à autre allaient, en fin de compte, dans les poches de l'accusé. Ce stratagème a eu comme effet de diminuer la couverture de risque de Can Am ce qui pouvait l'empêcher d'opérer sur le marché en vertu des règles financières en plus de compromettre potentiellement le compte des autres clients réguliers de l'intermédiaire. Par ailleurs, l'importance des opérations et des pertes subies a conduit, en fin de compte, à la faillite de Can Am, puisque l'accusé n'a pu continuer à déguiser ses déboires dans les rapports financiers comme il l'avait fait pendant un certain temps. Constatant la violation de ces règles financières, le tribunal a reconnu la culpabilité de l'accusé pour fraude par autre moyen dolosif en vertu de l'article 380 C.cr. Remarquons, qu'en l'espèce, la privation était constituée par l'augmentation des risques de pertes pour les autres clients de Can Am en raison de l'affaiblissement progressif de la situation patrimoniale de l'opérateur financier. Ces risques se sont concrétisés lors de la faillite de l'intermédiaire se soldant par des pertes pécuniaires pour les victimes.

3.6 Droit de la faillite et de l'insolvabilité

Le droit de la faillite et de l'insolvabilité est un terrain fertile pour la commission d'actes s'inscrivant dans la troisième modalité de fraude. Les mêmes principes s'appliquent qu'en matière de droit privé. Par exemple, qu'en est-il du failli qui contracte un emprunt sans dévoiler son statut? Dans un jugement, la Cour provinciale de l'Ontario acquitte la faillie au motif que subséquemment à l'obtention du prêt, elle avait été libérée de sa faillite¹⁴¹. De toute façon, la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* (L.f.i.) n'oblige pas un failli à déclarer son statut de sorte que, comme nous l'avons déjà dit, faute d'illégalité en droit privé, un accusé ne saurait faire l'objet d'une condamnation en droit criminel¹⁴².

En revanche, le failli qui omet de déclarer des revenus ou des actifs au syndic pendant sa faillite se verra condamné pour son omission qui constituerait une fraude par autre moyen dolosif. En

---

141. R. c. *Dowd*, [1982] O.J. No. 2451 (P.C.) (LN/QL).

142. J. GAGNÉ et P. RAINVILLE, préc., note 22, p.172.

effet, pareil manquement irait à l'encontre de l'article 158 L.f.i. qui, combiné à l'article 2 L.f.i. (« bien »), obligent le failli à « révéler et remettre tous ses biens qui sont en sa possession ou son contrôle, au syndic ou à une personne que le syndic autorise. »¹⁴³

3.7 Droit social

La fraude faite à l'endroit des lois régissant les programmes d'aide sociale peut être sanctionnée de deux façons. La fraude étant une infraction englobante, la poursuite a la discrétion pour déposer des accusations soit en vertu de l'article 380 C.cr ou encore en vertu de la loi particulière violée¹⁴⁴. Bien que la fraude commise à l'endroit des lois provinciales régissant l'assistance sociale comporte généralement un degré de gravité *in se*, il importe que le tribunal s'assure que les actes reprochés remplissent ce critère qui est exigé pour qu'il y ait application du droit criminel.

Les fraudes commises dans le domaine du droit social impliquent généralement une fausse déclaration faite dans le cadre de demandes d'assistance sociale, ce qui oriente ces cas vers la première modalité de l'infraction décrite à l'article 380 C.cr. En effet, l'on retrouve, la plupart du temps, dans les formulaires d'aide gouvernementale, une disposition générale qui obligera le prestataire à déclarer que les renseignements qu'il fournit sont véridiques et complets. Cependant, il se peut que les informations fournies soient vraies au moment de la déclaration, mais que la situation socio-économique du prestataire change en cours de route. Ainsi, les formulaires de prestation comportent généralement une disposition obligeant les bénéficiaires d'informer le gouvernement de tout changement dans leur situation socio-économique. La jurisprudence sanctionne pour fraude par autre moyen dolosif la non-divulgaration, par le prestataire, de faits relatifs à sa situation socio-économique

---

143. *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, L.R.C. 1985, c. B-3; Cf. *R. c. Dionne*, 2003 CanLII 49083 (QC CQ).

144. *R. c. Gladu*, (1986) 29 C.C.C (3rd) 186 (Ont. C.A.); *R. c. Rouse*, (1988) 39 C.C.C (3rd) 115 (Alta C.A.); *Contra* : *R. c. Laybolt*, (1985) 20 C.C.C (3rd) 263 (P.E.I.C.A.).

qui seraient susceptibles de changer le montant de l'aide financière octroyée :

non-disclosure of certain important facts may constitute dishonesty for the purposes of s380. Whether in fact it does in a particular case will depend on whether reasonable people would consider it to be dishonest dealing in the circumstances.¹⁴⁵

Cependant, la fraude commise à l'endroit des programmes d'assistance sociale ne se limite pas aux déclarations ou omissions de déclarations relatives aux conditions socio-économiques. Ainsi, le prestataire d'aide sociale qui tente d'échanger un bon lui donnant droit à l'obtention de meubles meublants (« vouchures ») pour une somme d'argent, en contravention des dispositions de la loi provinciale, commettra une fraude par autre moyen dolosif. Il en est de même pour le commerçant qui participe au stratagème. Dans l'affaire *Torkoly*¹⁴⁶, les parties ont employé ce stratagème pour contourner l'interdiction prévue dans la législation. Le commerçant accusé avait échangé une somme d'argent pour un bon du Ministère de l'Aide sociale qui ne pouvait être transigé sur le marché, car il devait servir exclusivement à l'acquisition de meubles pour son bénéficiaire. Bien que l'acte était en tout point conforme à la lettre de la loi, il violait l'esprit de celle-ci, constituant ce que l'on appelle en droit civil, une *fraude à la loi*. C'est pour cela que, ce stratagème a valu à Torkoly une condamnation en vertu de l'article 380 C.cr.

Dans le cadre d'une demande d'assistance sociale, les conditions socio-économiques du bénéficiaire sont déterminées, entre autres, par la présence ou non d'un conjoint avec qui le

---

145. *R. c. Mercer*, [1998] N.J. No 29 (C.A.) (LN/QL) (j. Green); Voir aussi : *R. c. Vanderveen*, 2002 BCSC 236; *R. c. Wakil*, 2001 CanLII 8595 (ON CA). Comparer avec le jugement suivant où l'accusé est acquitté faute de *mens rea* : *R. c. Leverton*, [2000] S.J. No. 372 (P.C.) (LN/QL). Aussi, il arrive parfois que les tribunaux confondent la fraude commise par omission constituant un autre moyen dolosif avec la fraude commise par mensonge : *R. c. Bavarsad*, 2005 BCPC 598, conf. par 2005 BCPC 598; *R. c. Wilson*, 2004 CarswellOnt 6735 (S.C.J.) (WC).

146. *R. c. Torkoly*, préc., note 16.

prestataire fait vie commune. Il arrive qu'il ne soit pas toujours facile d'établir si deux cohabitants sont simplement colocataires, conjoints ou dans une relation se situant entre les deux. L'existence ou non d'une vie commune affectera l'éligibilité aux prestations ainsi que les montants octroyés. Or, il arrive que les tribunaux doivent décider, à la lumière des faits particuliers de l'espèce, si les parties font vie commune ou pas. S'agit-il d'une question de fait ou de droit? Il a déjà été décidé dans une affaire que la détermination de la vie commune doit se faire à la lumière du droit privé. Ainsi, la norme de l'établissement de la cohabitation est une question de droit à laquelle s'adjoint une conclusion de fait. La question devient mixte, de fait et de droit, mais la norme est de droit¹⁴⁷.

3.8 Droit professionnel

Il existe une autre catégorie de règles dont l'infraction est susceptible d'entraîner une condamnation pour fraude. Il s'agit des normes déontologiques que l'on retrouve dans le droit professionnel. Celles-ci comportent cependant une double normativité. On peut penser à la norme déontologique expresse, qu'elle soit prévue par un code de déontologie de la nature d'un règlement législatif ou encore dans un document administratif. Elles ont la caractéristique d'être expresses et leur violation est facile à détecter. En revanche, nous pouvons penser à une autre forme de normativité, celle-ci plus floue, et qui relève davantage de l'interprétation. Il s'agit de la norme dite éthique qui, à l'opposé de celle dite déontologique, n'est pas prévue expressément. Il existe aussi une norme intermédiaire soit l'obligation d'agir avec intégrité¹⁴⁸. Quoi qu'il en soit, même en présence de normes de déontologie expresses ou d'éthique implicites,

---

147. R. c. *Jantunen*, [1994] O.J. n° 889 (Ct. of J.) (LN/QL), inf. par [1994] O.J. No. 933 (Ct. of J.) (LN/QL). La question de la normativité de la vie commune est telle qu'il a été jugé que le droit provincial établissant une présomption de vie commune en Nouvelle-Écosse (« the-man-in-the-house-rule ») était inconstitutionnel car contraire aux articles 7 et 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et ne pouvait être sauvegardé suivant l'article 1 de la Charte : R. c. *Rehberg*, [1994] N.S.J. No. 35 (S.C.) (LN/QL).

148. Voir, par exemple, l'article 13 du *Code de déontologie des notaires*, RLRQ, c. N-3 qui dit : « Le notaire doit observer les règles de probité, d'objectivité et d'intégrité les plus rigoureuses. ».

il appartiendra au juge du procès de formuler celle qui est applicable au cas d'espèce.

Ainsi, le notaire qui participe, par sa complaisance, à un stratagème orchestré par les parties à une vente immobilière dans le but de fausser temporairement l'évaluation du crédit de l'une d'elles, pourra se voir condamner pour fraude par autre moyen dolosif. En effet, par son silence, il aura fait défaut d'agir avec intégrité, car, dans les circonstances, il lui incombait de divulguer le stratagème à l'institution financière victime de l'escroquerie.¹⁴⁹

Une autre affaire intéressante mérite d'être signalée. Elle implique un célèbre avocat du nom de Salomon qui se voit accusé de fraude par complicité pour avoir omis de déclarer le nom des créanciers dans un affidavit accompagnant une vente d'entreprise, comme l'exigeaient à l'époque les dispositions du *Code civil du Québec*. Relativement à l'une des accusations, Salomon fait entendre un témoin expert de droit privé pour montrer qu'en droit civil, la renonciation de l'un des créanciers d'être inclus dans l'affidavit le dispensait de faire cette déclaration. Le tribunal de première instance lui donne raison sur ce point, mais le déclare coupable pour avoir omis de déclarer d'autres créances. Se portant en appel de ce jugement, l'accusé voit sa condamnation maintenue en deuxième instance. La Cour d'appel semble approuver le principe selon lequel la légalité civile d'un acte juridique ne peut constituer une fraude criminelle. Toutefois, l'argument soulevé par le prévenu se retourne contre ce dernier, car, de conclure la Cour, l'accusé aurait agi illégalement en droit privé. La permission de se pourvoir en Cour suprême du Canada a été rejetée.¹⁵⁰ S'agissant de la défense de

149. *R. c. Laberge*, [1995] J.Q. No. 3135 (C.Q.) (LN/QL). Cependant, dans cette affaire, le notaire Laberge a été déclaré non coupable, car la poursuite ne s'est pas acquittée de sa tâche de prouver hors de tout doute raisonnable la connaissance de l'existence du stratagème par l'accusé.

150. *R. c. Salomon*, [1997] n° AZ-97031137 (C.Q.); *R. c. Salomon*, [2001] n° AZ-50085443 (C.A.); *R. c. Salomon*, [2001] S.C.C.A. No. 308 (LN/QL). Il importe de signaler que depuis le 13 juin 2002, le législateur québécois a abrogé les articles du *Code civil du Québec* régissant la vente d'entreprises de sorte que le vendeur n'est plus tenu à l'obligation de dresser une liste des créanciers tel que l'exigeait l'article 1768 C.c.Q.!

légalité civile telle que prétendue par l'accusé Salomon, voilà qui nous amène à notre dernier titre traitant de ce moyen de défense dans le contexte d'une accusation pour fraude par autre moyen dolosif en vertu de l'article 380 C.cr.

4. Défense de légalité civile

L'un des principes directeurs de la thèse soutenue dans nos deux articles (partie I et partie II) postule que le droit criminel économique est auxiliaire au droit privé de sorte qu'il n'intervient qu'ultimement (*ultima ratio*). Son intervention est guidée par le postulat de gravité selon lequel ce ne sont pas toutes les illégalités civiles qui font l'objet d'une sanction, mais seulement les plus graves commises à l'endroit de nos valeurs fondamentales. Ces deux postulats sont complétés par un troisième ayant trait à l'unité du droit et qui est issu de la théorie des systèmes selon laquelle les sous-systèmes de droit que sont le droit civil et le droit criminel économique s'appliquent en tandem et ne peuvent agir l'un à l'encontre de l'autre.

A contrario, il découle de ces postulats que si l'acte reproché est légal en droit civil, il ne pourrait faire l'objet d'une sanction criminelle. Voilà l'enseignement théorique et épistémologique. Qu'en est-il des manifestations jurisprudentielles? Bien que celles-ci n'abondent pas, quelques illustrations montrent avec à-propos la justesse de ces postulats.

Comme nous l'avons vu plus haut, l'affaire *Salomon* montre avec éloquence la justesse de l'absence de répression criminelle de l'acte civilement licite. Là où l'avocat de l'une des parties n'inclut pas une liste des créanciers d'une entreprise comme le voulait le droit privé causant ainsi préjudice à ces créanciers, le degré de gravité de l'illicéité civile nécessaire pour entraîner une sanction pour fraude en droit criminel sera avéré. *A contrario*, l'argument de l'accusé Salomon était à l'effet qu'il avait agi de manière licite en droit privé. Par conséquent, la question en litige était de déterminer la licéité des agissements de Salomon. Son argument a, par ailleurs, été pris en considération par le tribunal :

Pour les fins de ma conclusion sur le troisième chef, je retiens l'opinion exprimée par le témoin expert Goldstein à l'effet qu'en droit civil, la renonciation de Lyster à sa créance garantie dispensait d'inclure cette dette à l'affidavit.¹⁵¹

En revanche et *a contrario*, les créances non contestées et n'ayant pas fait l'objet d'une renonciation doivent être incluses dans l'affidavit et, même en cas de contestation sérieuse, les produits de la vente à cet égard doivent être déposés dans un compte en fidéicommiss¹⁵². C'est ce qui a fait que l'argument soulevé par l'accusé, bien que valide, n'était pas fondé en droit privé, car le prévenu n'avait pas respecté ces règles pour l'ensemble des créances soulevées dans le cadre de son procès.

Dans une autre affaire impliquant un notaire, ce dernier est accusé de fraude par complicité en instrumentant un acte de dation en paiement selon lequel le cédant, insolvable au moment de la cession, rétrocède par dation en paiement à son créancier hypothécaire un immeuble qui sera ultimement acquis par sa conjointe des mains du créancier.

L'acte d'accusation reproche au notaire d'avoir disposé frauduleusement d'un bien avant la faillite contrairement aux dispositions de l'article 169 (1) de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*¹⁵³. Prononçant un jugement d'acquiescement, le tribunal en vient à la conclusion que :

[55] Même si les actes rédigés par le prévenu dans les circonstances que l'on connaît, ont eu pour effet de distraire du patrimoine de Joncas un immeuble qui, par le fait même

---

151. *R. c. Salomon*, [1997] n° AZ-97031137, p. 62 (C.Q.) (j. Matte) (sous réserve des modifications législatives adoptées depuis).

152. *Id.*, p. 45-46. Ce jugement de première instance est confirmé en appel et la permission de se pourvoir est rejetée par la Cour suprême du Canada : *Salomon c. R.*, [2001] n° AZ-50085443 (C.A.); *R. c. Salomon*, [2001] S.C.C.A. No. 308 (LN/QL). Il est à remarquer que des modifications législatives ont été adoptées depuis.

153. *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, préc., note 143.

cessait d'être « le gage commun de ses créanciers », il ne saurait pour autant constituer un crime.

[56] Cet immeuble était grevé d'une clause de dation en paiement et l'enregistrement de l'avis de soixante (60) jours permettait aux créanciers de Joncas de désintéresser Villeneuve et protéger cet actif. Ils ne l'ont pas fait. Ainsi, la masse des créanciers devenait, dès lors, privée de recours contre ce bien.¹⁵⁴

Bien que ces résultats puissent *a priori* paraître répugnants, la rétrocession par clause de dation en paiement est faite en toute légalité excluant même toute forme de fraude à la loi, car, les créanciers du débiteur étaient protégés par des recours de type subrogatoire en droit privé. Ainsi, la légalité en droit civil est avérée. De surcroît, elle l'est selon la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* dans la mesure où l'exercice d'un recours ayant pour objet une créance garantie (telle la garantie par hypothèque) fait exception à la saisine du syndic du patrimoine du failli. Autrement dit, le bien sort de la masse.

Ainsi, le seuil de l'illicéité en droit criminel est établi normativement par l'interface du droit privé et du droit criminel économique autant dans l'affaire *Salomon* que *Champagne*. Or, en dépit de l'apparente complexité du droit de la fraude par autre moyen dolosif (la malhonnêteté) en droit criminel, l'approche transversale en simplifie la portée significativement et assure une prévisibilité certaine de cette modalité de la fraude.

Conclusion

Dans la partie I de cette étude, nous avons fait les constats suivants. La fraude et l'infraction correspondante échappent souvent à une définition circonscrite. Comme la fraude relève de l'imagination, une définition fermée risque de mieux permettre aux délinquants de la contourner.

En droit canadien, l'article 380 du *Code criminel* prévoit trois modalités de fraude soit par mensonge, par supercherie et par tout

---

154. R. c. *Champagne*, EYB 1990-70286 (C.Q.) (j. Tremblay).

autre moyen dolosif. La jurisprudence a établi que chaque modalité comportait un élément dit de malhonnêteté. Or, la malhonnêteté est comprise dans le mensonge et la supercherie tandis que l'*autre moyen dolosif* est apparenté à la malhonnêteté.

La question à laquelle nous nous sommes employés de répondre est de savoir qu'est-ce que la malhonnêteté susceptible de sanction criminelle?

Nous avons proposé une étude linéaire fonction d'une grille d'analyse civiliste de droit privé fondée sur le postulat d'auxiliarité du droit criminel par rapport au droit privé et sur le postulat de gravité voulant que ne soit qualifié de criminel que ce qui comporte un degré de gravité avéré.

Cette approche nous a permis de conclure en quelques points :

- 1) que la malhonnêteté sur le plan moral n'est sanctionnée ni sur le plan civil et *a fortiori* ni sur le plan criminel;
- 2) que l'acte licite au plan du droit civil n'est pas sanctionné criminellement;
- 3) que l'illicéité sur le plan civil ne constitue pas nécessairement une infraction criminelle à défaut d'un élément de gravité et
- 4) que l'illicéité sur le plan civil combinée à une gravité avérée constituera une fraude criminelle.

La partie II a eu pour objectif la validation du cadre exprimé dans la partie I. Ainsi, sur le plan du droit positif, nous avons montré que la jurisprudence reconnaît que la malhonnêteté combinée à une norme civile dont la violation comporte un degré de gravité avéré permet de relever, à l'instar de l'arrêt *Théroux*¹⁵⁵, une série de normes sanctionnant la fraude par autre moyen dolosif. Ainsi, nous pouvons affirmer que :

- 1) La simple négligence n'engage pas la responsabilité criminelle d'un justiciable pour un fait juridique quelconque. Seule la

---

155. R. c. *Théroux*, préc., note 114.

violation d'une obligation civile existante dans les circonstances du cas en espèce pourrait conduire à un tel résultat. En revanche, l'insouciance d'un accusé comportera l'élément de gravité nécessaire pour conduire à une condamnation pour fraude par autre moyen dolosif (sections 1.1 et 1.2).

- 2) Le dol par réticence est suffisamment grave pour être sanctionné par le droit criminel. Les faits du cas doivent, cependant, montrer l'existence d'une obligation positive d'agir selon le droit privé. Ce principe peut être tempéré par l'obligation de l'acheteur de s'informer au sujet de certains faits ayant trait à la transaction qu'il veut conclure et par l'existence d'un préjudice négligeable entraînant l'application de la maxime *de minimis non curat lex* (sections 1.2 et 2.1).
- 3) Les cas de lésion entre cocontractants ne constituent pas une fraude par autre moyen dolosif dans la mesure où ils ne sont pas sanctionnés par le droit privé. Ce dernier contient, toutefois, des exceptions à ce principe général (protection des personnes âgées et des personnes vulnérables, droit des consommateurs, etc.). Compte tenu de leur gravité, ces situations justifieront aussi la répression par le droit criminel (section 2.1).
- 4) La simple inexécution contractuelle n'est pas visée par l'infraction de fraude. À moins que le cas d'espèce ne révèle l'existence de circonstances aggravantes, un justiciable ne pourra être condamné par le droit criminel dans de telles circonstances (section 2.2.1). Il en découle que le débiteur qui détient pour le compte de son créancier une somme d'argent ou un bien quelconque ne pourra pas être inculpé pour fraude à moins que l'on démontre la violation d'une clause explicite ou implicite contenue dans l'entente liant les parties concernant la forme de disposer de cette somme d'argent ou de ce bien (section 2.2.2). Aussi, si l'un des cocontractants n'avait pas l'intention d'exécuter son obligation corrélative et que, par son silence, il amène l'autre partie à exécuter sa prestation à son détriment, il pourra faire l'objet d'une sanction criminelle.

- 5) Le débiteur qui dilapide ses biens d'une personne morale dont il est actionnaire au point de la rendre insolvable vis-à-vis de ses créanciers commet une fraude paulienne suffisamment grave pour entraîner, de surcroît, l'application du droit criminel. Une situation similaire se produira lorsqu'un administrateur ou dirigeant dilapide les biens de sa société (section 2.2.2).
- 6) Certains types de contrat contiennent, en raison de leur nature, un degré de confiance accrue entre les parties, ce qui implique une obligation de loyauté ou *fiduciary duty*. La violation de cette obligation est sanctionnée sévèrement en droit privé et comporte le degré de gravité nécessaire pour justifier la répression par le droit criminel. Parmi les conventions comportant ce degré de confiance accrue, nous retrouvons les contrats de regroupement (*syndicate*), de travail, de dirigeant ou d'administrateur d'une société et de fiduciaire ou de mandataire (sections 2.2.3.1 à 2.2.3.4). D'autres types de conventions pourraient, en raison de leurs caractéristiques analogues aux ententes mentionnées précédemment, être qualifiés de contrats de confiance accrue (sous-section 2.2.3.5).
- 7) Le droit des sociétés par actions est composé d'une série de dispositions comprises tant dans les lois et règlements que dans les documents propres aux compagnies. Dépendamment des circonstances de chaque cas d'espèce, la violation de ces règles comprendra l'élément de gravité requis pour être considérée comme une fraude par autre moyen dolosif. Nonobstant les diverses dispositions spécifiques encadrant le comportement des dirigeants et administrateurs, l'obligation de loyauté qui lie ces personnes à leurs compagnies impliquera une série d'effets sur la qualification de leurs actes. Ainsi, un administrateur qui participe à une déclaration de dividendes pourra voir sa responsabilité civile, voire criminelle, engagée même s'il respecte les tests financiers prescrits par la loi s'il agit contrairement aux intérêts de la société et des parties prenantes (section 3.1).
- 8) La violation des lois fiscales est un comportement suffisamment grave pour être sanctionné par l'infraction

prévue à l'article 380 C.cr. Suivant ce principe, l'omission de déclarer des revenus de ventes de biens et services ainsi que la participation à un stratagème d'évitement fiscal constitueront des fraudes par autre moyen dolosif (section 3.2).

- 9) La reproduction d'une œuvre à l'insu de son auteur constitue une fraude par autre moyen dolosif. Il en est de même pour le repiquage, la vente et/ou distribution de matériel contrefait en violation des droits de propriété intellectuelle (section 3.3).
- 10) Les lois bancaires comprennent une série de dispositions d'ordre public ayant comme but de régir l'organisation du système financier et d'en encadrer les risques. Leur violation comportera l'élément de gravité nécessaire pour justifier leur répression par le droit criminel (section 3.4). Une situation similaire se produira en ce qui concerne la violation des lois encadrant le marché des produits dérivés (section 3.5).
- 11) L'absence de fonds d'un chèque postdaté donné en paiement dans le cadre d'un contrat à terme ne constitue pas nécessairement une fraude si la personne (physique ou morale) possède plus d'un compte bancaire et qu'il y a des fonds suffisants dans ces autres comptes pour honorer la dette que l'on voulait éteindre avec l'effet de commerce. En ce qui concerne le *kiting*, la situation demeure incertaine nonobstant l'existence d'une décision ayant acquitté une personne ayant été accusée de s'être adonnée à une telle pratique (section 3.4).
- 12) Le failli qui omet de déclarer des revenus ou des actifs au syndic pendant sa faillite se verra condamner pour son omission qui constitue une fraude par autre moyen dolosif (section 3.6).
- 13) Le bénéficiaire d'aide sociale qui ne déclare pas un changement dans sa situation socio-économique afin de ne pas voir ses prestations réduites commet une fraude par autre moyen dolosif (section 3.7).
- 14) Le professionnel qui, par son silence, agit contrairement à l'obligation d'intégrité à laquelle il est tenu pourra voir sa responsabilité criminelle engagée si les autres éléments de

l'infraction prévue à l'article 380 C.cr. sont réunis. Ainsi, le notaire qui, dans le cadre d'une transaction immobilière, a connaissance que ses clients ont organisé un stratagème pour fausser l'évaluation du crédit de l'un d'eux pourra se voir condamné pour fraude par autre moyen dolosif s'il omet d'empêcher ou de dénoncer cette situation (section 3.8).

- 15) Le justiciable qui tente d'échapper à une loi en effectuant indirectement ce qu'il ne peut pas faire directement pourra voir son comportement réprimé par le droit criminel. Si la disposition contournée était d'ordre public, l'acte reproché contiendra l'élément de gravité requis pour recevoir une telle sanction (section 1.2).

Soulignons, finalement, que le droit civil pourra constituer un moyen de défense pour un prévenu qui serait accusé de fraude par autre moyen dolosif. En effet, si sa conduite s'avérait légale sur le plan civil, en vertu des principes épistémologiques d'auxiliarité, de gravité et d'unité, un tel comportement ne pourrait pas être illégal sur le plan criminel.

En somme, l'approche que nous proposons a comme avantage de contribuer à faciliter l'application de la troisième modalité de la fraude prévue à l'article 380 C.cr. en diminuant l'incertitude qui y était traditionnellement rattachée. En faisant appel au droit civil et aux lois particulières, elle permet au ministère public et aux justiciables de connaître à l'avance la légalité, d'un point de vue criminel, de divers actes spécifiques. Ainsi, en plus de s'inscrire dans une optique d'unité du droit, notre approche est ultimement harmonieuse avec le principe de *nulla poena sine legge*, qui constitue l'un des fondements de notre droit criminel canadien. Par le biais des différents exemples contenus dans le présent texte, nous espérons avoir pu illustrer ces différentes questions ainsi que les enseignements tirés de la première partie de cette étude.

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : AFFAIRE DE LA NOMINATION DU JUGE
MAINVILLE À LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC : UNE
CONCESSION ET TROIS CRITIQUES

Auteur(s) : Maxime ST-HILAIRE

Revue : *RDUS*, 2015, volume 45, numéro 3

Pages : **575-596**

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/9921>

DOI : <http://dx.doi.org/10.17118/11143/9921>

Page vide laissée intentionnellement.

AFFAIRE DE LA NOMINATION DU JUGE MAINVILLE À LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC : UNE CONCESSION ET TROIS CRITIQUES

par Maxime ST-HILAIRE*

Dans le jugement qu'elle a rendu oralement le 24 avril 2015 par la bouche du juge Wagner, la Cour suprême du Canada a rapidement rejeté le pourvoi formé contre l'avis de la Cour d'appel du Québec du 23 décembre 2014 selon lequel la nomination, à titre de membre de celle-ci, d'un candidat qui jusqu'alors était juge à la Cour d'appel fédérale, n'était pas inconstitutionnelle en vertu de l'article 98 de la Loi constitutionnelle de 1867. Au moyen de trois critiques de l'avis de la Cour d'appel du Québec, le texte qui suit vise à la démonstration du fait que cette affaire méritait, de la part de la Cour suprême, un véritable délibéré.

.

In a judgment delivered orally by Mr. Justice Wagner the 24th of April 2015, the Supreme Court of Canada quickly dismissed an appeal from a decision rendered the 23rd of December 2014 by the Quebec Court of Appeal, which decided that the nomination of a judge of the Federal Court of Appeal to the Supreme Court was not in violation of section 98 of the Constitution Act 1867. On the basis of three criticisms raised by the Court of Appeal, the article posits that this matter should have been taken under deliberation by the Supreme Court.

---

*. Professeur adjoint, Faculté de droit, Université de Sherbrooke.

« Nous sommes tous d'avis que le pourvoi doit être rejeté, essentiellement pour les motifs exposés par la Cour d'appel du Québec. [...] Les arguments fondés sur le *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême* [...] ne résistent pas à l'analyse. Comme la Cour d'appel l'a indiqué [...], le présent pourvoi concerne des dispositions constitutionnelles et législatives différentes et le raisonnement et les conclusions de ce renvoi ne s'appliquent pas en l'espèce¹. » Voilà comment, par la bouche du juge Wagner, mais à l'unanimité, la Cour suprême a rapidement disposé de l'appel de l'avis de la Cour d'appel du Québec³ relatif à l'article 98 de la *Loi constitutionnelle de 1867*⁴ (ci-après « LC 1867 »).

Dans son avis du 21 mars 2014 sur sa loi constitutive⁵, la Cour suprême du Canada avait estimé que l'expression « choisis [...] parmi les avocats » de la province de Québec, à l'article 6⁶, désignait les avocats actuels, à l'exclusion des anciens avocats⁷. Le 23 décembre de la même année, la Cour d'appel du Québec a avalisé la thèse selon laquelle l'article 98 LC 1867, où il est question de juges « *selected from the Bar* » (la traduction française non officielle parle de juges « choisis parmi les membres du barreau »)⁸, et l'article 6 de la *Loi sur la Cour suprême*, ne devaient pas recevoir la même interprétation.

La réponse à la question de la constitutionnalité, en vertu de l'article 98 LC 1867, de la nomination d'un juge de la Cour d'appel fédérale à la Cour d'appel du Québec pouvait dépendre de celle donnée à plusieurs sous-questions. La Cour d'appel du Québec n'a su me convaincre que sur l'une d'entre celles-ci, mais d'une manière insuffisante à me faire changer d'avis sur celle-là : une telle nomination devait être tenue pour inconstitutionnelle. Suivent donc

-
1. Québec (*Procureure générale*) c. Canada (*Procureur général*), 2015 SCC 22.
  3. *Renvoi sur l'article 98 de la Loi constitutionnelle de 1867 (Dans l'affaire du)*, 2014 QCCA 2365.
  4. 30 & 31 Vict., c. 3 (R-U).
  5. *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême*, art. 5 et 6, 2014 CSC 21.
  6. *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. 1985, c. S-26.
  7. *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême*, art. 5 et 6, préc., note 5, par. 37.
  8. « Les juges des cours de Québec seront choisis parmi les membres du barreau de cette province. »

une concession, puis trois critiques de l'avis de la Cour d'appel qu'a cautionné la Cour suprême et dans lequel je vois justement trois grands ordres de motifs : textuel, historique et pratique.

Concession. Il est vrai que les « Courts of Quebec » au sens de l'article 98 LC 1867 ne sont que la Cour supérieure et la Cour d'appel

Dans mon billet du 24 juin 2014⁹, ainsi que dans la lettre ouverte qu'avec mon collègue le professeur Hugo Cyr je faisais paraître le lendemain dans *Le Devoir*¹⁰, j'affirmais que « ni le texte ni le contexte » de l'article 98 LC 1867 « ne restreint son champ d'application aux seuls juges des cours supérieures au sens large – c'est-à-dire des cours supérieures (au sens strict) et d'appel ». Je soutenais ainsi qu'à l'article 98 LC 1867, « juges du Québec » voulait bel et bien dire « juges du Québec », en ayant à l'esprit les membres de tous les tribunaux judiciaires de la province.

Cette interprétation n'est plus celle que je favoriserais. Elle voulait se justifier surtout par le compromis pratique auquel elle devait permettre d'en arriver en préservant la constitutionnalité de la nomination de membres de tribunaux judiciaires de compétence inférieure, dont la Cour du Québec, aux cours de justice de compétence supérieure. Or, puisque l'article « équivalent » – car il s'en distingue aussi par sa vocation transitoire d'origine – relatif aux autres provinces, l'article 97¹¹, prévoit expressément ne s'appliquer

-
9. Maxime ST-HILAIRE, « Le festival harpérien de l'inconstitutionnalité se poursuit : la nomination du juge Mainville à la Cour d'appel du Québec », *Double Aspect*, 24 juin 2014, en ligne : <https://doubleaspectblog.wordpress.com/2014/06/24/le-festival-harperien-de-linsconstitutionnalite-se-poursuit-la-nomination-du-juge-mainville-a-la-cour-dappel-du-quebec/>.
  10. Maxime ST-HILAIRE, « Une menace pour la culture juridique québécoise », *Le Devoir*, 25 juin 2014, en ligne : <http://www.ledevoir.com/politique/quebec/411814/nomination-du-juge-mainville-une-menace-pour-la-culture-juridique-quebecoise>.
  11. « Jusqu'à ce que les lois relatives à la propriété et aux droits civils dans l'Ontario, la Nouvelle-Écosse et le Nouveau-Brunswick, et à la procédure dans les cours de ces provinces, soient rendues uniformes, les juges des cours de ces provinces qui seront nommés par le gouverneur-général

qu'aux juges nommés par le gouverneur général, je cède désormais devant l'objection de Léonid Sirota selon laquelle il serait problématique que « *provincial court judges [be] ineligible for elevation to Superior Courts in common law provinces even if they are not in Québec* »¹². Et sur le plan historique, il est vrai que, à l'époque, de trop nombreux juges des juridictions québécoises de compétence inférieure, dont les juges de paix et les « commissaires », étaient des non-juristes pour qu'il fût l'intention du constituant de disposer autrement. Je me range donc maintenant derrière l'opinion – qui était aussi celle, non seulement du Procureur général du Canada¹³, mais aussi de la Procureure générale du Québec¹⁴ – selon laquelle, tout comme l'article 97 pour les autres provinces, l'article 98 ne concerne, pour le Québec, que les nominations judiciaires prévues à l'article 96, soit celles des membres des cours « provinciales » de compétence supérieure, soit, à l'heure actuelle, la Cour supérieure et la Cour d'appel¹⁵.

Cette concession faite, il me restait à déterminer si l'on avait su me convaincre du fait que la meilleure interprétation à donner à

---

devront être choisis parmi les membres des barreaux respectifs de ces provinces. »

12. Leonid SIROTA, « The Mainville Appointment Is Constitutional », *Double Aspect*, 26 juin 2014, en ligne : <https://doubleaspectblog.wordpress.com/2014/06/26/the-mainville-appointment-is-constitutional/>.
13. PROCUREUR GÉNÉRAL DU CANADA, « Renvoi relatif à l'article 98 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et aux conditions de nomination des juges des cours du Québec », mémoire à la Cour d'appel du Québec, dossier n° 500-09-024618-142, 2014, par. 40 et 53 (ci-après « mémoire PGC devant CAQ »); PROCUREUR GÉNÉRAL DU CANADA, « *Procureure générale du Québec, et al. c. Procureur général du Canada* », mémoire à la Cour suprême du Canada, dossier n° 36231, 2015, par. 28 et 36 (ci-après « mémoire PGC devant CSC »).
14. PROCUREUR GÉNÉRAL DU QUÉBEC, « Renvoi relatif à l'article 98 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et aux conditions de nomination des juges des cours du Québec », mémoire à la Cour d'appel du Québec, dossier n° 500-09-024618-142, 2014, par. 46 (ci-après « mémoire PGQ devant CAQ »); PROCUREUR GÉNÉRAL DU QUÉBEC, « *Procureure générale du Québec, et al. c. Procureur général du Canada* », mémoire à la Cour suprême du Canada, dossier n° 36231, 2015, par. 61 (ci-après « mémoire PGQ devant CSC »).
15. *Renvoi sur l'article 98 de la Loi constitutionnelle de 1867 (Dans l'affaire du, préc., note 3, par. 25.*

l'expression « *selected from the Bar* » est celle qui lui fait dire « choisi par ceux qui ont déjà été admis au barreau aux fins de l'exercice de la profession d'avocat » plutôt que « choisi parmi les membres du barreau qui sont autorisés à exercer la profession d'avocat ».

Première critique. « *From the Bar* » comme voulant dire « ayant déjà été admis au barreau » : réfutation de l'argument de texte

L'argument de texte se résume comme suit. Dans la *Loi sur la Cour suprême*¹⁶, l'expression « parmi les avocats » de l'article 6 relatif à la nomination des juges provenant du Québec se distingue, surtout dans la version anglaise, de l'expression « *is or has been [...] a barrister or advocate* » de l'article 5 relatif à la nomination des juges provenant des autres provinces. Partant, à défaut de pouvoir se distinguer d'une expression équivalente à « *is or has been* » à l'article 97 LC 1867 relatif à la nomination des juges des cours supérieures des autres provinces, l'expression « *selected from the Bar* » de l'article 98 LC 1867 relatif à la nomination des juges des cours supérieures du Québec veut forcément dire « choisis parmi les membres actuels ou anciens ». Bref, la Cour d'appel est d'avis que, en principe, une expression telle que « parmi les avocats de... » ou « parmi les membres du barreau de... » veut aussi renvoyer aux anciens avocats ou membres du barreau¹⁷. Ce ne serait donc qu'exceptionnellement qu'une telle expression pourrait ne vouloir dire que ce qu'elle dit. En plus d'être hautement contre-intuitif, cet « argument » n'en est pas un. Il est arbitraire. Il érige le particulier et contingent en général et nécessaire. Qui plus est, il est anachronique, car cette logique textuelle de la *Loi sur la Cour suprême*¹⁸ ne remonte qu'à 1886. Je m'explique.

En 1886, la loi sur la Cour suprême introduit, pour les candidats à la charge de juge de cette cour, une distinction entre la catégorie de seuls avocats actuels (à l'exclusion des anciens

---

16. Préc., note 6.

17. Renvoi sur l'article 98 de la *Loi constitutionnelle de 1867* (Dans l'affaire du), préc., note 3, par. 69.

18. Préc., note 6.

avocats) et celle d'avocats anciens ou actuels¹⁹. Convaincue facilement par le Procureur général du Canada, la Cour d'appel fût d'avis que, par contraste, une telle distinction était pertinente pour comprendre le sens de l'expression « *from the Bar* » à l'article 98 LC 1867²⁰. Il s'agit ici d'une pétition de principe. Cette pertinence n'avait rien d'évident, mais devait être démontrée. La loi (à l'époque ordinaire) de 1886 et relative à d'autres nominations judiciaires vient faire une distinction que ne fait pas la *Loi constitutionnelle de 1867*. En quoi cela devait-il rétroagir sur le sens à donner à la loi constitutionnelle? Personne ne l'a expliqué. Plus encore, même si elle était pertinente, la comparaison entre l'absence d'une distinction dans la *Loi constitutionnelle de 1867* et sa présence dans une loi ordinaire de 1886 pourrait très bien être interprétée en un sens différent. La Cour d'appel « décrète », pour ainsi dire, que si on distingue entre la catégorie de seuls avocats actuels et celle d'avocats anciens ou actuels en 1886, cela veut forcément dire que, 19 ans auparavant, concernant d'autres nominations judiciaires dans une loi constitutionnelle, l'expression « *from the Bar* » voulait forcément correspondre à une catégorie équivalente à cette dernière. Comme si ce qui était nouveau en 1886 concernant les nominations à la Cour suprême était évidemment la catégorie des avocats actuels, et ne pouvait pas être (concernant les nominations des juges autres que québécois) celle des anciens avocats. Il est même un argument allant en sens inverse pour suggérer que, en 1886, c'était plutôt cette dernière catégorie qui était nouvelle. Il s'agit de l'avis de la CSC dans l'affaire du juge Nadon, où la majorité a conclu que, en vertu de la loi antérieure sur la CSC, celle de 1875, « seules les personnes étant avocats au moment de leur nomination pouvaient être nommées à la Cour, tant pour le Québec que pour le reste du pays »²¹. Deuxième pétition de principe, donc.

---

19. *Acte des cours Suprême et de l'Échiquier*, S.R.C. 1886, c. 135, art. 4(2) et (3).

20. *Renvoi sur l'article 98 de la Loi constitutionnelle de 1867 (Dans l'affaire du)*, préc., note 3, par. 29.

21. *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême*, art. 5 et 6, préc., note 5, par. 21.

Deuxième critique. « *From the Bar* » comme voulant dire « ayant déjà été admis au barreau » : réfutation de l'argument historique

Quant à l'argument d'ordre historique, il veut que des objectifs de nature différente président à l'article 6 de la *Loi sur la Cour suprême*²² et à l'article 98 LC 1867. De l'avis de la Cour d'appel du Québec, lors des débats sur le projet de fédération, les « représentants du Bas-Canada auraient pu craindre qu'en accordant un pouvoir de nomination aussi important au gouverneur général, la pratique de nommer des juges d'origine étrangère, ou dénués de connaissance en droit privé local, reprendrait de plus belle. Mais, à une exception près, ce ne fut pas le cas »²³. S'il fallait en croire la Cour d'appel, « l'article 98 [de la LC 1867] s'inscri[rait] dans un contexte précis et bien différent de celui qui entoura la création de la Cour suprême »²⁴. Rien n'est plus faux. En effet, dès lors qu'il fut proposé que le gouverneur général soit chargé de la nomination des juges des « cours supérieures » des provinces, les élites du Bas-Canada se sont inquiétées. C'est en réponse aux questions des députés que, le 21 février 1865, le solliciteur général du Canada-Uni, Sir Hector-Louis Langevin, intervient en assemblée pour dire que, « dans la constitution proposée, il y a un article qui porte que les juges des cours du Bas-Canada seront choisis parmi les membres du barreau de cette section [...] »²⁵. Il se trompe toutefois en avançant que « [c]ette exception n'a été faite que pour le Bas-Canada »²⁶. Avant la résolution n° 35 des 72 Résolutions de Québec d'octobre 1864, qui prévoyait que « *[t]he judges of the courts of Lower Canada shall be selected from the bar of Lower Canada* », se trouvait la résolution n° 34, qui prévoyait que, « *[u]ntill the consolidation of the laws of Upper Canada, New Brunswick, Nova Scotia, Newfoundland, and*

---

22. Préc., note 6.23. Renvoi sur l'article 98 de la *Loi constitutionnelle de 1867* (Dans l'affaire du), préc., note 3, par. 50.24. *Id.*, par. 52.25. CANADA, ASSEMBLEE LEGISLATIVE, *Débats parlementaires sur la question de la Confédération des provinces de l'Amérique britannique du Nord*, 3e sess., 8e Parl., 21 février 1865, p. 394.26. *Id.*

Prince Edward Island, the judges of these provinces appointed by the general government [sic] shall be selected from their respective bars »²⁷. On y reconnaît aisément les futurs articles 97 et 98 LC 1867. Or, la disposition concernant les provinces autres que le Québec fait dans les deux cas allusion à l'uniformisation prévue du droit des autres provinces (résolution n° 29.33²⁸, futur article 94 LC 1867) et se présente donc comme disposition de droit transitoire. C'est à bon droit que la Procureure générale du Québec a voulu rappeler à la Cour suprême que, « [d]e fait, dès la Conférence de Québec, certains Pères de la Confédération ont manifesté le souhait d'avoir un système de droit uniforme et un seul barreau pour tout le Canada. La réalisation d'un tel objectif était, toutefois, impossible étant donné la position du Bas-Canada »²⁹. Si l'adoption de l'article 96 LC 1867 a généré peu de débats, c'est que l'article 98 venait en limiter les risques, non pas que la question avait perdu de son importance. Compris notamment à la lumière des conditions de nomination à la Cour supérieure et à la Cour du Banc de la Reine (ancêtre de la Cour d'appel du Québec comme cour permanente) qui étaient prévues dans les lois du Canada-Uni qui devaient être transitoirement reconduites, cet article 98 était tenu pour clair. De distinguer les enjeux de l'article 98 de la LC 1867 de ceux des dispositions qui, dans l'histoire de la Cour suprême, ont assuré à celle-ci un contingent de juges québécois, relève de la fabrication.

La lutte pour la « représentation du droit québécois » au sein de la composition de la Cour suprême du Canada s'est inscrite dans

---

27. *Report of resolutions adopted at a conference of delegates from the provinces of Canada, Nova Scotia, and New Brunswick, and the colonies of Newfoundland and Prince Edward Island, held at the city of Quebec, October 10, 1864, as the basis of a proposed confederation of those provinces and colonies*, reprod. in Janet AJZENSTAT, Paul ROMNEY, Ian GENTLES et William D. GAIRDNER (dir.), *Canada's Founding Debates*, Toronto, University of Toronto Press, 1999, « Appendix A », p. 465-472, à la page 468.

28. *Id.*

29. Mémoire PGQ devant CSC, préc., note 14, par. 50.

le prolongement direct de celle qui, de longue haleine³⁰, avait mené aux acquis que visait à préserver l'article 98 LC 1867. Dès 1865, la possibilité projetée (par la résolution n° 29.34³¹) que, au sein de la fédération des colonies, le nouveau parlement fédéral puisse créer une « cour générale d'appel » inquiète par exemple le député Henri-Elzéar Taschereau : « Nous avons la garantie que nous aurons nos tribunaux locaux, que nos juges seront pris parmi les membres du barreau du Bas-Canada, et que nos lois civiles seront maintenues; mais pourquoi établir une cour d'appel fédérale dans laquelle il y aura appel des décisions rendues par tous nos juges [...] ? »³². Après l'entrée en vigueur de la LC 1867, la création d'une telle cour sera d'abord proposée en 1869³³, puis en 1870³⁴, avant de devenir réalité en 1875, par une loi constitutive prévoyant que deux de ses six juges « seront pris parmi les juges de la Cour supérieure ou de la Cour du Banc de la Reine, ou parmi les avocats de la province de Québec »³⁵. Il est évident que, en l'étendant à ce nouvel échelon de la hiérarchie judiciaire, c'est la logique de l'article 98 LC 1867 qui est reprise ici. Il ne fait selon moi aucun doute que la Procureure générale du Québec était dans le vrai en affirmant qu'il « ressort des débats entourant la création de la Cour suprême que c'est la crainte que la garantie dont bénéficiait [sic] les cours supérieures du Québec en vertu de l'article 98 LC 1867 soit contrecarrée par l'établissement d'un nouveau tribunal d'appel qui a incité les représentants du Québec à exiger une représentation de juges du Québec au sein de la Cour suprême. [...] Avec égards, la Cour d'appel insiste à tort sur le fait que l'article 6 de la *Loi sur la Cour suprême*³⁶ consacre un compromis historique qui serait limité à la création de la Cour suprême »³⁷.

---

30. Evelyn KOLISH, *Nationalismes et conflits de droits : le débat du droit privé au Québec 1760-1840*, Montréal, Hurtubise HMH, 1994.

31. Préc., note 31.

32. Mémoire PGQ devant CSC, préc., note 14, par. 104.

33. CANADA, CHAMBRE DES COMMUNES, *Débats*, 2^e sess., 1^{re} légis., 1869, p. 422.

34. CANADA, CHAMBRE DES COMMUNES, *Débats*, 3^e sess., 1^{re} légis., 1870, p. 502.

35. *Acte de la Cour suprême de l'Échiquier pour le Canada*, S.C. 1875, c. 11, art. 4.

36. Préc., note 6.

37. Mémoire PGQ devant CSC, préc., note 14, par. 111-112; voir aussi Mémoire PGQ devant CAQ, préc. note 14, par. 113.

Or la prise en compte de l'histoire fondait un argument bien plus fort, que la Cour d'appel n'a fait qu'évoquer³⁸, mais que le Procureur général du Canada avait brillamment exposé³⁹. Cet argument est que la catégorie de « membre du barreau » d'une province est définie, non pas par la loi constitutionnelle, mais par la loi ordinaire provinciale et les règlements des différents barreaux provinciaux, de sorte que, dans l'histoire – et encore aujourd'hui d'une province à l'autre – les juges, ou certains d'entre eux, ont pu conserver, tel quel ou modifié, leur statut de membre du barreau après leur nomination. Partant, en 1867, l'expression « *selected from the Bar* » aurait été appelée à couvrir les juges des cours de compétence inférieure qui continuaient d'appartenir au barreau de la province. Relevons en passant que ce n'est que depuis 1967, et ce, par inadvertance apparemment, que, avec l'abolition du statut de membre honoraire, la loi québécoise relative au barreau prive les juges de toute appartenance à cet ordre professionnel⁴⁰. Dans leur mémoire devant la Cour d'appel, les procureurs des Cris soutenaient ainsi « qu'au moment de la rédaction de l'article 98 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, les juges étaient considérés comme étant toujours des membres du Barreau du Bas-Canada »⁴¹. Faisant encore un pas de plus, ils, ainsi que le Procureur général du Canada, ont réussi à convaincre la Cour d'appel du Québec de ce que, à l'article 98 LC 1867, « *from the Bar* » voulait dire « ayant déjà été admis à l'exercice de la profession d'avocat par le barreau ». L'argument a presque réussi à me convaincre.

Or, en 1867, les mots « *selected from the Bar* », à l'article 98 LC 1867, devaient manifestement être compris à la lumière des conditions de nomination à la Cour supérieure et à la Cour du Banc

---

38. Renvoi sur l'article 98 de la *Loi constitutionnelle de 1867* (Dans l'affaire du), préc., note 3, par. 61.

39. Mémoire PGC devant CAQ, préc., note 13, par. 65 à 84; voir aussi Mémoire PGC devant CSC, préc., note 13, par. 51-53.

40. Mémoire PGC devant CAQ, préc., note 13, par. 82-84; voir aussi Mémoire PGC devant CSC, préc., note 13, par. 51-52.

41. GRAND CONSEIL DES CRIS ET GOUVERNEMENT DE LA NATION CRIE, « Renvoi relatif à l'article 98 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et aux conditions de nomination des juges des cours du Québec », mémoire à la Cour d'appel du Québec, dossier n° 500-09-024618-142, 2014, par. 63.

de la Reine du Bas-Canada, conditions qui étaient prévues dans les lois du Canada-Uni, dont l'article 129 LC 1867 prévoyait, de façon transitoire, le maintien en vigueur. Et il se trouve que ces conditions opposaient, comme catégories de candidats, celle des membres du barreau à celle de juges de tribunaux précisément indiqués. Cela exclut donc une catégorie de juges d'autres juridictions ayant conservé une forme ou une autre d'appartenance au barreau qui, au Bas-Canada, n'a été constitué par la loi qu'en 1849⁴². En effet, l'article 4 de l'*Acte pour amender les lois relatives aux cours de juridiction civile en première instance dans le Bas-Canada*⁴³, qui porte création de la Cour supérieure – nom qui provient sans doute, comme le suggère Donald Fyson⁴⁴, des anciens « *superior terms* » de la Cour du banc du roi (ou de la reine) – prévoyait « qu'aucune personne ne sera nommée juge de la dite cour supérieure, à moins qu'immédiatement avant nomination elle ne soit juge de l'une des dites cours du banc de la reine, ou juge de circuit ou de district, ou avocat de dix ans de pratique au moins au barreau du Bas-Canada ». La mention de juge de district m'intrigue, car à ma connaissance, avec les Cours de Division, les Cours de District avaient été abolies en 1843⁴⁵. Quant à l'*Acte pour établir une cour ayant juridiction en appel et en matières criminelles pour le Bas-Canada*⁴⁶, qui portait création de la Cour du Banc de la Reine du Bas-Canada en tant que cour d'appel permanente, son article 2 prévoyait que « personne ne sera nommé juge-en-chef ou juge puisné comme susdit, à moins d'avoir été, lors de sa nomination,

---

42. *Acte pour l'incorporation du Barreau du Bas-Canada*, S.C. 1849, 12 Vict., c. 46.

43. S.C. 1849, 12 Vict., c. 38.

44. David Fyson, « Court Profiles : Superior Court », *The Court Structure of Quebec and Lower Canada, 1764 – 1860*, Montreal History Group, 2012, en ligne : <http://www.profs.hst.ulaval.ca/Dfyson/Courtstr/superior.htm>

45. *Acte pour abroger certains Actes et Ordonnances y mentionnés et pour mieux pourvoir à l'administration de la Justice dans le Bas-Canada*, S.C. 1843, 7 Vict., c. 16; *Acte pour établir une meilleure Cour d'appel dans le Bas-Canada*, S.C. 1843, 7 Vict., c. 18; *Acte pour pourvoir à la décision sommaire des Petites Causes dans le Bas-Canada*, S.C. 1843, 7 Vict., c. 19. Voir Pierre-Georges ROY, *Les juges de la Province de Québec*, Québec, Service des Archives du gouvernement de la Province de Québec, 1933, p. xvi.

46. S.C. 1849, c. 37.

juge de l'une des diverses cours du banc de la Reine dans le Bas-Canada, ou juge de la cour supérieure, ou juge de circuit, ou à moins d'avoir été avocat pratiquant pendant au moins dix ans au barreau du Bas-Canada [...] ». Ici, malgré une rédaction moins habile, « avoir été avocat » devait aussi se vérifier au moment de la nomination, et « pendant » voulait dire « depuis ». La version anglaise parle d'ailleurs d'un « *Advocate of at least ten years' standing at the Bar of Lower-Canada* ».

Au-dessous de la Cour supérieure venait en effet la Cour de circuit, alors héritière de la compétence de l'ancienne Cour du Banc de la Reine « en termes inférieurs ». En 1857, l'article 13 de l'*Acte pour amender les actes de judicature du Bas Canada*⁴⁷ abolit la charge de juge de circuit et prévoit que la Cour de circuit sera tenue par les juges de la Cour supérieure qui « auront tous les pouvoirs et les devoirs accordés et attribués à tout juge de circuit à l'époque à laquelle la présente section sera mise à effet ». Cela ne suffit pas pour dire que la Cour de circuit, dont la compétence est large mais d'attribution, devient pour autant une cour de compétence supérieure. Or, la Cour de circuit disposera d'un pouvoir de surveillance et de contrôle, pouvoir que la jurisprudence canadienne postérieure à la fédération de 1867 considèrera être propre aux cours de compétence supérieure. La doctrine et la jurisprudence⁴⁸ canadiennes semblent unanimes à voir une telle cour de compétence supérieure dans la nouvelle forme que prend la Cour de circuit, qui sera abolie par le législateur provincial en 1952, alors que sa compétence sera attribuée à la Cour (provinciale inférieure) de magistrat, et ce, en vertu d'une loi de 1945⁴⁹. De 1867 à son abolition en 1952, la Cour de circuit aurait donc été une « cour de district » au sens de l'article 96 LC 1867⁵⁰. Mais si ce fût le cas, alors il demeure difficile de s'expliquer comment cette juridiction a pu être valablement abolie par la loi ordinaire

---

47. S.C. 1857, 20 Vict., c. 44.

48. *Séminaire de Chicoutimi c. La Cité de Chicoutimi*, [1973] R.C.S. 681, p. 689-692. Voir aussi : *Renvoi touchant la constitutionnalité de la Loi concernant la juridiction de la Cour de magistrat*, [1965] R.C.S. 772.

49. S.Q. 1945, 9 Geo VI, c. 19.

50. *Séminaire de Chicoutimi c. La Cité de Chicoutimi*, préc., note 48, p. 691.

provinciale. D'ailleurs, des lois québécoises de 1888 et 1889, portant respectivement abolition de la Cour de circuit dans le district de Montréal et attribution exclusive, dans ce même district, de sa compétence à la Cour de magistrat, ont été successivement désavouées par le gouverneur général⁵¹. Quoi qu'il en soit du statut de cette nouvelle Cour de circuit dans la hiérarchie judiciaire, et nonobstant le fait qu'elle abolit la charge de juge de circuit, la loi de 1857 prévoit de manière transitoire, à son article 10, que « les nouveaux juges de la cour [supérieure] et tous les juges qui y seront nommés à l'avenir seront choisis parmi les juges de circuit d'alors et les avocats de dix années de pratique au moins dans le barreau du Bas-Canada [...] ». La catégorie des juges de district disparaît, et celle des juges de circuit est appelée à le faire.

À l'occasion de la refonte de 1861, l'*Acte concernant la Cour supérieure*⁵² est mis à jour, et son nouvel article 7, relatif aux conditions de nomination, se lit comme suit : « Le juge en chef et les juges de la cour supérieure, en office lors de la mise à effet de la section neuf de l'acte 20 V. c. 44, continuent à l'être en vertu de la commission qu'ils avaient alors; les nouveaux juges de la cour ont été choisis parmi les juges de circuit d'alors, et les avocats de dix années de pratique au moins au barreau du Bas Canada;— et tous les juges qui seront nommés à l'avenir seront choisis parmi les dits avocats ayant pratiqué pendant le même nombre d'années. » Désormais, seuls les avocats en exercice depuis dix ans au Barreau du Bas-Canada seront éligibles à la charge de juge de la Cour supérieure du Bas-Canada. Quant à l'*Acte concernant la Cour du Banc de la Reine*⁵³, son nouvel article 2 se lit comme suit : « Nul ne sera nommé juge-en-chef ou juge puisné, à moins d'avoir été, lors de sa nomination, juge de la Cour supérieure du Bas Canada, ou à moins d'avoir été avocat pratiquant pendant au moins dix ans au

---

51. *Acte amendant la loi relative aux magistrats de district*, S.Q. 1888, 51-52 Vict., c. 20; *Acte amendant la loi relative aux magistrats de district*, S.Q. 1889, 52 Vict., c. 30. Voir Jacques DESLAURIERS, « La Cour provinciale et l'art. 96 de l'A.A.N.B », (1997) 18 C. de D. 881, p. 888-891. Voir aussi Sylvio NORMAND, *La Cour du Québec : genèse et développement*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2013, p. 4.

52. S.R.B.-C. 1861, c. 78.

53. S.R.B.-C. 1861, c. 77.

barreau du Bas Canada. » La formulation est la même qu'en 1849, à cette exception près que les catégories de candidats formées des juges des anciennes et diverses cours du banc de la Reine du Bas-Canada et des juges de circuit sont abolies. En 1864, une cour d'appel intermédiaire, devant prendre place entre la Cour supérieure et la Cour du Banc de la Reine, est créée : la Cour de révision, qui sera abolie en 1920⁵⁴. L'article 20 de sa loi constitutive prévoit cependant qu'elle se composera de « trois juges de la cour supérieure à Montréal ou à Québec »⁵⁵, de sorte que cette réorganisation judiciaire est sans conséquences sur les conditions de nomination aux tribunaux auxquels s'appliquera bientôt l'article 98 LC 1867. Nous y voilà : la thèse selon laquelle l'expression « *from the Bar* », à cet article, serait alors comprise comme voulant dire « détenant une forme ou une autre de statut de membre du barreau (dont celui que pourrait avoir le membre d'un tribunal non désigné par les lois du Canada-Uni relatives aux conditions de nomination à la Cour supérieure et à la Cour du Banc de la Reine du Bas-Canada) » se révèle des plus improbables. Cette thèse ne peut aucunement militer en faveur de celle selon laquelle, de nos jours, l'expression qui nous occupe devrait vouloir dire « ayant déjà été admis à l'exercice de la profession d'avocat par le barreau ».

La Procureure générale du Québec était du reste fondée de souligner que, dans les premières décennies qui ont suivi l'entrée en vigueur de la LC 1867, le Parlement fédéral n'a pas jugé utile de modifier les conditions de nomination des juges de la Cour supérieure et de la Cour du Banc de la Reine du Québec qui étaient posées par les lois du Canada-Uni⁵⁶. Avec les autres dispositions des lois du Canada-Uni dont le contenu relevait maintenant de la compétence du Parlement fédéral, celles qui nous intéressent ici n'ont été abrogées qu'à la faveur de la refonte de 1886⁵⁷. Qui plus est, elles n'ont été remplacées par le législateur fédéral qu'en

---

54. *Loi relative à l'organisation et à la compétence des tribunaux de juridiction civile et à la procédure, en certains cas*, S.Q. 1920, 10 Geo. V, c. 79.

55. S.C. 1864, 27-28 Vict., c. 39.

56. Mémoire PGQ devant CSC, préc., note 14, par. 77.

57. *Acte concernant les statuts révisés du Canada*, S.C. 1886, 49 Vict., c. 4.

1912⁵⁸. Qu'on me comprenne bien : je ne suis pas en train de dire que ces conditions « préconfédératives » de nomination aux cours de compétence supérieure du Québec ont été constitutionnalisées dans le détail par l'article 98 LC 1867. Je suis plutôt en train de dire que c'est à leur lumière que s'éclaire d'abord le sens de l'expression « *from the Bar* » qu'on trouve à ce dernier article. Et les paragraphes qui précèdent ne laissent guère douter du fait que c'est la Procureure générale du Québec qui avait raison en soutenant que, « au moment de la Confédération, les conditions de nomination aux tribunaux supérieurs du Québec étaient bien établies. Seuls les membres du Barreau du Bas-Canada et des tribunaux supérieurs de la province pouvaient y accéder »⁵⁹. La Cour d'appel du Québec reconnaît elle-même dans son avis que, « pendant la période préconfédérative, seuls les juristes qui depuis dix ans étaient avocats en exercice, ou qui étaient juges de la Cour supérieure, de district ou de comté, pouvaient devenir juges à la Cour du Banc de la Reine »⁶⁰.

Relevons au passage que, si, de la part de la Cour d'appel, d'interpréter l'article 98 LC 1867 à la lumière des lois du Canada-Uni qui en constituaient le contexte historique s'imposait et n'aurait pas été une erreur, en revanche, d'interpréter ce même article constitutionnel à la lumière des dispositions de la loi ordinaire postérieure à l'entrée en vigueur de la LC 1867, dispositions dont cet article qui nous occupe fonde les conditions de validité, en était une⁶¹. Je partage donc aisément l'opinion de la Procureure générale du Québec selon laquelle, « contrairement à ce qu'avance l'avis de la Cour d'appel, une loi fédérale ne peut servir à interpréter une disposition constitutionnelle dont le rôle est d'encadrer le pouvoir du gouvernement fédéral sur une institution provinciale »⁶². Il s'agit ici d'une notion élémentaire et universelle de droit constitutionnel.

---

58. *Loi modifiant la Loi des juges*, S.C. 1912, 2 Geo. V, c. 29, art. 9.

59. Mémoire PGQ devant CSC, préc., note 14, par. 71; voir aussi Mémoire PGQ devant CAQ, préc., note 14, par. 90.

60. *Renvoi sur l'article 98 de la Loi constitutionnelle de 1867 (Dans l'affaire du)*, préc., note 3, par. 64.

61. *Id.*, par. 58-67.

62. Mémoire PGQ devant CSC, préc., note 14, par. 97.

Encore là, contrairement à la reconstruction à laquelle la Cour d'appel se livre à l'invitation du Procureur général du Canada⁶³, l'histoire de la loi fédérale relative aux conditions de nomination aux cours de compétence supérieure n'est pas de continuité, mais de rupture. Ce n'est que depuis 1976 que, outre les avocats de la province, d'anciens avocats de la province devenus juges de la cour provinciale ou de la Cour suprême du Yukon ou des Territoires du Nord-Ouest peuvent être nommés aux cours de compétence supérieure de cette même province⁶⁴. Quant aux avocats de la province qui sont devenus juges des cours fédérales, ils ne le peuvent que depuis une modification apportée à la loi en 1996, de manière à inclure les anciens avocats de la province « ayant exercé à temps plein des fonctions de nature judiciaire à l'égard d'un poste occupé en vertu d'une loi fédérale ou provinciale »⁶⁵.

Troisième et dernière critique. « *From the Bar* » comme voulant dire « ayant déjà été admis au barreau » : réfutation (partielle) de l'argument pratique

La Cour d'appel du Québec et, à sa suite, la Cour suprême du Canada, faisaient face à une réalité pratique qu'elles ont pu tenir pour contraignante : « Ce ne sont pas tous les juges de toutes les cours supérieures canadiennes, en première instance ou en appel, qui ont accédé à la magistrature en provenance directe du barreau d'une province, loin de là. [...] Beaucoup ont été nommés à une cour supérieure après avoir exercé une fonction judiciaire dans un tribunal visé par le paragraphe 14 de l'article 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867* »⁶⁶. Dans son billet du 26 juin 2014⁶⁷, Léonid Sirota donnait l'exemple de la juge Abella, qui, en 1992, avait été nommée à la Cour d'appel de l'Ontario alors qu'elle était juge de

63. Mémoire PGC devant CAQ, préc., note 13, par. 88-99; voir aussi Mémoire PGC devant CSC, préc., note 13, par. 95-96 et 99-100.

64. *Loi modifiant la Loi sur les juges et d'autres dispositions concernant la magistrature*, S.C. 1976-1977, c. 25, art. 1.

65. *Loi modifiant la Loi sur la Cour fédérale, la Loi sur les juges et la Loi sur la Cour canadienne de l'impôt*, L.C. 1996, c. 22, art. 2.

66. *Renvoi sur l'article 98 de la Loi constitutionnelle de 1867 (Dans l'affaire du)*, préc., note 3, par. 59.

67. Préc., note 12.

la Cour provinciale de cette même province. Concernant le Québec, la Procureure générale de cette province a dû concéder que, « depuis 1867, les juges des cours supérieures sont régulièrement choisis [non seulement] parmi les membres du Barreau, mais également parmi les membres des tribunaux judiciaires du Québec »⁶⁸. Bref, il était devenu pratiquement impossible de reconnaître l'inconstitutionnalité d'un aussi grand nombre de nominations judiciaires, sur une période du reste aussi longue.

Toutefois, il en va autrement de la nomination, à une cour visée par l'article 97 ou par l'article 98 LC 1867, d'un juge fédéral ou territorial. Dans son billet du 14 juillet 2014⁶⁹, Paul Daly donnait l'exemple du juge Robertson qui, en 2000, avait été nommé juge de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick alors qu'il était juge de la Cour d'appel de la cour martiale du Canada. Or, le fait que la nomination d'un juge fédéral à une cour visée par les articles 97 ou 98 LC 1867 fût inusité devait normalement tomber à pic, compte tenu de l'avis de la Cour suprême du 21 mars 2014 relatif aux articles 5 et 6 de sa loi constitutive. Regrettablement, la Cour suprême ne l'a pas entendu de cette oreille.

Le droit n'est pas censé permettre que soit fait indirectement ce qu'il interdit de faire directement. La Cour suprême du Canada vient pourtant de permettre, en le faisant transiter par la Cour supérieure ou par la Cour d'appel du Québec, au gouverneur en conseil de nommer à cette même Cour suprême du Canada, à titre de juge du Québec, un (ancien) juge fédéral, ce dont elle nous avait dit que, en vertu de l'article 6 de la *Loi sur la Cour suprême*⁷⁰ (constitutionnalisé par l'al. 41d) LC 1982), c'était impossible de faire

---

68. Mémoire PGQ devant CSC, préc., note 14, par. 81; voir aussi Mémoire PGQ devant CAQ, préc., note 14, par. 85-86.

69. Paul DALY, « Judicial Musical Chairs II : the Constitutionality of Robert Mainville's Appointment to the Quebec Court of Appeal », *Administrative Law Matters*, 14 juillet 2014, en ligne : <http://www.administrativelawmatters.com/blog/2014/07/14/judicial-musical-chairs-ii-the-constitutionality-of-robert-mainvilles-appointment-to-the-quebec-court-of-appeal/>.

70. Préc., note 6.

directement. Contrairement à la formule sommaire des motifs oraux du juge Wagner, il ne devait pas faire de doute, non seulement que « [l]es articles 98 LC 1867 et 6 de la *Loi sur la Cour suprême*⁷¹ sont deux dispositions constitutionnelles participant à la protection du système civiliste dans le cadre des nominations judiciaires par le gouverneur général » (seul ou en conseil), de sorte qu'il importait « de concilier leur interprétation de manière à assurer la cohérence de la structure constitutionnelle canadienne »⁷², mais aussi, et plus particulièrement, qu'il était capital de s'assurer que l'interprétation jurisprudentielle de l'article 98 LC 1867 ne permette pas de faire indirectement ce que celle de l'article 6 de la *Loi sur la Cour suprême*⁷³ ne permet pas de faire directement. Or, l'interprétation de l'article 98 LC 1867 qu'a d'avalisée la Cour suprême du Canada « pourrait miner significativement la confiance du public envers le système judiciaire canadien »⁷⁴. On est certes autorisé à penser que la Cour suprême vient de désavouer son avis dans « l'affaire du juge Nadon ». On l'est encore davantage de craindre que c'est ce que pensera le grand public. Léonid Sirota aimerait objecter que :

the majority in l'Affaire Nadon did not say that a former judge of the federal courts can never be appointed to the Supreme Court. On the contrary, the majority specifically pointed out that it did “not address” the question of whether such judge “who was a former advocate of at least 10 years standing at the Quebec bar could rejoin the Quebec bar for a day in order to be eligible for appointment to this Court under s. 6” [71] — much less that of a judge served on one of Québec's courts for some substantial period of time⁷⁵.

Voilà qui consiste à dire que, puisque la CSC ne s'est pas prononcée sur la constitutionnalité d'un moyen indirect de nommer à la CSC, comme juge du Québec, un juge d'une cour fédérale, il

---

71. *Id.*

72. Mémoire PGQ devant CSC, préc., note 14, par. 113; voir aussi Mémoire PGQ devant CAQ, préc., note 14, par. 115 et 117.

73. Préc., note 6.

74. Mémoire PGQ devant CSC, préc., note 14, par. 125.

75. Leonid SIROTA, « No, no, no! », *Double Aspect*, 3 mai 2015, en ligne : <https://doubleaspectblog.wordpress.com/2015/05/03/no-no-no/>.

fallait en déduire, soit qu'elle était délibérément disposée à cautionner procédé du genre (comme elle vient de le faire avec son avis dans l'affaire du juge Mainville), soit que, n'ayant pas explicitement interdit un tel procédé indirect plutôt que de ne pas se prononcer sur la question, il devenait impossible à un juriste de mobiliser un principe général de droit selon lequel on n'est pas censé pouvoir faire indirectement ce qu'il est interdit de faire directement. Ainsi mise au jour, cette objection se révèle arbitraire, sophistique, bref, anémique.

La solution proposée par la Procureure générale du Québec devant la Cour suprême était d'interpréter « *from the Bar of that province* », à l'article 98 LC 1867, comme voulant dire « parmi les membres actuels du Barreau du Québec ou ceux des tribunaux judiciaires québécois »⁷⁶. Une telle solution aurait d'ailleurs pu et dû être appliquée (*mutatis mutandis*, évidemment) à l'interprétation de l'article 97 LC 1867. Une telle solution aurait représenté un bien meilleur compromis entre le droit et les faits.

Concernant le soi-disant « *curious result* » de cette interprétation, soit que « *while eligible under s. 5 of the Supreme Court Act to represent the province from which they were originally appointed to the federal courts at the Supreme Court (something the Supreme Court unanimously confirmed in l'Affaire Nadon), federal court judges could not be appointed to that province's own courts under s. 97* »⁷⁷, ma réponse est que, contrairement aux trois juges qui y « représentent » le Québec, les autres juges de la CSC n'y représentent pas une province donnée. Souvenons-nous d'ailleurs du projet consigné à l'article 94 LC 1867, et de la nature transitoire qui, partant, devait être celle de l'article 97 LC 1867. Mais même si l'on devait ne pas être d'accord avec moi sur ce point, j'aurais encore, je crois, quelque chose à répondre de manière subsidiaire. Si rien n'interdisait au législateur fédéral, avant la constitutionnalisation, en 1982, de la composition de la CSC, de rendre éligibles à titre de juge de cette haute cour, pour les juges

---

76. Mémoire PGQ devant CSC, préc., note 14, par. 97; voir aussi Mémoire PGQ devant CAQ, préc., note 14, par. 82.

77. Leonid SIROTA, préc., note 75.

des provinces autres que le Québec, les anciens avocats (ce qui devait comprendre les juges fédéraux), rien ne l'obligeait à le faire. Il aurait bien pu, dans un esprit davantage compatible avec l'article 97 LC 1867, s'en tenir aux avocats actuels et juges des cours de compétence supérieure de la province « représentée » par le juge en question. C'est ainsi que, entre la loi ordinaire inconstitutionnelle et la loi ordinaire qui met le mieux en œuvre l'esprit de la constitution, se trouve parfois la loi ordinaire constitutionnelle, mais non idéale, dont l'existence n'est en rien un guide pour l'interprétation de la loi constitutionnelle.

Dans un élan de présomption, M. Sirota va même jusqu'à soutenir ce qui suit :

Then again, under prof. St-Hilaire's and Québec's interpretation, the judges of the Supreme Court itself, no matter what their previous affiliation, would not be eligible to be appointed to Québec's courts under s. 98. Québec's lawyer did his best to laugh this question away when it was put to him at the hearing at the Supreme Court and, when pressed, utterly failed to answer. I do not think that, had he been in that lawyer's place, prof. St-Hilaire would have succeeded either.⁷⁸

J'ignore ce qu'il veut dire exactement par « *to succeed* ». S'il veut dire « remporter sa cause », alors je le laisse sans moi faire dans le « réalisme juridique » imaginaire et prédire le résultat d'une plaidoirie de ma part qui n'aura jamais eu lieu. Si en revanche il veut dire « avoir quelque chose de sensé à répondre », alors voici ma proposition. J'aurais répondu que la Cour suprême du Canada n'est pas une cour fédérale. En effet, la représentation du Québec à la CSC répond au développement de la même logique que celle qui préside à l'article 98 LC 1867 (et corrélativement l'article 97). Compte tenu du fait qu'il est d'autant compréhensible que le constituant de 1867 n'ait pas prévu le cas inusité d'un juge de la CSC qui redescendrait d'un ou deux échelons dans la hiérarchie judiciaire qu'une telle cour n'était pas encore créée mais la seule

---

78. *Id.*

compétence fédérale de ce faire prévue, et compte tenu aussi de l'avis relatif à la nomination du juge Nadon, qui s'explique par la constitutionnalisation, en 1982, de la composition de la CSC, on se rendra compte qu'il était facile de ma part d'admettre qu'on fasse une exception au texte des articles 97 et 98 en faveur des juges de la CSC. Une telle admission était d'autant compréhensible que, alors que la CSC vient, en les couronnant, s'intégrer au système judiciaire de chacune des provinces, cela n'est pas du tout le cas des cours fédérales qui forment, de manière exceptionnelle au principe selon lequel le système judiciaire de chacune des provinces applique aussi bien le droit fédéral que le droit provincial, un système parallèle.

***

Reste à voir, comme l'a relevé encore une fois Léonid Sirota⁷⁹, si, par le truchement de son nouveau *Code de déontologie des avocats*, le Barreau du Québec n'a pas lui-même renoncé à la protection de l'avis rendu par la Cour suprême dans l'affaire Nadon. En effet, parmi les charges de juge, le nouvel article 139.1 du Code tient pour incompatible avec l'exercice de la profession d'avocat la seule « fonction de juge suivant la Loi sur les tribunaux judiciaires (chapitre T-16) et de juge municipal à titre permanent et à temps complet »⁸⁰, ce qui exclut notamment celle de juge d'une cour fédérale. À cette question, la réponse du Barreau fut la suivante, sur laquelle mon lecteur saura bien se faire son opinion :

La refonte du Code de déontologie des avocats, comme vous le savez sans doute, a été amorcée en 2010. Ce travail a été confié à un comité consultatif dédié et constitué d'avocats qui ont apporté bénévolement leur expertise et leur collaboration à la rédaction. Ainsi qu'il en va pour tout dossier de cette nature, la proposition finale a été ratifiée par le Conseil général du Barreau.

---

79. Leonid SIROTA, « What Happened? », *Double Aspect*, 28 avril 2015, en ligne : <https://doubleaspectblog.wordpress.com/2015/04/28/what-happened/>; Leonid SIROTA, « L'Affaire Nadon : R.I.P.? », *Double Aspect*, 23 avril 2015, en ligne : <https://doubleaspectblog.wordpress.com/2015/04/23/laffaire-nadon-r-i-p/>.

80. *Code de déontologie des avocats*, R.L.R.Q., c. B-1, art. 139.1.

Dans la rédaction des articles du Code visés par cette refonte, il importe de souligner que l'aspect politique n'a jamais été pris en considération. Seuls les principes éthiques et déontologiques ont balisé ce travail considérable.

En ce qui a trait à la formulation de l'article 139, alinéa 1, du Code de déontologie, nous avons effectué certaines vérifications sur les amendements proposés au cours des 4 années de refonte du Code qui ont mené à cette formulation finale.

Étant donné que nous souhaitons éviter l'interprétation que vous évoquez, le Barreau du Québec a demandé à l'Office des professions un amendement à cet article afin que celui-ci reflète mieux nos intentions. L'une des hypothèses envisagées pour cet amendement serait de laisser tomber la référence à la Loi sur les tribunaux judiciaires (chapitre T-16) et d'inclure tous les juges fédéraux.⁸¹

---

81. Leonid SIROTA, « The Barreau Responds », *Double Aspect*, 30 avril 2015, en ligne : <https://doubleaspectblog.wordpress.com/2015/04/30/the-barreau-responds/>.